Editorial: La política legislativa penal como campo de estudio: algunas ideas para seguir avanzando

Prof. Dr. José Luis Díez Ripollés
Universidad de Málaga/España. Director de la sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología.
Ripolles@uma.es

Dr José Becerra Muñoz
Universidad de Málaga/España. Ordinando del Grupo Español de Política Legislativa Penal. Coordinador del Criminal Law-Making Policy Working Group. European Society of Criminology.
josebecerra@uma.es

Para los Grupos Europeo y Español de Política Legislativa Penal y, en concreto, para estos editores asociados, resulta un privilegio poder organizar este número especial de la RBCCrim titulado "Los retos de la política legislativa penal a comienzos del siglo XXI".

El título del mismo puede parecer un tópico pero no es casual. Hace ya décadas que se viene hablando en ámbitos académicos y de gestión pública sobre la necesidad de adecuar las prácticas del legislador penal a la evolución de los tiempos, queriéndose con ello poner el énfasis en algunos de los cambios sociales y políticos que se están produciendo así como en el impacto descontrolado que todo ello tiene en este sector de las políticas públicas.

Esta reclamación, cada vez más extendida, es consecuencia de la ausencia de una atención suficiente a los mecanismos de elaboración de las leyes. Como consecuencia de ello, se contribuye de forma continua y sutil a la construcción de una serie de problemas que se manifiestan en su versión más virulenta en amplios sectores de la política criminal actual.

La influencia de grupos de presión en las reformas penales, la ausencia generalizada de información de tipo empírico a la hora de abordar la regulación de determinados fenómenos, la incapacidad del legislador para comunicarse adecuadamente con los ciudadanos, etc. Todo ello se gesta desde fases muy tempranas de elaboración de las leyes y está en la base de, por ejemplo, el abuso de la legislación simbólica, el abordaje a destiempo (casi siempre "en caliente") de las reformas penales por la inexistencia de mecanismos ágiles de revisión continua de la legislación penal y las sobrereacciones ante casos llamativos.

Ripollés, José Luis Díez; Muñoz, José Becerra. Editorial: La política legislativa penal como campo de estudio: algunas ideas para seguir avanzando.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 147. ano 26. p. 19-25. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

Todos estos asuntos han de afrontarse de forma sistemática y experta para contribuir a la creación de un sistema penal más moderno, participativo, transparente y eficiente, por mencionar sólo algunas de sus características deseables, y la política legislativa es el ámbito desde el cual esto debe hacerse.

Tradicionalmente, este ámbito del conocimiento ha sido atendido de manera marginal por algunas áreas jurídicas, como la filosofía del derecho o el derecho penal, ante lo que muchos defendemos, por el contrario, una política legislativa penal abierta a diversos saberes, tanto jurídicos como no jurídicos, como base indispensable para construir una especialidad actualizada y relevante.

Este es, por tanto, el sustrato común a las múltiples perspectivas que se dan cita en este entorno del conocimiento: el empeño por mejorar la forma en que se elaboran las leyes en el ámbito de la criminalidad. Podríamos decirque su objetivo esencial es *la racionalización de los procesos de toma de decisiones en el ámbito de la legislación penal*. A partir de ahí, como decimos, los temas son sumamente diversos, las perspectivas pueden ampliar el foco o prestar atención a aspectos de gran especificidad, tener un alto grado de abstracción o una orientación fundamentalmente práctica. Casi todo vale en política legislativa penal, con la única condición de que con ello se contribuya a aumentar nuestra capacidad para imprimir racionalidad al sistema.

Nuestro objeto de estudio es *el proceso de elaboración de la ley penal*. Concebimos dicho proceso en un sentido amplio, como una serie de fases encadenadas que se reproducen de manera continua, y que van desde los momentos más iniciales en que se empieza a gestar una idea de cambio normativo hasta las etapas más tardías en las que se puede llegar a valorar el impacto de la normativa implementada, si lo hubiere, y las razones para reiniciar un nuevo ciclo de modificación normativa.

Se trata, por ello, del análisis de las leyes penales como una de las herramientas disponibles para llevar a efecto la política criminal. Aún conscientes de que hay otros instrumentos que contribuyen a ella, y que pueden ser tanto normativos (como una circular de la fiscalía) como no normativos (como una campaña de concienciación social), nuestro enfoque se centra en la ley debido al protagonismo que acapara como vehículo principal de las políticas en materia de criminalidad en los sistemas basados en el derecho penal continental.

De esta forma, nos atreveremos incluso a ofrecer una relación no exhaustiva de temas de interés para la política legislativa penal, sujeta aún, somos conscientes, a sucesivos debates:

1. Aspectos transversales:
    a. La discusión del propio concepto de racionalidad legislativa en el ámbito penal.

   b. El contenido de los principios inspiradores y limitadores de la ley penal.
   c. El análisis comparado entre procedimientos de creación de las leyes penales en diversos países, grupos de países, así como en organizaciones internacionales con competencias en materia criminal.
   d. La influencia o el papel que juegan las organizaciones supranacionales en las reformas penales nacionales.
2. Fase pre-legislativa, pre-parlamentaria o gubernamental:
   a. Análisis de su normativa reguladora.
   b. El análisis de los actores individuales o colectivos que intervienen:
      i. Los grupos de presión.
      ii. Los medios de comunicación y la opinión pública.
      iii. El gobierno.
      iv. El papel de los expertos.
      v. Otras instituciones como las comisiones legislativas independientes, consejos de estado, colegios profesionales, etc.
   c. El estudio de los procesos administrativos y sus plazos.
3. Fase legislativa o parlamentaria:
   a. Análisis de su normativa reguladora.
   b. El análisis de los actores individuales o colectivos que intervienen:
      i. Las cámaras legislativas y sus órganos.
      ii. Los grupos de presión.
      iii. Los medios de comunicación y la opinión pública.
      iv. El gobierno.
      v. El papel de los expertos.
      vi. Otras instituciones.
4. Fase de implementación:
   a. Problemas de recursos (personales y/o materiales).
   b. Los sistemas de comunicación interna.
   c. Las herramientas de control de la implementación.
   d. Casos de implementación parcial, temporal o experiencias piloto.
5. Fase de evaluación:
   a. Evaluación del diseño.
   b. Evaluación de la implementación.
   c. Evaluación de los resultados.
   d. Evaluación de los impactos.

e. Las diversas perspectivas de la evaluación: evaluaciones económicas, sociales, jurídicas [lo que incluye las aportaciones de las cortes o tribunales (sean supremos o constitucionales)], etc.

Como vemos, los asuntos objeto de nuestro interés tienen una base eminentemente jurídica pero van mucho más allá de ella en diferentes aspectos. Esta es una de las consecuencias de apostar por una política legislativa penal en sentido amplio, reflejo de las múltiples implicaciones que tienen los términos "política", "legislativa" y "penal". Las aportaciones, por tanto, serán enormemente variadas y provendrán de áreas del saber tan diversas como la Ciencia Política, la Criminología, la Economía, la Psicología o la Sociología, por ejemplo.

Creemos que este es el enfoque más adecuado, tal y como hemos venido defendiendo desde la fundación simultánea en 2013 de los grupos español y europeo de política legislativa penal, en Málaga y Budapest respectivamente. A ellos incorporamos de forma continua perfiles académicos y profesionales variados, para conseguir la diversidad de conocimientos y habilidades que permitan el desarrollo de este complejo campo de trabajo.

El número especial de la RBCCrim que aquí presentamos es, sin duda, un excelente ejemplo de todo ello y viene a respaldar con minuciosos trabajos la reclamación que hacemos de una mayor atención a la política legislativa penal.

Haciendo un breve repaso de las aportaciones que el lector encontrará en este número, y usando como esquema de base el listado que exponíamos más atrás, nos encontramos, en primer lugar, con aquellos trabajos que abordan debates sobre el concepto y los modelos de racionalidad legislativa así como de los criterios que han de inspirar la legislación penal.

En este sentido, el trabajo de Bertolucci Keese, Coelho y Otoni de Melo discute, a través del proyecto de legislación anticorrupción brasileño de 2016, diferentes modelos de racionalidad desde Max Weber hasta los planteamientos de la criminología crítica.

En un sentido similar, Almeida Ruivo realiza una propuesta axiológica con el objetivo de contribuir al anclaje de la elaboración de leyes penales en principios extraídos del derecho constitucional y la teoría del derecho penal.

Por su parte, Corrales Guaranha usa material parlamentario para contrastar la base argumental de la reforma legislativa anti-terrorista en Brasil con el modelo de racionalidad propuesto por Díez Ripollés.

El trabajo de Soares también encaja en este grupo de investigaciones. En este caso desarrollando una teoría para la criminalización de las conductas por parte del legislador alternativa a la teoría penal del bien jurídico.

Un segundo bloque de trabajos, que se van adentrando ya en la fase pre-legislativa, analiza la influencia de actores externos o grupos de presión en un sentido amplio en la política legislativa penal. Es el caso de la investigación de González Guarda, que utiliza la infiltración del paradigma cliente-usuario en el sistema de justicia penal chileno. Se basa en ello para discutir las consecuencias de una legislación penal subordinada a la percepción de las víctimas, uno de los grupos de presión más poderosos en este sector de las políticas públicas.

Carraro Rossetto, por su parte, estudia en su trabajo la campaña «10 medidas contra la corrupción», en Brasil, que culminó en una iniciativa legislativa popular. Utilizando como marco conceptual las teorías de construcción de las agendas (social, mediática, institucional, etc.) discute la amenaza a los derechos fundamentales que puede acarrear la enorme atención pública recibida por determinados asuntos criminales.

También Hamilton contempla tanto a las Naciones Unidas como a la Unión Europea como actores externos con capacidad para imponer sus criterios ante las iniciativas nacionales de legislación antiterrorista.

En una línea similar, aunque en términos más generales, Dissenha e Incott Junior analizan la influencia de diversos acuerdos así como de la normativa internacional en las últimas décadas de legislación penal en Brasil.

Continuando aún en la fase pre-legislativa, algunos autores elaboran trabajos que podrían considerarse "preparatorios" de una materia penal que consideran insuficientemente atendida adoptando, por tanto, el papel de asesores expertos del pre-legislador. En este sentido, Federici Gomes y Chagas Pighini toman como referencia la regulación estadounidense de la figura del perjurio para realizar una propuesta de incorporación de este delito al sistema brasileño. En una línea similar, Sena Bello realiza un estudio del *bitcoin* como moneda virtual necesitada de una regulación más específica en el mismo país. Para ello estudia las características de esta herramienta económica y su relación con la legislación existente en Brasil sobre el lavado de activos, además de la normativa desarrollada para el particular por los bancos centrales brasileño y europeo.

Abarcando en su análisis las fases pre-legislativa y legislativa nos encontramos a (Insertar nombre de autor/a de "(i)racionalidad legislativa"), quien hace un recorrido por los argumentos del legislador español responsable de la introducción de la cadena perpetua (denominada técnicamente "prisión permanente revisable"). Argumenta el autor sobre la carencia de información empírica en las diversas fases y sobre la necesidad de un control constitucional de la configuración de esta pena.

De forma similar pero centrado ya de forma exclusiva en la fase legislativa y usando documentación parlamentaria, Paredes Castañón estudia el discurso del

legislador penal durante las cuatro últimas reformas del Código Penal español, identificando sus presupuestos conceptuales, la riqueza y variedad de sus argumentos, así como el sustento empírico de los mismos.

Con fuentes del mismo tipo, Mendes de Paiva analiza los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de Brasil que culminarían con la aprobación de la Constitución de 1988. Se centra en la argumentación en torno a la pena de prisión como base para explicar el surgimiento de legislación punitiva durante las décadas siguientes.

Por su parte, Jacobsen Gloeckner y Buttelli Ramos realizan un estudio sobre el fundamento teórico del derecho a castigar, constatando la presencia de un determinado tipo de argumentación por parte del legislador parlamentario y proponiendo fórmulas para controlar la calidad democrática de la toma de decisiones en la fase legislativa.

También se centran en esta fase Anderson de Souza y Lambert Gomes Ferraz, que estudian el papel del congreso brasileño en lo relativo a la normativa de género desde la aprobación de la legislación sobre femicidios en 2015.

De forma similar, García Magna focaliza su atención en la última reforma de la regulación de la responsabilidad penal de los menores de edad en España, analizando las intervenciones en ambas cámaras. Confronta los argumentos identificados con el acervo empírico sobre eficacia de la ley, así como con los datos existentes de opinión pública y de la delincuencia.

Por último, Costa Ferreira, Moura Masiero y Lapa do Amaral Machado realizan también un análisis de documentación parlamentaria. Concretamente estudian empíricamente la producción legislativa penal del parlamento brasileño para discutir la inflación punitiva y su influencia en las políticas de seguridad pública, específicamente en las tasas de encarcelamiento del país.

Aunque los autores no lo denominan así, bajo el modelo de las evaluaciones legislativas, Ferreira y Pereira da Silva revisan la utilización de la figura del confidente en Brasil, una institución jurídica basada en compromisos con Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos que presenta, a su juicio, graves deficiencias de diseño e implementación.

Por su parte, Gorjón Barranco aborda una evaluación del diseño, en este caso de la legislación penal referida a conductas de expresión discriminatoria (también llamados "delitos de odio"). El trabajo estudia pormenorizadamente la regulación penal española y la contrasta con las decisiones legislativas adoptadas en otros países, la información empírica sobre la extensión de los fenómenos que se pretenden regular, así como con un estudio de caso resuelto por la jurisprudencia.

También Melo Reghelin y Melo Reghelin realizan una evaluación, en este caso de la implementación, basada en la doctrina y la jurisprudencia con el objetivo de profundizar en el debate sobre determinados delitos de naturaleza sexual.

Centrados a su vez en la *Lei de Execução Penal*, Franco David, De Amo Moriggi y Miranda Cristal evalúan la implementación de sus postulados mediante la búsqueda de iniciativas legislativas que la desarrollen.

Por su parte, Wacheleski y Venturi realizan una evaluación de la efectividad e impacto de la respuesta del sistema público brasileño ante los casos de enfermedad mental. Para ello, utilizan el criterio de coherencia entre diferentes sectores normativos (coherencia externa), como son la regulación penal de las medidas de seguridad y la legislación médica sobre incapacitación.

En teoría de la evaluación uno de los asuntos clave es la identificación de los parámetros con los que medir el rendimiento de las políticas, es decir, los criterios de evaluación. En el ámbito penal, evidentemente, sobresalen en este sentido los derechos humanos como criterios internacionalmente aceptados y es por ello que varios trabajos en este número evalúan leyes penales o un conjunto de ellas utilizándolos como punto de referencia. Es el caso Bonaldi Maranhão y Mendes Gimenes. En él se confronta la realidad del cumplimiento de las penas de prisión por parte de mujeres en Brasil con las Reglas de Bangkok acordadas por Naciones Unidas.

En el caso del trabajo de Araújo Lima, en cambio, se toman como referencia valorativa los acuerdos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para analizar la regulación de algunas cuestiones de derecho procesal penal.

Tambén Saldanha y Cavallaro utilizan los derechos humanos como punto de referencia para valorar la legislación sobre el uso de los medios de control telemáticos como alternativa al internamiento en prisión.

Finalmente, el trabajo de Bolsoni Riboli y Batista Lopes aborda el miedo al delito como el argumento omnipresente en las diversas fases de elaboración de la legislación penal y lo hacen mediante una revisión de su impacto en diversas leyes penales, identificando el uso de expresiones y argumentos que apelan al miedo como elemento clave de las reformas.

Vemos, por tanto, que este número monográfico de la RBCCrim aborda un abanico de asuntos considerable, combinando perspectivas, metodologías e inspiraciones teóricas para estudiar, en definitiva, los procesos de creación legislativa desde diversos prismas. Esperamos, a través de sus numerosas aportaciones, poder contribuir al debate científico sobre la necesidad del estudio de la política legislativa en general, así como de los diferentes temas de fondo que se abordan en cada una de ellas con una visión de política legislativa.

Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento

Brazilian post-Constitution of 1988 criminal policies: a crossing between legislative production and jail impacts

Carolina Costa Ferreira

Doutora (2016) e Mestra (2010) em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Professora do Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professora de Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Líder do Grupo de Pesquisa *Criminologia do Enfrentamento* (UniCEUB/CNPq).
carolinacferreira@gmail.com

Clara Moura Masiero

Doutora pela Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS – 2018), com período-sanduíche no Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología da Universidad de Málaga. Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS – 2014). Professora de Direito Penal e Processual Penal da Universidade São Judas (SP) e da Universidade Paulista (UNIP). Membro do Grupo de Pesquisa *Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal* (GPESC/PUCRS) e do Grupo Espanhol de Política Legislativa Penal (GEPLP). Advogada criminal.
claramasiero@gmail.com

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Doutora (2014) e Mestra (2010) pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), nos programas de Graduação e Pós-Graduação.
ericababini@hotmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo pretende discutir como as reformas penais no Brasil, que ocorreram no período pós-Constituição de 1988, configuram uma política criminal expansionista, que alterna, entretanto, tendências punitivas legítimas e ilegítimas. Com base em levantamento empírico das leis penais aprovadas no Brasil entre 1940e 2017,

Abstract: This article intends to discuss how the criminal reforms in Brazil, which occurred in the post-Constitution period of 1988, constitute an increasingly expansionist criminal policy, which alternates legitimate and illegitimate punitive tendencies. The illegitimate criminal expansion is one of the main causes for the unsustainable

Ferreira, Carolina Costa; Masiero, Clara Moura; Amaral Machado, Érica Babini Lapa do. Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 147. ano 26. p. 27-65. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

percebeu-se que a legislação penal brasileira reagiu de forma intensa aos *mandados de criminalização* contidos na Constituição de 1988, produzindo leis penais e processuais penais como resposta à garantia de uma *Constituição Cidadã*. O problema deste trabalho envolve a compreensão das tendências político-criminais nacionais, sobretudo no que tange aos seus efeitos e legitimidade criminológica, identificando-as como punitivistas ou realistas de esquerda. A fim de verificar a complexidade por trás dos movimentos político-criminais brasileiros pós-Constituição de 1988, este artigo apresentará os dados quantitativos da pesquisa supracitada, com análise qualitativa das políticas criminais que orientaram as leis penais voltadas a enfrentar os crimes cometidos em razão de raça e gênero. Este recorte permite enfrentar o problema da pesquisa, na medida em que a produção legislativa não redunda, necessariamente, em incremento carcerário, contrariando o senso comum teórico-criminológico que assume que toda neocriminalização configura em encarceramento e populismo punitivo, sugerindo a necessidade de delimitação de outra tendência político-criminal a este fenômeno, a que se denominará realismo de esquerda.

Palavras-chave: Políticas Criminais – Constituição Federal de 1988 – Processo Legislativo – Reformas Penais – Encarceramento em massa.

mass incarceration in progress in Brazil. Based on an empirical survey of the criminal laws passed in Brazil between 1940 and 2017, it was noticed that Brazilian criminal law reacted intensely to the *mandates of criminalization* based on Constitution, producing criminal and criminal procedural laws in response to the guarantee of a *Citizen Constitution*. This research involves the understanding of national political-criminal tendencies, especially about their effects and criminological legitimacy, identifying them as punitivism or left realism. In order to verify the complexity behind the Brazilian political movements after the 1988 Constitution, this article is based on quantitative data and a qualitative analysis of the criminal policies that guided the criminal laws approved by reason of race and gender. This research method leads to the conclusion that legislative production does not necessarily result in a prison increase, contrary to the common theoretical-criminological sense that assumes that all neo-criminalization constitutes incarceration and punitive populism, suggesting the need for delimitation of another criminal policy tendency to this phenomenon, which will be called left realism.

Keywords: Criminal Policy – Brazilian Constitution – Legislative Process – Penal Reforms – Mass Incarceration.

Sumário: 1. Introdução. 2. Delimitação do campo da política criminal. 3. Políticas criminais no Brasil: estado da arte. 4. Análise de política criminal: para além do rigorismo/moderação. 5. Tendências político-criminais: realismo de esquerda *vs.* populismo punitivo.

1. Introdução

Este artigo trabalha perspectivas da política criminal brasileira a partir de uma abordagem empírica, em que se pretende discutir os efeitos das escolhas legislativas, especialmente no que tange às demandas da sociedade civil para a proteção de bens jurídicos que reflitam a defesa de Direitos Humanos após o advento da Constituição de 1988. Em outros termos, pretende-se verificar, a partir de um recorte de âmbitos de intervenção (gênero e raça), o impacto de encarceramento dessas legislações, problematizando se estas são reflexos de uma política

criminal populista de cunho punitivo ou se refletem espaços democráticos de conquistas sociais, próprias do realismo de esquerda.

O trabalho está vinculado à pesquisa *Descarcerização* e Sistema Penal: a construção *de políticas* públicas de racionalização do poder punitivo, do projeto *CNJ Acadêmico*, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (CAPES), e coordenado pelo Grupo de Pesquisa de Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUC/RS), em parceria com o Grupo Candango de Criminologia (GCCrim/UnB) e o Núcleo de Estudos e Pesquisas em Criminalidade, Violência e Políticas Públicas de Segurança (NEPS/UFPE). Essa pesquisa, realizada entre 2012 e 2016, tinha como um de seus objetivos o mapeamento de toda legislação com dispositivo penal aprovada entre 1940 (data do Código Penal, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de1940) e 2015 (ano final da pesquisa) e suas respectivas justificativas.

Atualizando a produção legislativa até dezembro de 2017, o mapeamento apontou o total de 321 leis penais aprovadas no Brasil entre 1940 e 2017. O material foi elaborado a partir de pesquisa de todas as leis produzidas no país no período, a partir do acesso ao sítio eletrônico "Portal da Legislação", alimentado e mantido pelo Centro de Estudos Jurídicos da Presidência da República, ligado à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil ([www4.planalto.gov.br/legislacao]). Em cada lei, a busca pelas expressões "crime" e "pena" eram realizadas, além da leitura flutuante na busca da verificação da (in)existência da temática penal ou processual penal.

Após esse mapeamento, a equipe de pesquisa discutiu os elementos que deveriam compor o banco de dados: em primeiro lugar, uma planilha que continha todas as leis encontradas no Portal da Legislação, separadas por ano, número, matéria, existência de justificativa e de texto integral/compilado[1]. As justificativas para as alterações legais foram extraídas do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados ([www2.camara.leg.br/]), para posterior análise qualitativa dos discursos que levaram às mudanças propostas nas leis penais.

Para a análise dos movimentos político-criminais representados pelas leis aprovadas, a última medida foi constatar o impacto encarcerador dessas perspectivas, por meio da análise dos dados oficiais do sistema carcerário[2], em que, a

1. O "Portal da Legislação" divulga duas espécies de textos legais: o *texto integral* e o *texto compilado*. O primeiro aponta todas as alterações que a Lei sofreu, riscando os textos revogados expressamente por Lei nova. O segundo apresenta o texto *limpo*, em sua versão mais atualizada.

2. Apesar de todas as críticas sobre as formas de coleta e a não obrigatoriedade, pelas Unidades da Federação, de encaminhamento dos dados, o Levantamento Nacional de

partir da promulgação das leis analisadas, buscou-se identificar o encarceramento decorrente destas e comparar se houve aumento na população carcerária nos anos seguintes à entrada em vigor da Lei em observação.

Neste artigo, optou-se por delimitar a análise qualitativa às leis voltadas a penalizar crimes cometidos em razão de gênero e de raça, a fim de verificar suas tendências político criminais e a sua legitimidade. Para tanto, está dividido em três partes: a primeira apresenta os conceitos básicos do campo da política criminal, definindo o estado da arte desse conceito que compõe o campo das ciências criminais, articulando-o com a política legislativa, objeto do presente trabalho. O segundo tópico apresentará os resultados da pesquisa quantitativa e o recorte da pesquisa qualitativa, a fim de refletir sobre a produção legislativa sobre raça e gênero no Brasil, após a Constituição de 1988, e os impactos de encarceramento que as referidas leis produziram – ou não. No último tópico do desenvolvimento, serão apresentadas as tendências político-criminais que orientam a análise qualitativa dos dados da pesquisa: de um lado, o populismo punitivo, representado pelos movimentos político-criminais meramente expansionistas e que são provocadores do encarceramento em massa; de outro, o chamado *realismo de esquerda*, consistente na criminalização que reflete a proteção de bens jurídicos no contexto de defesa dos direitos humanos. Por fim, são apresentadas as conclusões do trabalho, no sentido de que nem todas as produções legislativas do campo penal representam aumento da população carcerária, e que as políticas criminais brasileiras associam, de forma ambígua, o populismo punitivo com as práticas realistas de esquerda.

2. Delimitação do campo da política criminal

Não se pode negar as inúmeras dificuldades que circundam e subscrevem o conceito de Política Criminal[3]. Levando-se em consideração a sua importância central no corpo das ciências criminais, a falta de definição clara do seu campo de conhecimento e, consequentemente, o modo como ela *serve* às gamas variadas de concepções e interesses, impõe-se como obrigação necessária lançar um olhar questionador e crítico sobre sua natureza e função[4].

Informações Penitenciárias – InfoPen – segue sendo a principal base pública de acesso aos dados sobre a população prisional no Brasil.

3. Política Criminal é muitas vezes definido como "obtenção e realização de critérios gestores no âmbito da justiça criminal" (ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1979. p. 4).

4. FREITAS, Ricardo de Brito A. p. O estatuto teórico da política criminal. In: FÖPPEL, Gamil. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio:* estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

A definição de Política Criminal não é unívoca. O esforço por conceituá-la exige, necessariamente, estabelecer as características mais gerais e essenciais extraídas do universo das diversas contribuições doutrinárias nesse sentido. Aqui, basta fazer referência a duas classificações: Política Criminal em sentido amplo e estrito e Política Criminal em sentido teórico e prático.

A primeira classificação denota a abrangência e amplitude da atuação da Política Criminal. Assim, no sentido estrito ou rigoroso do termo, ela é o conjunto de "princípios ou recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação, compreendendo a política de segurança pública, a política judiciária e a política penitenciária"[5].

No seu aspecto amplo, a Política Criminal não se limita aos problemas propriamente penais de controle do desvio (direito penal, direito processual penal, direito penitenciário), mas alcança reflexões, elaborações e execuções de políticas mais extensas de intervenção social. Fala-se aqui, portanto, em políticas sociais gerais de enfrentamento às causas do fenômeno criminal, sendo a intervenção essencialmente penal (política criminal em sentido estrito) seu elemento último e mais gravoso.

Nota-se, pois, que há uma relação do tipo gênero-espécie entre a política criminal em sentido amplo e política criminal em sentido estrito, conforme verificamos na explicação de Freitas:

> Ao englobar o conjunto das políticas sociais e econômicas de controle social, a política criminal em sentido amplo mantém com a política penal uma relação do tipo gênero/espécie, sendo que esta última se ocupa apenas dos meios penais de contenção da criminalidade. Enquanto a política penal consiste numa resposta à questão criminal circunscrita no âmbito do exercício da função punitiva do Estado, a política criminal em sentido amplo é uma política de transformação social[6].

A segunda classificação coloca no centro da discussão a existência ou não de um estatuto teórico e, portanto, científico, da Política Criminal. No sentido prático, a política criminal se configura como o universo de atividades dirigidas ao enfrentamento racional à criminalidade ("o conjunto dos procedimentos pelos

5. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

6. FREITAS, Ricardo de Brito A. p. O estatuto teórico da política criminal. In: FÖPPEL, Gamil. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio*: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 53.

quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal"[7]). O sentido teórico denota o estudo e a elaboração de princípios teóricos que se destinariam a nortear e racionalizar as atividades práticas de combate à criminalidade.

No primeiro caso, a política criminal é considerada eminentemente prática e, assim, destituída de caráter científico.

No segundo sentido, a política criminal é definida como atividade teórica destinada a fins práticos e por isso passível de ser considerada uma ciência criminal. Note-se que há um entrecruzamento entre ambas as classificações: a política criminal como saber teórico tem como objeto tanto a política criminal sentido amplo como a política criminal em sentido estrito.

O fato é que, inobstante as ambiguidades teóricas, este artigo parte da concepção do modelo integrado de ciências criminais, baseado no paradigma da reação social, em que os processos de criminalização – primária, secundária e terciária – são de fundamental interesse, na linha do que apontou Alessandro Baratta[8] sobre as funções da política criminal em um novo modelo integrado de ciências criminais; para o autor, a política criminal deve ser o limite de atuação para que se concretize um "Direito Penal da Constituição, na perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos" [9]. Assim, a ideia de política criminal como promotora de direitos fundamentais articula-se com a necessidade de se considerar tais critérios para analisar reformas penais e, nestas, analisar seus sentidos/tendências de política criminal.

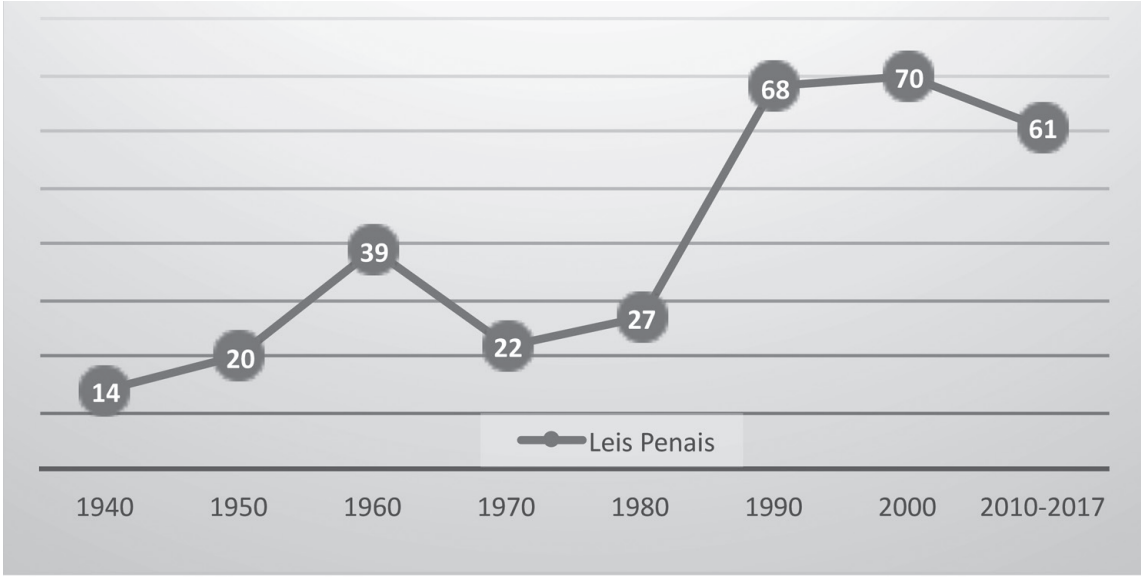
Para Santiago Mir Puig, "todo Direito Penal corresponde a uma determinada política criminal, e toda política criminal depende da política geral própria do Estado a que corresponde"[10]. Isto é, a Política Criminal – ou, minimamente, seu sentido – deve estar fundada constitucionalmente; de modo que é a Constituição Federal de 1988 o ponto de partida da investigação.

No Brasil, a partir da Constituição de 1988, houve intensa inflação legislativa, com destaque, inclusive, para as leis com repercussão penal. É que o artigo 5º

7. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 42.
8. BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 29, p. 27-52, jan.-mar. 2000.
9. BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 29, jan.-mar. 2000. p. 48.
10. MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Política criminal y reforma penal*. Buenos Aires: Euros Editores, 2007. p. 4.

da Constituição, ao dispor sobre direitos e garantias fundamentais, também indica "mandados de criminalização"[11]. Essa inflação pode ser visualizada no gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Leis penais aprovadas x década



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados retirados do levantamento *Projeto de pesquisa CAPES e CNJ acadêmico:* descarcerização e sistema penal. A construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo.

11. XXXIX – não há crime sem Lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL – a Lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLI – a Lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII – a Lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI – a Lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: *a)* privação ou restrição da liberdade; *b)* perda de bens; *c)* multa; *d)* prestação social alternativa; *e)* suspensão ou interdição de direitos; XLVII – não haverá penas: *a)* de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; *b)* de caráter perpétuo; *c)* de trabalhos forçados; [...] (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm]. Acesso em: 30.04.2018).

Veja-se que houve, no Brasil, em especial nos anos que se seguiram à Constituição de 1988, uma importante expansão legislativo-penal. Esse fenômeno não é exclusivo das leis penais, a expansão se deu em torno de leis de outros ramos do direito também; assim como não se trata de um fenômeno exclusivo brasileiro, tanto que Mireille Delmas-Marty[12] coloca que, apesar de o fenômeno contemporâneo de inflação legislativa não ser próprio do direito penal, desenvolveu-se nele com singular amplitude.

O fato é que, conforme apontado por Garland[13] e Díez Ripollés[14], assim como em pesquisas nacionais sobre política criminal a seguir discutidas, o Direito Penal está em movimento e, dentre os processos de mudanças, há diferentes tendências político-criminais em andamento.

A hipótese de Garland é de que respostas denegatórias (que negam a insuficiência do sistema penal e procuram dotá-lo de mais soberania penal) e simbólicas (que são instrumentais, instituídas para simbolizar que algo está sendo feito, quando, na verdade, sua efetividade é bastante duvidosa para atender aos fins a que se propõe) são as mais presentes e recorrentes não só nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, como em todos os países ocidentais, configurando o populismo punitivo como uma tendência ocidental.

José Luis Díez Ripollés contesta essa conclusão de que há uma tendência generalizada ao populismo punitivo no mundo ocidental e propõe outro modelo de análise político-criminal. Esse modelo abandona as dimensões *punitivismo* e *moderação* e cria outras: política criminal *inclusiva socialmente* e *exclusiva socialmente*. Segundo o autor, essas categorias funcionam melhor porque o que importa, em última análise, é o efeito social gerado por uma determinada política criminal.

As pesquisas brasileiras, a seguir detalhadas, divergem um pouco quanto à tendência político-criminal brasileira pós-1988, mas coincidem com o diagnóstico em torno da expansão das leis penais ocorrida, sobretudo, após a promulgação da Constituição de 1988. Leis, estas, que são, fundamentalmente, ambíguas em seus conteúdos e suas interpretações que, a despeito dos mandados de criminalização, tendem a produzir mais dor[15].

12. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.

13. GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

14. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015.

15. Adota-se, aqui, a ideia definida por Nils Christie, de que a aplicação do Direito Penal é um "processo de distribuição da dor". Se não nomearmos a punição criminal, nos termos em

Por outro lado, não se pode deixar de pontuar a situação de encarceramento em massa no Brasil. O país abriga a terceira maior população carcerária no mundo (em 2016, eram 726.712 presos[16]), segundo o *ranking* organizado pela *International for Criminal Policy Research*[17], e também ostenta a terceira maior taxa de encarceramento – 342 presos a cada 100 mil habitantes, segundo os dados publicados no Levantamento de Informações Penitenciárias[18]. Considerando a proporção de pessoas presas para cada 100 mil habitantes – critério utilizado pela Organização das Nações Unidas para a discussão sobre o tratamento a pessoas presas –, Máximo Sozzo[19] constatou que o Brasil está no primeiro lugar, em punitividade, na América Latina, em larga vantagem para Peru, Colômbia, México, Argentina, Equador, Bolívia e Guatemala.

O cenário é ainda pior quando se considera que os dados não representam a totalidade de pessoas presas, como aponta o relatório: "os estados do Acre, Espírito Santo, Pernambuco, Piauí, Rondônia e Tocantins não informaram o total de pessoas custodiadas em carceragens de delegacias em junho de 2016"[20]; e mais, não é o número mais atualizado, uma vez que as referências datam de dezembro de 2015 e junho de 2016.

De todo modo, é incontestável o número de pessoas presas e em vertiginoso crescimento (157%, se considerarmos os dados produzidos entre 2000 e 2016),

---

que esta é cumprida no Brasil, como produção e reprodução de dor, não poderemos discutir seriamente propostas para a contenção do encarceramento em massa (CHRISTIE, Nils. *Limites à dor:* o papel da punição na política criminal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016).

16. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf]. Acesso em: 25.04.2018.
17. INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH. Highest to Lowest: Prison Population Total. Disponível em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All]. Acesso em: 25.04.2018.
18. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf]. Acesso em: 25.04.2018.
19. SOZZO, Máximo. *La inflación punitiva*: un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal em América Latina (1990-2015). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Café de las Ciudades, 2017. p. 6.
20. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf]. Acesso em: 25.04.2018. p. 10.

sem que seja reflexo, necessariamente, do quadro geral de violência do país. Explica-se: os delitos que figuram como principais responsáveis pelo encarceramento[21] são, em primeiro lugar, crimes contra o patrimônio (278.809 pessoas presas) e tráfico de entorpecentes (176.691 pessoas presas), estando os crimes contra a pessoa (84.686 pessoas presas) em número bem mais reduzido[22]. Por outro lado, em 2016, segundo os dados do Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, registrou-se 61.283 pessoas mortas de forma violenta intencional, o que representa uma taxa de 29,7 por cada 100 mil habitantes[23] e, nesses casos, certamente não há uma taxa de processamento eficaz[24], variando em diversas Unidades da Federação com margem baixa de 10%. Isto é, "quanto maior a diferença (em termos percentuais) entre a base e o topo [Inquéritos policiais e julgamentos pelo Poder Judiciário], maior a ideia de impunidade, já que isso pode estar indicando que um grande número de lesões a direitos permanece sem o devido exame judicial"[25]. Aliás, o refluxo da incapacidade do sistema prisional é evidenciado com o fato de se ter 40% da população carcerária composta por presos provisórios[26].

Ante o que foi apontado, a problematização aqui estabelecida é questionar se os processos legislativos de criminalização primária são efetivamente causa do processo de encarceramento em massa no Brasil. Sim, porque questiona-se, nesse trabalho, em que medida a expansão de leis penais implica práticas punitivas e é reflexo de um movimento populista punitivo, pois parte-se da hipótese de que

21. O alerta é que 66% das unidades prisionais que compõem os dados nacionais informaram receber, com ou sem regularidade, o atestado de pena a cumprir das pessoas em privação de liberdade no estabelecimento, o que evidencia outro déficit nos dados.

22. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf]. Acesso em: 25.04.2018.

23. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, 2017.

24. Não há pesquisas nacionais sobre o fluxo processual, porque os dados são elaborados por Estados e Municípios. Vide a discussão em CANO, Ignacio. *Mensurando a impunidade no sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro*. 3º Congresso Latino-Americano de Ciência Política: Democracia e Desigualdades. Unicamp, 2006.

25. RIBEIRO, Ludmila; SILVA, Klarissa. Fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro: um balanço da literatura. *Cadernos de Segurança Pública*, ano 2, n. 1, 2010. p. 16.

26. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf]. Acesso em: 25.04.2018.

esse movimento legislativo pode ser um interessante reflexo da Constituição Federal no sentido de estimular a participação social e sua reivindicação pela concretização de direitos reconhecidos na carta.

A partir de concordâncias e divergências com as teorias abaixo descritas, pontuamos a distinção entre *populismo punitivo* e *realismo de esquerda*. Sendo o primeiro caracterizado, tal como David Garland[27] sugere, como ilegítimo e, provavelmente, irracional; enquanto o segundo seria legítimo e racional, mesmo que represente expansão da intervenção penal, isso porque advém de um problema social real e decorre do discurso produzido pelas pessoas implicadas no conflito. No segundo, ainda, é possível encontrar um defensável efeito para além do simbólico, na medida em que poderá ser manejado pela sociedade nos seus usos cotidianos da gramática jurídica.

Assim como Garland, Díez Ripollés[28] também identifica uma forte politização das políticas criminais nacionais. A propósito, ele destaca três fenômenos nessa direção. O primeiro fenômeno diz respeito ao fato de que a política criminal deixou de refletir as diferenças ideológicas, por exemplo, entre direita e esquerda. Segundo o autor:

> [...] sólo restan indicios de antiguos signos distintivos, como una mayor resistencia a la estigmatización del delincuente en la izquierda, o las ocasionales reticencias de la derecha hacia intervenciones punitivas en exceso invasivas de la esfera personal[29].

Isto é, é possível encontrar diferenças importantes entre uma política criminal de direita e de esquerda, sobretudo quanto aos âmbitos da esfera social que cada um defenda que haja intervenção penal.

O segundo fenômeno está ligado com a demonstração de que a agenda político-criminal é determinada e configurada predominantemente pelos partidos políticos e não pelas autênticas demandas sociais ou, principalmente, pela realidade social a ser confrontada. Essa situação corrobora para a conclusão do autor de que na configuração da política criminal tenham mais a presença de decisões valorativas ou ideológicas que considerações utilitárias ou de eficácia.

27. GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
28. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015.
29. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015. p. 146.

E o terceiro fenômeno aponta para o fato de que as práticas político-criminais estrangeiras, ou as obrigações internacionais, estão influenciando cada vez mais nas decisões nacionais sobre prevenção ou redução da delinquência, isto é, sobre a política criminal nacional:

> Los modelos extranjeros más prestigiosos, entre los que destaca para muchos países el de Estados Unidos, penetran difusamente en los centros de decisión político-criminal; esta interacción es positiva, y justifica los estudios de política criminal comparada[30].

Com isso, Díez Ripollés adverte para a necessidade de criação de um modelo analítico que possibilite análises rigorosas das políticas criminais nacionais, de modo a poder compará-las. Para tanto, ele elenca três pressupostos teóricos que devem ser levados em consideração em relação à política criminal: (*i*) a política criminal insere-se dentro do conjunto de políticas públicas; (*ii*) a finalidade de toda política criminal é prevenir a delinquência dentro de parâmetros socialmente aceitáveis; (*iii*) a colocação em prática de qualquer política criminal exige que se escolham, elaborem e implementem objetivos específicos que sejam coerentes com essa finalidade[31].

Para realizar essa análise, partir-se-á de pesquisas empíricas em torno das reformas penais brasileiras para, a partir do cruzamento dos resultados dessas pesquisas com os índices de encarceramento, formular a relação entre política criminal – em especial legislativo-penal – e o encarceramento em massa no Brasil. Com isso, intenta-se, ainda, desenvolver e diferenciar, problematizando, duas tendências político-criminais que coexistem na atualidade e, eventualmente, se confundem: realismo de esquerda e populismo punitivo.

3. Políticas criminais no Brasil: estado da arte

É bem verdade que existe uma carência importante de pesquisas sobre a realidade legislativo-penal, desde sobre sua produção e, sobretudo, em relação aos seus efeitos.

De qualquer forma, destacam-se, aqui, cinco pesquisas sobre a política criminal brasileira: a dissertação de Marcelo da Silveira Campos[32]; a tese de Luís Wan-

30. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015. p. 149.

31. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015.

32. CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

derley Gazoto[33]; a dissertação de Ana Claudia Cifali[34], a tese de Carolina Costa Ferreira[35] e a tese de Clara Moura Masiero[36].

A pesquisa de Gazoto consistiu na análise das leis penais (quanto aos crimes comuns[37]) aprovadas após o Código Penal de 1940 até o primeiro semestre de 2009. No período pesquisado foram identificadas 122 leis. Delas, o autor identificou que 80,3% foram mais gravosas[38]; 12,3%, mais benéficas[39] e 7,4% tinham conteúdo misto[40] ou foram indiferentes[41]. Gazoto também analisou os projetos de Lei que tramitavam na 53ª Legislatura da Câmara dos Deputados (período de 1º de janeiro de 2007 a 30 de junho de 2009), em que foram identificados 308

33. GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010.
34. CIFALI, Ana Claudia. *A política criminal brasileira no governo Lula (2003-2010):* diretrizes, reformas legais e impacto carcerário. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2015.
35. FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2017.
36. MASIERO, Clara Moura. *Lutas sociais e política criminal: os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.
37. Excetuam-se, portanto, os crimes eleitorais e militares.
38. "Foram consideradas como gravosas as leis que tipificaram novos delitos, aumentaram penas ou restringiram direitos penais, como a liberdade provisória, a progressão do regime de cumprimento da pena etc.".
39. "Em leis benéficas se encontram aquelas que promoveram a abolição de crimes, diminuição de penas ou o estabelecimento de beneplácitos, como novas causas extintivas de punibilidade" (GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010. p. 211).
40. "No grupo das leis mistas se encontram aquelas que, concomitantemente, geraram situação de maior gravosidade aos infratores e, em outras situações, estabeleceram benefícios" (GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010. p. 211).
41. "Assim consideradas as que somente especificaram crimes, referindo-se a penas já existentes, a condutas do mesmo gênero" (GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010. p. 210).

projetos tratando de direito penal, dos quais "cerca de 95% são para aumentar penas e incidências criminais"[42]. Ele também analisou os projetos das 52ª e 53ª Legislaturas do Senado Federal (período de 1º de janeiro de 2003 a 30 de junho de 2009), em que foram identificados 172 projetos tratando de direito penal, dos quais "cerca de 97% são para aumentar penas e incidências criminais"[43].

Veja-se que, apesar de ele analisar as exposições dos motivos presentes nos projetos de leis[44], sua classificação entre gravosa e benéfica leva em consideração tão somente a quantidade de pena e o aumento/diminuição da criminalização de condutas. Nesse sentido, ele encara todas as leis gravosas como populistas punitivas. As quais ele caracteriza como um rigorismo penal irracional e desproporcional.

Assim, ele identifica tendências ao rigor penal em todos os principais partidos políticos no mesmo grau de intensidade. Acontece que, conforme se explicitará a seguir, a tendência expansionista até pode se manter no decorrer do tempo, mas deve se atentar para o âmbito de intervenção sobre o qual o controle penal pretende agir.

Por exemplo, Gazoto identificou que "o tema 'minorias, racismo, crianças, mulheres, idosos etc.' ganha relevância, especialmente nos Governos de Fernando Collor, Sarney e, mais recentemente, no Governo Lula"[45]. Quer dizer, uma demanda, coincidentemente, do período pós-Constituição de 1988 ou pós-democracia. Ainda, ele afirma que "a maioria dessas leis foram de iniciativa do Partido dos Trabalhadores: pelo Governo do presidente Lula, ou pelos deputados

42. GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010. p. 280.

43. GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010. p. 280.

44. A partir do que concluiu: "as exposições dos motivos dos projetos de leis quase sempre trazem como argumento a necessidade da repressão, sem, todavia, a apresentação de dados empíricos que possam sustentar suas posições; é comum o apelo exagerado, puramente retórico, do valor ético- moral da proteção estatal ao interesse em questão, mas sem nenhuma referência a critérios de proporcionalidade; não poucas vezes, os parlamentares deixam expresso que suas preocupações decorrem de leituras de jornais e influência da mídia, em geral" (GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010).

45. GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010. p. 210.

Paulo Paim (PT/RS) e Iara Bernardi (PT/SP)"[46]. Concluindo, enfim, que o Partido dos Trabalhadores é responsável destacado para o populismo penal brasileiro "no seu recrudescimento, mormente na legislação penal antirracismo e violência de gênero"[47].

De fato, conforme evidenciou Cifali em sua pesquisa sobre a política criminal do governo Lula, a defesa de setores vulneráveis da população aparecia desde seu plano de governo, em que era se afirmava a "preocupação do partido em relação às violências físicas e simbólicas, como as discriminações sofridas pelas mulheres, jovens, idosos e migrantes"[48]. Com isso, difícil seria falar em irracionalidade dessas reformas penais, que é uma característica fundamental do populismo. O que não quer dizer que não houve populismo nesse governo. Pelo contrário, Cifali apontou leis populistas punitivistas no período. A verdade é que a ambivalência é uma tônica das políticas criminais, não só no Brasil[49].

Já a pesquisa de Campos[50] traz mais matizes à discussão das tendências político-criminais no Brasil. Ele também fez um levantamento das leis federais aprovadas no Brasil que tratavam do tema da segurança pública e da justiça criminal, recortando o período de pesquisa para o pós-Constituição de 1988. Assim, no período entre 1989 e 2006, foram selecionadas 84 leis, cuja análise qualitativa revelou ao pesquisador seis tendências político-criminais: (*i*) leis mais punitivas, (*ii*) leis que se vinculam a uma política penal alternativa, (*iii*) leis que se voltam

46. GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010. p. 238.

47. GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010. p. 294.

48. CIFALI, Ana Cláudia. *A política criminal brasileira no Governo Lula (2003-2010):* diretrizes, reformas legais e impacto carcerário. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2015.

49. "Para David Garland, a ambiguidade que marca o funcionamento dos mecanismos de controle do delito no contexto contemporâneo está relacionada com duas lógicas distintas, uma instrumental, voltada à gestão do risco, e outra simbólica, voltada à demanda social do castigo e vingança contra o acusado" AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: CIFALI, Ana Cláudia [et. al]; SOZZO Máximo. Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017, p. 83.

50. CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

para novos arranjos institucionais, (*iv*) leis que buscam a criminalização de novas condutas, (*v*) leis que instauram privilégios a um determinado grupo da população e (*vi*) leis que combinam mais de uma dessas tendências em seu teor.

Quer dizer, o pesquisador desenvolveu uma tipologia própria e evidenciou a complexidade dos movimentos político-criminais ocorridos, indo além das análises que se centram no recrudescimento da política criminal e diferenciando punitivismo de novas criminalizações. Entre as conclusões trazidas por Marcelo Campos, destaca-se, aqui, a coexistência, no período analisado, de leis que buscaram ampliar direitos e garantias com leis mais punitivas, algumas vezes combinadas com leis criminalizadoras que buscaram *garantir* direitos por meio da criminalização de condutas.

As teses de Ferreira[51] e Masiero[52] estão inseridas no projeto de pesquisa *Descarcerização* e *sistema penal:* a construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo, como já descrito.

A partir desse banco de dados, ambas as teses optaram por focar sua análise na política criminal por âmbito de intervenção. A necessidade de análise político-criminal por recorte temático deve-se à percepção dessa pesquisa de que uma mesma Lei pode apresentar estratégias/tendências político-criminais diferentes, a depender da temática que está tratando.

A tese de Ferreira focou sua análise na política criminal brasileira no campo da execução da pena, examinando os 17 projetos de Lei que alteraram a Lei 7.210, de 1984 a 2016. A análise das justificativas dos Projetos de Lei e dos debates nas Comissões e no Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal demonstraram que o Poder Legislativo não possui um instrumento adequado para constatar a viabilidade e projetar as consequências de uma mudança legislativa, pautando-se na influência da mídia para a construção de fatos que possam repercutir em mais leis penais. Para melhorar a qualidade das leis penais aprovadas no Brasil, ela defende a adoção de Estudo de Impacto Legislativo[53] como condi-

51. FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2017.

52. MASIERO, Clara Moura. *Lutas sociais e política criminal: os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

53. A autora propõe um modelo de Estudo de Impacto Carcerário, composto de 15 perguntas: (1) o que é o problema?; (2) o problema consiste em uma realidade nacional?; (3) o assunto do problema é pertinente à Lei de Execução Penal (LEP)?; (4) o problema deve alterar a LEP?; (5) a proposição afeta os princípios da execução penal?; (6) quais são os objetivos da proposição legislativa?; (7) quais são as opções para alcançar os objetivos da

ção para a aprovação de uma Lei penal. Afinal, como a pesquisadora destacou, a própria Lei de Execução Penal prevê um Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), com competência para "propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança" (LEP, art. 62, inciso I). Para isso, é necessário engajar e reestruturar o CNPCP para essa tarefa tão importante que é a de manter o debate legislativo-penal informado e consequente.

A tese de Masiero[54], por sua vez, focou no âmbito de intervenção sobre os crimes de discriminação, motivados por preconceito ou, também chamados, crimes de ódio. O recorte, ainda, limitou-se às leis que visavam a enfrentar a violência machista, racista e LGBTQfóbica. Com isso, foram analisadas as leis penais voltadas ao *sexo*, *gênero*, *mulher*, *orientação sexual*[55], *identidade de gênero*[56] e *raça* (to-

proposição legislativa?; (8) como comparar as diferentes opções de solução do problema em termos de efetividade e eficácia (custos e benefícios)?; (9) a proposição legislativa foi elaborada seguindo critérios objetivos de uma determinada política criminal? Pode-se identificar a política criminal orientadora da proposta?; (10) a proposição legislativa causará impactos econômicos, sociais e ambientais? Quem será afetado? Como avaliar tais efeitos?; (11) o objetivo da proposição legislativa será avaliado? Como? Por quem?; (12) a aplicação do objeto da proposição legislativa será monitorada? Como? Por quem?; (13) as alterações propostas foram baseadas em dados sobre a população carcerária brasileira?; (14) as alterações propostas provocarão efeitos na estrutura do sistema de justiça criminal ou no sistema penitenciário brasileiro?; (15) as partes interessadas/afetadas foram ouvidas no curso da discussão das propostas legislativas? Quais foram as suas contribuições para a análise da proposição? (FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2017).

54. MASIERO, Clara Moura. *Lutas sociais e política criminal:* os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

55. Orientação sexual é, nas palavras de "a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade)". RIOS, Roger Raupp. "Discriminação por orientação sexual e acesso à justiça: a homossexualidade e a concretização dos princípios processuais", *Cadernos Themis Gênero e Direito*, n. 2, p. 46-65, Porto Alegre, 2001, p. 49.

56. Identidade de gênero "diz respeito à percepção subjetiva de ser um determinado gênero. A despeito das normas sociais que procuram dividir o mundo entre homens e mulheres, há uma ampla gama de sujeitos que não estão incluídos em tais normas. São múltiplas e variadas as identidades de gênero, inclusive, a própria nomenclatura utilizada na definição de gêneros não normativos é múltipla e variada, podendo depender até do contexto cultural. Pode-se citar, a título de exemplo, as seguintes categorias: trans, transexual, transgênero, multigênero, cisgênero, não-gênero, transeuntes de gênero, travesti,

talizando 29 leis, isto é, em torno de 10% das leis penais aprovadas no período entre 1940 e 2015). Desses, somente *identidade de gênero* não consta em nenhuma Lei penal. A pesquisa empírica envolveu, também, entrevistas com ativistas desses movimentos sociais. O campo confirmou que há certa permeabilidade entre a atuação dos movimentos sociais e a política criminal brasileira. Inclusive, as leis que mais se aproximam do discurso do movimento social envolvido, redundam em maior efetividade (ao que a autora denominou uma tendência *realista de esquerda*); enquanto leis que não decorriam de um problema empírico concreto ou não absorviam o discurso produzido no interior dos movimentos sociais acabam carecendo de efetividade e conformando uma medida desnecessária (ao que a autora denominou *populismo punitivo*).

A tese de Masiero concluiu, portanto, que nem toda expansão do direito penal representa *populismo punitivo* (política criminal irracional e desnecessária) e que seria possível expansão penal legítima e com efetividade aceitável, a que a autora classificou como *realismo de esquerda*, desde que presentes as seguintes variáveis: (*i*) decorrer de um problema social concreto; (*ii*) representar dano a um bem jurídico relevante; e, (*iii*) absorver discurso produzido pelos atores sociais envolvidos/afetados por esse problema.

Tendo em vista a discussão apresentada, este artigo tem por objetivo aprofundar a definição e oposição entre o que seria *populismo punitivo* e *realismo de esquerda*, trazendo mais uma variável para o debate: o efeito de dada Lei penal no encarceramento.

Antes de proceder a esse intento, é indispensável trazer, também, a discussão formulada por Díez Ripollés[57] em torno à análise de política criminal. Isso porque esse autor também se contrapõe às análises que se focam tão somente no rigorismo ou na moderação de dada Lei penal, ao focar sua análise nos efeitos das leis penais.

4. Análise de política criminal: para além do rigorismo/moderação

O modelo analítico proposto por Díez Ripollés toma como referência a capacidade do correspondente sistema penal nacional para minimizar a exclusão social dos que entram em conflito com a Lei penal. Isso supõe avaliar as políticas

gender outlaw, gênero *queer*, transformistas, *crossdressers*, intersexuais" (MASIERO, Clara Moura. *Lutas sociais e política criminal:* os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018).

57. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015. p. 158-159.

criminais segundo suas capacidades de permitir a "adquisición, recuperación, consolidación o al menos no empeoramiento de un aceptable nivel de inclusión social de los sospechosos y los delincuentes" [58].

Com isso, Díez Ripollés cria duas novas categorias para a análise político-criminal: a dimensão inclusiva e a dimensão excludente, as quais refletem aproximações contrapostas ao objetivo de prevenir a delinquência de pessoas propensas a entrar em conflito com a Lei penal:

> El enfoque inclusivo pretende asegurar que el sospechoso o delincuente se encuentre, tras su contacto con los órganos de control penal, en iguales o mejores condiciones individuales y sociales para desarrollar voluntariamente una vida conforme con la ley. El enfoque exclusivo quiere garantizar que el sospechoso o delincuente se encuentre, tras su contacto con los órganos de control penal, en unas condiciones individuales y sociales en las que le resulte más difícil infringir la ley o evitar ser descubierto.[59]

Essa proposta fundamenta-se em duas hipóteses essenciais e correlacionadas: (*i*) a de que a manutenção de um certo nível de inclusão social de suspeitos, apenados e ex-apenados é uma das mais eficazes estratégias para a prevenção da criminalidade; e (*ii*) a de que a produção ou aprofundamento da exclusão social de suspeitos, apenados e ex-apenados pelas instituições de controle penal gera maior criminalidade a médio e longo prazo. Hipóteses, essas, sem dúvida, pendentes de demonstração definitiva, conforme alerta o próprio professor espanhol. Mas que poderiam ser colocadas à prova por esse modelo analítico.

Poder-se-ia supor que uma política criminal inclusiva corresponderia necessariamente a uma política criminal moderada, enquanto que a excludente seria sempre mais punitiva; entretanto, o autor refuta essa hipótese, na medida em que não estão necessariamente presentes nas mesmas sociedades. É que as sociedades situadas mais próximas da ponta da inclusão do que da exclusão social, por exemplo, apesar de serem mais sensíveis à igualdade social e à proscrição de condutas vantajosas, tendem a desenvolver processos de criminalização primária de comportamentos dos setores sociais poderosos em maior medida do que as próprias políticas criminais das sociedades mais excludentes. Logo, seriam, quanto a esse âmbito de intervenção penal, mais punitivas do que sociedades mais excludentes socialmente. Neste sentido:

58. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015. p. 158-159.

59. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015. p.159.

> Sociedades consideradas muy incluyentes pueden diseñar programas de criminalización primaria muy extensivos, con la finalidad de prevenir procesos de desorganización social que pudieran amenazar su capacidad integradora. Es, sin duda, el caso de los países nórdicos respecto a su política de persecución del tráfico y consumo de drogas, y quizás esté siendo ya respecto a la persecución de la prostitución y la pornografía infantil; ello es compatible con una práctica moderada y bienestarista a la hora de aplicar las correspondientes reacciones penales[60].

A ideia do autor espanhol é construir uma linha comparativa em que, em um polo, ter-se-ia um Estado com a política criminal mais inclusiva socialmente e, em outro polo, o Estado com a política criminal mais excludente socialmente, enquanto os demais países ficariam localizados mais para um lado ou mais para outro, a depender do grau de proximidade com um ou outro polo.

Para determinar esse grau em que os diferentes sistemas de justiça criminal se encontram, Díez Ripollés[61] ressalta que se tem que identificar as regras e práticas punitivas e, a partir daí, desvelar que efeitos são produzidos sobre as pessoas envolvidas, isto é, se geram inclusão ou exclusão social. Mas, para uma análise comparativa rigorosa, o autor vai além e sugere a transformação dessas regras e práticas em indicadores, o que permitirá proceder, enfim, às comparações.

Para construir essa linha tipológica, Díez Ripollés parte de duas hipóteses: a primeira diz respeito aos indicadores, e a segunda aos países que servirão de paradigma de um polo e de outro.

Quanto aos indicadores, o autor sugere nove indicadores-chave, aos quais outros indicadores estão agrupados, configurando, ao todo, 25. Esses indicadores têm, segundo o autor, as qualidades necessárias para revelar os efeitos socialmente inclusivos ou excludentes de um sistema criminal, assim como para caracterizar comparativamente o respectivo sistema entre as dimensões contrapostas.

A segunda hipótese do autor propõe que os dois modelos político-criminais paradigmáticos e mais opostos quanto aos seus efeitos de inclusão ou exclusão social podem ser representados, no início do século XXI, dentre os países ocidentais, pelos Estados Unidos da América (sistema federal e sistema da maioria de seus Estados federados), de um lado, e pelos países nórdicos europeus (Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia), de outro.

60. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015. p. 167-168.

61. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015.

Nesse sentido, o sistema de controle penal americano constitui, para o autor, o modelo político-criminal ocidental mais energicamente inspirado na exclusão social dos suspeitos ou condenado. Enquanto que os países nórdicos europeus são os que possuem modelo político-criminal mais decididamente focado na inclusão social dos envolvidos com o sistema penal[62].

É interessante destacar nesse aspecto que, apesar de estarem em polos contrapostos atualmente, ambos os países compartilharam, durante várias décadas da segunda metade do século XX, um mesmo modelo de intervenção penal: o ressocializador. Foi só a partir dos anos 1980 que começou a surgir essa divergência progressiva.

Daí a relevância de se proceder a um estudo comparativo, pois permite perceber com clareza empírica que as escolhas de intervenção penal não são naturais e inevitáveis, mas escolhas políticas com determinadas finalidades. Enfim, a pretensão de Díez Ripollés[63] é fornecer uma proposta de estudo comparativo, para que se possa, a partir de investigações paralelas de aplicação do modelo analítico e tipológico proposto, medir a intensidade de inclusão social ou exclusão social operada pelas políticas criminais dos países.

5. Tendências político-criminais: realismo de esquerda vs. populismo punitivo

Na linha defendida por Masiero[64], entende-se que, para analisar políticas criminais e, mais do que isso, a legitimidade destas, deve-se voltar a análise para suas justificativas. Não só as justificativas oficiais, que aparecem na Exposição de Motivos de um Projeto de Lei, como aquelas extraoficiais que, eventualmente, são as reais ou verdadeiras razões. Dentro dessa análise, deve-se verificar quatro aspectos: (*i*) se a proposta decorre de um problema social concreto, (*ii*) com dano a um bem jurídico relevante (mormente uma violação de direitos humanos), (*iii*) que os demais ramos do direito não dão conta de enfrentar e que, sobretudo, (*iv*) decorre de mobilização por parte de atores sociais envolvidos/afetados por este problema[65].

62. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada.* 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015.

63. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2015.

64. MASIERO, Clara Moura. *Lutas sociais e política criminal:* os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

65. MASIERO, Clara Moura. *Lutas sociais e política criminal:* os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica

Para além desses indicadores, desenvolve-se, neste artigo, a análise de impacto diante do encarceramento, no sentido de identificar se a partir da produção legislativa houve impacto – aumento ou diminuição – na população carcerária nacional. Não obstante os déficits de dados, como já exposto, serão os números oferecidos pelo sistema nacional (INFOPEN) o critério de verificação. O objetivo é identificar, a partir da promulgação da lei, se houve encarceramento decorrente desta e comparar, nos anos seguintes à entrada em vigor da Lei e, em caso de resposta positiva, se houve (ou não) incremento punitivo.

Se não for possível verificar esses aspectos, entende-se que a respectiva legislação é fruto de uma política criminal *populista punitiva*, tal como a entende Garland[66] ou Gazoto[67], ou *excludente*, para Díez Ripollés. Isto é, aquela que gera normas com recrudescimento do controle penal, sem que exista uma justificativa empírica, tampouco suporte social que lhe confira legitimidade e, portanto, decorrente de irracionalidade. Provavelmente, seu efeito também será inócuo, exceto quanto ao fato de que promoverá uma expansão desnecessária do sistema punitivo.

Por outro lado, se os aspectos acima estiverem presentes na análise de uma Lei penal, defende-se que esta lei, mesmo que recrudesça o controle penal, não é populista, mas sim *realista de esquerda*. Aí estão, portanto, legislações que, embora criem novos tipos penais, o fazem sob a justificativa de enfrentar problemas sociais reais, que envolvem violações de direitos humanos que, até então, não estavam dentre as preocupações dos legisladores penais. O que não implica, inclusive, necessariamente, em recrudescimento prisional, pois a Lei pode criar um tipo penal e dotá-lo de penas alternativas à prisão, por exemplo. De todo modo, a hipótese deste trabalho é, ainda, de que as leis *realistas de esquerda* possuem potencial muito maior de eficácia[68] e efetividade[69] – inclusive simbólica – que as *populistas punitivas*.

---

no Brasil. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

66. GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

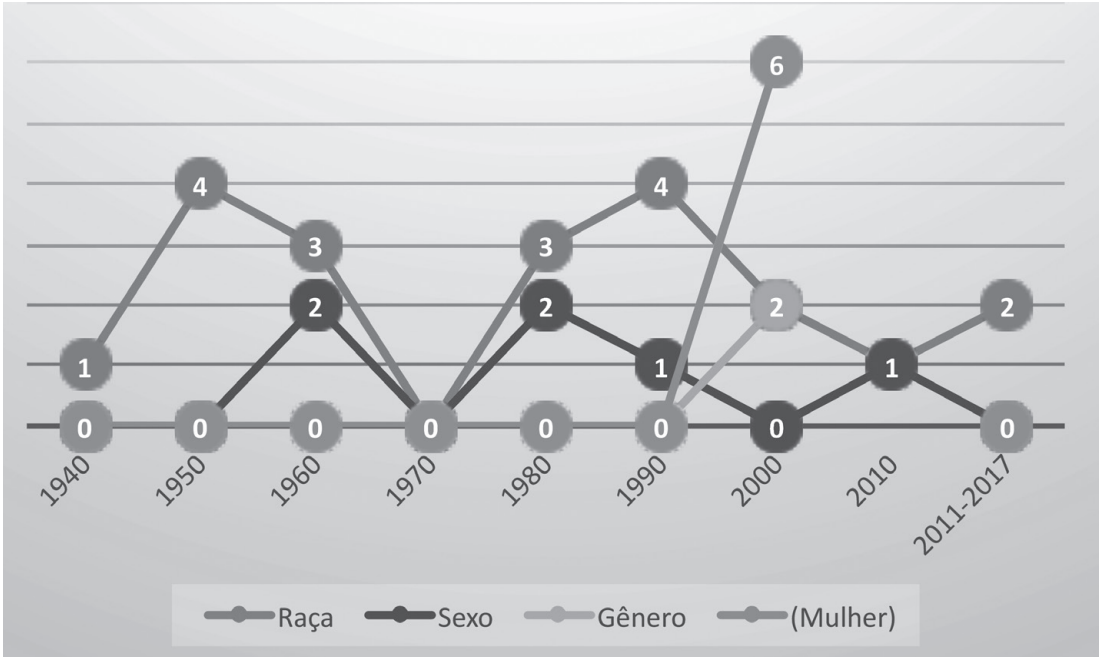
67. GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Departamento de Sociologia) – Universidade de Brasília/UnB, Brasília, 2010.

68. "A eficácia da lei, abrangendo situações as mais variadas – observância, execução, aplicação e uso do direito –, pode ser compreendida genericamente como concretização normativa do texto legal" (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 46).

69. Efetividade diz respeito à realização da finalidade da lei, à implementação do *programa finalístico* que orientou a atividade do legislador, isto é, à concretização do vínculo

Vejamos a partir do recorte com questões de raça e gênero; é importante pontuar que a categoria grafada como *(mulher)* se refere a leis que não trazem expressamente a categoria *mulher*, mas cuja criminalização veio para defender as mulheres de práticas discriminatórias.

Outro dado interessante dessa primeira análise é perceber como, no decorrer do tempo, as categorias sociais criminalizadas foram mudando, à exceção de raça, que se mantém desde a década de 1950 até a atualidade. Por exemplo, a atenção à mulher e ao sexo feminino é um fenômeno que remonta aos anos 2000, ainda que a preocupação com estado civil e o sexo genericamente considerado (que aparece na década de 1960), eram preocupações com as mulheres. Nesse caso, o banco de dados é composto por 31 leis.



Fonte: Elaboração das autoras.

As leis do período são distribuídas da seguinte forma:

Tabela 7 – Banco de dados: Legislação Penal

	Legislação	Projeto	Ementa	Categoria Social
1.	Constituição de 1946	Anais da Constituinte.	Constituição dos Estados Unidos do Brasil.	Raça.

meio-fim que decorre abstratamente do texto legal (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011).

	Legislação	Projeto	Ementa	Categoria Social
2.	Lei 1.390/1951 (Lei Afonso Arinos)	PL 562/1950	Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor.	Raça.
3.	Lei 1.802/1953	PL 1.451/1949	Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências.	Raça.
4.	Lei 2.083/1953	PL 403/1948	Regula a Liberdade de Imprensa.	Raça.
5.	Lei 2.889/1956	PL 249/1951	Define e pune o crime de genocídio.	Raça.
6.	Lei 4.117/1962	PLS 36/1953	Código Brasileiro de Telecomunicações.	Raça.
7.	Constituição de 1967	AI 4/1966; MS 25/1966	Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.	Raça.
8.	Lei 5.250/1967	PLN 23/1966	Lei de Imprensa.	Raça e sexo.
9.	Lei 5.473/1968	PL 3.232/1965	Regula o provimento de cargos e dá outras providências.	Sexo.
10.	Lei 7.170/1983	PLN 17/1983	Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.	Raça.
11.	Lei 7.437/1985	PL 5.328/1985	Inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou estado civil, dando nova redação à Lei 1.390, de 03.07.1951 – Lei Afonso Arinos.	Sexo.

	Legislação	Projeto	Ementa	Categoria Social
12.	Constituição de 1988	Anais da Constituinte.	Constituição da República Federativa do Brasil – 1988.	Raça e Sexo.
13.	Lei 7.716/1989	PL 668/1988	Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.	Raça.
14.	Lei 8.081/1990	PL 5.249/1990	Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza.	Raça.
15.	Lei 8.882/1994	PL 3.261/1992	Acrescenta parágrafo ao art. 20 da Lei 7.716, de 05.01.1989, que "define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor".	Nazismo.
16.	Lei 9.029/1995	PL 229/1991	Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.	Sexo.
17.	Lei 9.459/1997	PL 1.240/1995	Altera os arts. 1º e 20 da Lei 7.716, de 05.01.1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940.	Raça.

	Legislação	Projeto	Ementa	Categoria Social
18.	Lei 9.455/1997 (Lei dos Crimes de Tortura)	PL 4.716/1994	Define os crimes de tortura e dá outras providências.	Raça.
19.	Lei 10.224/2001	PL 61/1999	Altera o Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências.	Mulher.
20.	Lei 10.741/2003	PL 3.561/1997	Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.	Raça.
21.	Lei 10.803/2003	PL 7.429/2002	Altera o art. 149 do Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga a de escravo.	Raça.
22.	Lei 10.778/2003	PL 4.493/2001	Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.	Gênero.
23.	Lei 10.886/2004	PL 3/2003	Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica".	Mulher.
24.	Lei 11.106/2005	PL 117/2003	Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal e dá outras providências.	Mulher.

	Legislação	Projeto	Ementa	Categoria Social
25.	Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)	PL 4.559/2004	Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.	Mulher e Gênero.
26.	Lei 12.015/2009	PL 4.850/2005	Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei 8.072, de 25.07.1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei 2.252, de 01.07.1954, que trata de corrupção de menores.	Mulher.
27.	Lei 12.033/2009	PL 36/2009	Altera a redação do parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, tornando pública condicionada a ação penal em razão da injúria que especifica.	Raça.

	Legislação	Projeto	Ementa	Categoria Social
28.	Lei 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial)	PL 6.262/2005	Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis 7.716, de 05.01.1989, 9.029, de 13.04.1995, 7.347, de 24.07.1985, e 10.778, de 24.11.2003.	Raça.
29.	Lei 13.104/2015 (Lei do Feminicídio)	PL 8.305/2014	Altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei 8.072, de 25.07.1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.	Sexo feminino.
30.	Lei 13.160/2016		Lei regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.	Raça.
31.	Lei. 13.497/2017		Altera a Lei 8.072 de 1990 para incluir o crime de genocídio como hediondo	Raça

Fonte: Elaborado pelas Autoras.

A produção das estatísticas criminais são um debate à parte que merece aprofundamentos, especialmente porque as formas de coleta de dados, os prazos, a apuração das informações etc. sempre foram objeto de muitas divergências. Inclusive, a questão interage com o ambiente político de cada momento, tanto que é possível identificar que o conceito *raça* somente aparece em levantamento

estatístico em 1872 no Recenseamento Geral do Brasil, mas "somente teria tomado como parâmetro de classificação populacional pela polícia no século XX"[70].

O fato é que somente os anos 1990 vão apresentar aspectos técnicos profissionais, como estratégia de consolidação de democracia. Assim, discurso de direitos humanos, transparência e controle do poder público tornam-se requisitos de novos tempos, de modo que em 2004 foi iniciado o processo de centralização de informações a partir de coleta de dados realizada por formulários preenchidos pelos gestores de todos os estabelecimentos prisionais do país.

Em 2014 foi implementada importante mudança metodológica no processo com "a reformulação do instrumento de coleta, a agregação de componentes de análise da qualidade da informação e a publicação de um relatório analítico detalhado e da base de dados completa do levantamento em formato aberto"[71]. Não entanto, as mudanças ainda são insuficientes em termos de exploração, tanto que a versão dos últimos dados até junho de 2016, conta com o apoio técnico especializado do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Outrossim, apesar do banco de dados apontar leis penais que se relacionam com o âmbito de intervenção *gênero e raça* remeter a 1946, somente será possível verificar eventual impacto carcerário a partir de 2004, momento em que se produzem dados nacionais sobre a questão.

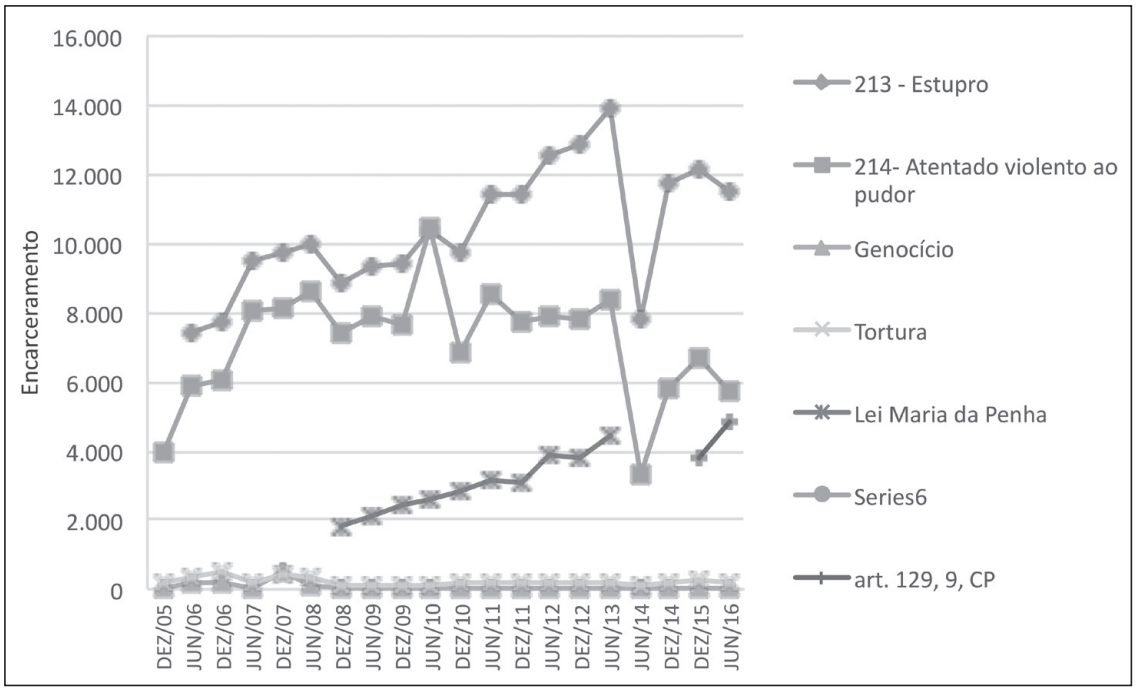
A partir dessas questões, importa pontuar que, para verificar o impacto carcerário, foi necessário realizar um novo recorte, especialmente porque algumas daquelas legislações não são necessariamente criminalizadoras. Nesse sentido, segundo a tabela, as leis referidas nos itens 1, 8, 12, 22 e 27 tratam ou de reconhecimento do valor jurídico da temática ou referem-se a questões procedimentais, o que implicou a exclusão destas.

Nesse caso, restaram 25 leis. Do conjunto dessas, algumas normas são modificações legislativas da norma originária, o que, para fins de compreensão do presente texto, optou-se por agrupá-las. Nesse caso, as leis referentes aos itens 13, 15, 17 e 28 que se referem à redação originária da Lei 7.716/1989 (Lei que define os crimes resultantes de raça ou cor) foram reduzidas a esta última, de modo que o conjunto de análise recaiu para 22 legislações. Destaque-se que se

70. LIMA, Renato Sérgio. Contar crimes e criminosos no Brasil. In: LIMA, Renato Sérgio. *Entre palavras e números*. Violência, democracia e segurança pública no Brasil. São Paulo: Alameda, 2011. p. 107.

71. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf]. Acesso em: 25.04.2018. p. 5.

optou por não realizar similar procedimento em relação à Lei de Contravenções Penais (itens 2 e 11) porque em cada uma das legislações são abordadas questões diferentes, como visto em tabela. Abaixo, é possível identificar o movimento carcerário[72]:

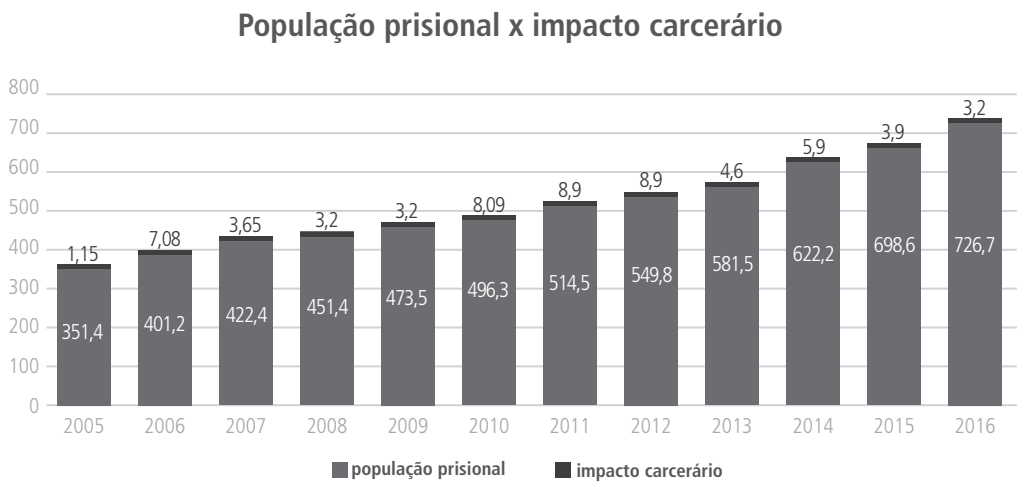


Fonte: Elaboração própria.

72. Alguns esclarecimentos metodológicos são necessários: a) os dados entre dez./2005 a dez./2008, em relação aos delitos de estupro referem-se somente aos casos em que o sujeito ativo é homem. Interessante notar que a modificação no original denominado crimes contra os costumes do Código Penal só se deu em 2009, porém desde os dados de dez./2008 já se faz indicação do sujeito ativo homem e mulher. Não obstante, essa questão, optou-se por fazer uso somente dos dados em que o sujeito ativo é homem. Da mesma forma se deu com o delito de atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal) em que, inobstante o fenômeno da continuidade normativo típica e revogação do tipo penal do art. 214, em 2009, os dados fazem alusão ao tipo penal até junho/2016; b) em relação aos crimes referentes à violência doméstica, os dados só indicam sua existência a partir de dez./2008 como "violência doméstica", e somente a partir de junho de 2014 é que se faz referência ao art. 129, § 9º, do Código Penal. Outrossim, os dados aqui indicados referem-se aos sujeitos ativos homem e mulher.

O impacto carcerário dos âmbitos de intervenção é visualizado da seguinte forma:

Gráfico – impacto carcerário x população prisional[73]



Fonte: Elaboração própria.

Como se vê, o impacto carcerário é mais do que diminuto. Na verdade, o impacto é ainda mais reduzido se se levar em conta que os delitos de genocídio e tortura envolvem múltiplas formas que não sejam reduzidas somente aos âmbitos de intervenção aqui investigados. Isto é, não se podendo, apenas com uma abordagem quantitativa, verificar os fatos delitivos, é possível que os dados aqui estejam sobrestimados e, nesse caso, o impacto carcerário seja ainda menor.

Ao se discutir novas estratégias de controle do delito, que derivam da nova consciência coletiva formada na modernidade, Zedner problematiza: "pero es la conciencia colectiva reaccionaria, o las políticas punitivas del controle del delito son el produto directo del mandato populista?"[74].

A autora questiona a abordagem porque entende que a utilização do conceito de populismo é feita de maneira débil, como decorrente do sentimento emotivo, do punitivo e de uma moral conservadora[75]. Porém apresenta pesquisas em que a ação popular pode impedir atitudes arbitrárias, resistindo ao populismo.

73. Do ponto de vista metodológico também é importante pontuar que alguns anos só existem relatório somente em relação a um semestre, o que implica haver enorme decréscimo no impacto carcerário, não obstante não haver redução da população prisional. São os casos dos relatórios 2005, 2013, 2015 e 2016. Elaboração das autoras.

74. ZEDNER, Lúcia. *Los peligros de las distopias en la teoria penal*. Una resena de la cultura del controle: crimen y orden social en la sociedade contemporânea. No prelo.

75. ZEDNER, Lúcia. *Los peligros de las distopias en la teoria penal*. Una resena de la cultura del controle: crimen y orden social en la sociedade contemporânea. No prelo.

A contestação levantada por Zedner converge com a problematização trazida por Matthews[76], com o questionamento sobre o que significa efetivamente punitivismo, uma vez que entende não haver definição conceitual precisa a basear as construções comuns da criminologia.

Matthews caminha em sua argumentação, apresentando diversas situações que implicam retribuição, com elementos de desproporcionalidade e excesso[77]. Nesse sentido, argumenta que nos últimos anos o que tem sido delineado como exemplo de punitivismo são, em verdade, expressão de simbolismo[78] .

Os resultados obtidos na presente pesquisa, com o confronto das leis penais aprovadas de 1988 a 2017 sobre *raça* e *gênero* com os dados sobre encarceramento no Brasil, indicam, num primeiro momento, a necessidade de separação do que se chama de populismo penal das demandas por reconhecimento, no campo (ainda que restrito) do Direito Penal, de bens jurídicos que reflitam a luta por Direitos Humanos. Os resultados aqui obtidos merecem uma análise mais detida sobre o papel do Direito Penal na perspectiva da proteção a Direitos Humanos, já discutida por Alessandro Baratta e revista por Roberto Galvão Faleiros Júnior[79] e Raquel da Cruz Lima[80], e consistem no início da discussão sobre os limites do punitivismo penal. Uma sequência ao trabalho até aqui desenvolvido deverá abordar os limites do realismo de esquerda, seu alcance teórico e os critérios de definição desse movimento político-criminal, num contexto de (re)democratização do Brasil.

6. Considerações finais: a importância do estudo das reformas penais para a contenção do encarceramento em massa

Diante desse quadro de altíssima produção legislativa que leva, de alguma maneira, ao incremento do exercício do poder punitivo, uma de duas são as saídas. A primeira é tecer a crítica criminológica da ilegitimidade do sistema penal,

76. MATTHEWS, Roger. The myth of punitiveness. *Theoretical Crimibnology*, London, v. 9, p. 175-201, 2005.

77. MATTHEWS, Roger. The myth of punitiveness. *Theoretical Crimibnology*, London, v. 9, 2005, p. 179.

78. MATTHEWS, Roger. The myth of punitiveness. *Theoretical Crimibnology,* London, v. 9, p. 175-201, 2005.

79. FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. *Direitos humanos e tutela penal:* um diálogo marginal. São Paulo: Unesp/Cultura Acadêmica, 2013.

80. LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos:* paradoxos do discurso punivito da Corte Interamericana de Direitos humanos. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

inclusive, a carga simbólica, em que se problematiza o paradoxo do Direito Penal Máximo em detrimento ao Estado mínimo no campo social (Direito Previdenciário e do Trabalho), "que é precisamente o campo vital, o campo mais nobre para a construção da cidadania, de modo que a caricatura do estado mínimo equivale a sistema penal máximo x cidadania mínima, para alguns"[81].

A segunda é partir para uma envergadura realista, consciente do "horizonte epistemológico da criminologia" de que "qualquer melhora no sistema penal não seria outra coisa que a reafirmação do controle e, por conseguinte, uma tentativa reacionária, legitimante, que em definitivo, demoraria o encaminhamento à única alternativa possível"[82], mas que deixar o poder punitivo sem limite algum termina, também, por legitimar o exercício do arbítrio, irracional, em que se dá a imposição de uma cota de dor. Desse modo, é indispensável pensar sobre as alternativas instrumentais para alterar essa realidade, as quais devem buscar a satisfação das necessidades humanas mais elementares: "respeito ao direito à vida, garantias à integridade [...]"[83]. Em resumo:

> Para um direito penal entendido como filtro redutor da irracionalidade e da violência do poder punitivo, as comportas do dique penal que contiverem as águas desse poder devem fazê-lo com inteligência. [...] ele não poderá permitir a passagem de qualquer água nem de qualquer forma: sua quantidade, qualidade e forma de passar devem ser cuidadosamente predeterminadas. Se o poder punitivo é uma força irracional e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a racionalidade do estado de direito, a seleção penal deve ser racional para compensar – até onde puder – a violência seletiva irracional da torrente punitiva[84].

É possível ter-se que a primeira opção de somente criticar o paradigma correcionalista não funciona, pois termina por reduzir-se ao monismo indivíduo-Estado, sem atentar para os possíveis pluralismos[85] o qual, inclusive, pode resultar

81. ANDRADE, Vera Regina p. de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima:* códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 27.
82. ZAFFARONI, E. R. *Criminología:* aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 2003. p. 9.
83. ZAFFARONI, E. R. *Criminología:* aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 2003. p. 23.
84. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Primeiro volume. teoria geral do direito penal.
85. MELOSSI, Darío. Ideología y derecho penal garantismo jurídico y criminología crítica: ¿Nuevas ideologías de la subordinación? *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, p. 75-86, 1996.

na abertura para posições neorretribucionistas[86]; ou que toda a criminalização corresponde necessariamente a populismo punitivo, confunde as aspirações legítimas de grupos sociais que demandam proteção.

Na verdade, essa primeira opção pode levar a uma espécie de irresponsabilidade criminológica que, por sua vez, pode aproximar-se da angústia de "levar o crime à sério"[87], onda que gerou a crise da Criminologia Crítica desde a década de 1980, uma vez que não lograra impacto político criminal que propôs[88].

A segunda opção, então, preocupa-se com os efeitos práticos do exercício do poder punitivo; e exatamente por isso a proposta de pautar o combate ao processo de encarceramento em massa parta da operação – "contra e por meio do Estado"[89] a favor dos direitos humanos e da justiça social. Claro, sem esquecer jamais que uma resposta marginal às mortes causadas pelo sistema penal é um imperativo ético, afinal, a única realidade é uma questão de mortos[90].

Nesse sentido, a partir dos modelos apresentados e levando em conta a teoria de base percebeu-se que nem toda expansão do direito penal é irracional, inútil ou populista; diferenciando, aí, as categorias *populismo punitivo* e *realismo de esquerda* e essas possuem potencial muito maior de eficácia[91] e efetividade[92] –

86. GARLAND, David. "As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico". *Revista de Sociologia e Política*, 13: 59-80, nov., Curitiba.

87. MATTHEWS, Roger. Realismo crítico: un análisis estructural. *Política criminal,* v. 9, n. 17, p. 182-212, jul., 2014.

88. LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 2001.

89. MATTHEWS, Roger. *Criminología realista*. Madri: Edicion Punto Didot, 2016.

90. A operacionalidade real do sistema penal é o ponto de partida de um saber criminológico, o que significa assumir um pessimismo em relação ao sistema penal e admitir sua projeção genocida. Isto é, inoperância ante mortes inevitáveis e mortes decorrentes de confrontos armados, mortes por grupos parapoliciais, mortes de torturados, mortes *exemplares*, mortes por erro e negligência, mortes de pessoas do sistema, morte pelo uso de armas, mortes em motins carcerários, mortes por violência contra presos, mortes por doenças não tratadas nas prisões (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012).

91. "A eficácia da lei, abrangendo situações as mais variadas – observância, execução, aplicação e uso do direito –, pode ser compreendida genericamente como concretização normativa do texto legal" (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 46).

92. Efetividade diz respeito à realização da finalidade da lei, à implementação do *programa finalístico* que orientou a atividade do legislador, isto é, à concretização do vínculo

inclusive simbólica – que as *populistas punitivas*; e isso não significa, necessariamente, recrudescimento prisional, pois a Lei pode criar um tipo penal e dotá-lo de penas alternativas à prisão, por exemplo.

Enfim, aqui se construiu um discurso que aceita a deslegitimação do poder punitivo, e "se limite a pautar as decisões das agências judiciais com o mesmo objetivo político de reduzir a violência, levando-se em conta a informação criminológica da operacionalidade real dos sistemas penais"[93].

A hipótese que se discute é que políticas criminais brasileiras pós-Constituição de 1988 são reflexos do conjunto dos elementos ambíguos, permeados por experiências de violência urbana, refletidas em números crescentes de delitos contra o patrimônio e contra a vida em que não se prioriza o direito à igualdade e à vida. Refletem, também, as opções de *combate ao crime*, demandas por novos direitos civis que se deparam com incapacidades das políticas sociais e experiências punitivas construídas a partir de uma estrutura cultural e histórica que tem no uso da força recurso ordinário. Isto é, não são as políticas legislativas necessariamente responsáveis (única ou majoritariamente) pelo encarceramento em massa e não significam, se identificadas a partir de novas criminalizações e novas penas, reflexo de populismo punitivo.

Segundo Masiero, haverá legitimidade na intervenção penal (*realismo de esquerda*) quando verificadas as seguintes variáveis: (*i*) a Lei penal decorrer de um problema social concreto; (*ii*) descrever um crime que implique em dano a um bem jurídico relevante; e (*iii*) absorver os discursos produzidos pelos movimentos sociais implicados no conflito. Havendo essas variáveis, entende-se que, mesmo representando expansão do direito penal, não se está tratando de uma política criminal *populista punitiva*. Nesses casos, defende-se que se está diante de uma política criminal *realista de esquerda*, a qual, além de legítima, tende a apresentar índices de efetividade aceitáveis.

De todo o exposto, conclui-se que, de fato, há uma forte ambiguidade na política criminal brasileira, que mesmo nesse âmbito específico de intervenção combina políticas criminais populistas punitivas e realistas de esquerda. Nota-se, portanto, que o Direito Penal pode ajudar nas lutas sociais, pelo poder simbólico que a palavra *crime* carrega.

Esse papel, de reprovação, não é apenas um papel simbólico ou subjetivo na construção de um imaginário comum que reprova um crime. A questão é que

meio-fim que decorre abstratamente do texto legal (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011).

93. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Deslegitimação e dogmática jurídico-penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 172.

a reprovação pública possui efeito concreto no aumento de segurança, confere possibilidades, direitos, e isso vai além de um sentimento subjetivo, passando por uma verdadeira redistribuição de poder. Há um emaranhado político-criminal que precisa ser estudado para ser desvendado.

A conclusão pela legitimidade da criminalização não esgota os problemas que envolvem a questão. Não se pode perder de vista a análise crítica aos instrumentos legais a serem utilizados para esse fim e seus efeitos jurídico-penais (desde a excessiva criminalização, à lógica punitivista ou à vitimização). Afinal, quando se trata da utilização do Direito penal, deve-se ter ciência de que "as fronteiras entre a virtude da Lei e seu lado perverso são fáceis de transpor"[94] – o remédio pode ser tão mau quanto o mal que se deseja combater ou até mesmo pior do que este. Afinal, pode-se concluir que as categorias apresentadas neste trabalho convergem à análise de Díez Ripollés de não serem populistas punitivas, sendo inclusivas e moderadas.

7. Referências

ANDRADE, Vera Regina p. de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: CIFALI, Ana Cláudia [et. al]; SOZZO Máximo. Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 29, p. 27-52, jan.-mar. 2000.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf]. Acesso em: 25.04.2018.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Governo. Índice de vulnerabilidade juvenil à violência 2017: desigualdade racial, municípios com mais de 100 mil habitantes. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CHRISTIE, Nils. *Limites à dor:* o papel da punição na política criminal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

94. PIRES, Álvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, jan.-jun. 1999, p. 93.

CIFALI, Ana Claudia. *A política criminal brasileira no governo Lula (2003-2010):* diretrizes, reformas legais e impacto carcerário. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada.* 2. ed. actual. y ampl. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2015.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. *Direitos humanos e tutela penal*: um diálogo marginal. São Paulo: Unesp/Cultura Acadêmica, 2013.

FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Placido, 2017.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.* São Paulo, 2017.

FREITAS, Ricardo de Brito A. p. O estatuto teórico da política criminal. In: FÖPPEL, Gamil. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio:* estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARLAND, David. *Castigo y sociedade moderna:* un estúdio de teoria social. Trad. André Nascimento. Buenos Aires: Sigo XXI Editores, 1999.

_____. "As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico". *Revista de Sociologia e Política*, 13: 59-80, nov., Curitiba, 1999.

GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo:* o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica.* Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 2001.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto:* o município e o regime. 5 ed. São Paulo: Alfa-omega, 1986.

LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos:* paradoxos do discurso punivito da Corte Interamericana de Direitos humanos. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LIMA, Renato Sérgio. Contar crimes e criminosos no Brasil. In: LIMA, Renato Sérgio. *Entre palavras e números:* violência, democracia e segurança pública no Brasil. São Paulo: Alameda, 2011.

MASIERO, Clara Moura. *Lutas sociais e política criminal: os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil.* Tese de Doutorado em Direito – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

MATTHEWS, Roger. *Criminología realista.* Madri: Edicion Punto Didot, 2016.

MATTHEWS, Roger. Realismo crítico: un análisis estructural. *Política criminal,* v. 9, n. 17, p. 182-212, 2014. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/

index.php?option=com_content&task=view&id=45&Itemid=]. Acesso em: 27 de Julho de 2018.

MATTHEWS, Roger. The myth of punitiveness. *Theoretical Crimibnology,* London, v. 9, p. 175-201, 2005.

MELOSSI, Darío. Ideología y derecho penal garantismo jurídico y criminología crítica: ¿Nuevas ideologías de la subordinación? *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, p. 75-86, 1996.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PIRES, Álvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 64-95, jan. jun. 1999.

RIBEIRO, Ludmila; SILVA, Klarissa. Fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro: um balanço da literatura. *Cadernos de Segurança Pública,* ano 2, n. 1, Rio de Janeiro, 2010.

RIOS, Roger Raupp. "Discriminação por orientação sexual e acesso à justiça: a homossexualidade e a concretização dos princípios processuais", *Cadernos Themis Gênero e Direito*, n. 2, p. 46-65, Porto Alegre, 2001.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland. A sociologia da punição. Tempo Social. *Revista de Sociologia da USP,* São Paulo, v. 18, n. 1, p. 329-350, jun. 2006.

SALVESBERG, Joachim j. Las culturas del controle en las sociedades contemporâneas. Trad. ao castelleano de Natacha Guala y Máximo Sozzo. No prelo.

SINHORETTO, Jacqueline et al. A filtragem racial na seleção policial dos suspeitos: segurança pública e relações raciais. *Segurança* pública e direitos humanos: temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Renato Sérgio de. Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança pública e no controle do crime. *Contemporânea*. Dossiê violência, crime e teoria social, v. 5, n. 1, p. 119-141, jan.-jun. 2015.

SOZZO, Máximo. *La inflación punitiva:* un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal em América Latina (1990-2015). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Café de las Ciudades, 2017.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência.* Homicídios por arma de fogo no Brasil. Brasília: Flacso Brasil, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología:*aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* deslegitimação e dogmática jurídico-penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2003. Primeiro volume: Teoria geral do direito penal.

ZEDNER, Lúcia. *Los peligros de las distopias en la teoria penal:* una resena de la Cultura del Controle: crimen y orden social en la sociedade contemporânea. No prelo.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- 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).

Sword or shield? The influence of international organizations in counterterrorism law and policy making

Espada ou escudo? A influência de organizações internacionais no direito antiterrorismo e na formulação de políticas

Claire Hamilton

Professor de Criminologia, Department of Law, Maynooth University, Ireland.
claire.hamilton@mu.ie

Recebido em: 30.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão do autor: 13.06.2018

Áreas do Direito: Internacional; Penal

Abstract: The protections afforded citizens in human rights treaties drafted by international organisations such as the United Nations may frequently be seen as a way of protecting unpopular minorities such as offenders from the "tyranny of the majority".Yet, criminal justice policies promulgated by these same bodies can often cut, swordlike, deep into citizens' freedoms. This tension – between drives towards human rights, on the one hand, and towards criminalisation and punitive measures on the other –is particularly acute in the field of counterterrorism, where bodies such as the UN Security Council have been active since the events of 9/11. Taking the field of counterterrorism as an exemplar, it is the aim of this paper to explore the tension between the "shield" and "sword" functions of international organisations, drawing on two case studies. The first concerns the United Nations where the security of the state has secured a major advantage over the ethic of human rights, within rather than in conflict with the UN framework of international oversight. The second examines the European Union, where the

Resumo: As proteções concedidas aos cidadãos em tratados de direitos humanos elaborados por organizações internacionais como as Nações Unidas podem frequentemente ser vistas como uma forma de proteger as minorias impopulares, como os infratores, da "tirania da maioria". As políticas de justiça criminal promulgadas por esses mesmos órgãos, muitas vezes, podem cortar profundamente, como uma espada, as liberdades dos cidadãos. Essa tensão – entre impulsos para os direitos humanos, por um lado, e para a criminalização e medidas punitivas, por outro – é particularmente aguda no debate antiterrorismo, no qual órgãos como o Conselho de Segurança da ONU têm estado ativos desde os acontecimentos de 9/11. Tomando o antiterrorismo como um exemplo, o objetivo deste artigo é explorar a tensão entre as funções de "escudo" e "espada" das organizações internacionais, baseando-se em dois estudos de caso. O primeiro diz respeito às Nações Unidas, nas quais a segurança dos Estados garantiu uma grande vantagem sobre a ética dos direitos humanos, de acordo, e não entrando em conflito, com a estrutura da ONU de

Hamilton, Claire. Sword or shield? The influence of international organizations in counterterrorism law and policy making. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. p. 67-88. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

enactment of a significant body of counterterrorism legislation since 9/11 has driven radical and permanent change with significant implications for human rights.

Keywords: Human rights – Counterterrorism – International organizations.

supervisão internacional. O segundo examina a União Europeia, onde a promulgação de um corpo significativo de legislação antiterrorista desde o 11 de setembro tem provocado mudanças radicais e permanentes com implicações significativas para os direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos – Antiterrorismo – Organizações internacionais.

Sumário: 1. Introduction: 21st Century Challenges: globalisation, counterterrorism and criminology. 2. United Nations. 2.1. Human rights. 2.2 Security. 3. European Union. 3.1 Human rights. 3.2 Security. 4. Conclusion: rights, criminology and the siren call of security. References.

1. Introduction: 21st Century Challenges: globalisation, counterterrorism and criminology

One of the biggest contemporary challenges to the field of criminal law making, as in other policy arenas, is perhaps the challenge which is increasingly presented to the authority of the state itself. Within criminology, much has been written about the "hollowing out" of the state as a result of globalising (and localising) forces mirroring developments in the field of capital and business (for an overview, see: Coleman and Sim, 2005; Loader and Sparks, 2012). While the challenges are many and varied, incorporating international courts, multinational private security enterprises, cross-border policing, policy networks, and flows and technologies of global surveillance, this paper chooses to focus on the challenges to national sovereignty posed by international organisations. United Nations (UN) agencies such as the United Nations Office of Drug Control and European agencies such as Europol, circulate reports and make policy recommendations to governments and international civil society, constituting core components of the global justice policy discourse. Equally, however, other agencies affiliated with these same international organisations (UN and the European Union) promulgate and enforce human rights standards with important implications for a range of domestic criminal justice issues. Alongside the "push" towards criminalisation and punishment of "global crimes" such as terrorism, organised crime and various forms of trafficking, we may therefore identify the "pull" of human rights compliance following ratification of human rights treaties. As Muncie (2005) has observed in the youth justice field, global processes of convergence may not be as one-dimensional as they may first appear, accommodating both punitive (neoliberal) and more "progressive" impulses towards normative convergence (e.g., the UN Convention on the Rights of the Child). One area where this tension is

particularly acute is the field of counterterrorism where various policy flows have led to the post 9/11 convergence of antiterrorist policies worldwide, arguably at the expense of respect for fundamental human rights standards (Human Rights Watch, 2017). While these trends have been the subject of penetrating analysis from legal scholars (see, for example, Roach, 2015), they have perhaps received less scrutiny from criminologists (Banks and Baker, 2016: 10), reflecting perhaps a disciplinary tendency towards domestic crime or crimes of the "inside" (Loader and Percy, 2012). It is the consequent aim of this article to examine the capacity of international organisations to construct dominant narratives in the counterterrorism sphere that can marginalise alternative discourses for nation states and indeed promote policies that are in conflict with the human rights standards they themselves espouse. In exploring these tensions and their criminological implications the article draws on the "sword vs. shield" dichotomy advanced by Dumortier *et al* (2012) in their discussion of human rights in Europe. In that analysis European institutions such as the European Court of Human Rights were scrutinised for the restraint they exerted over the rise of the "penal state" in Europe or, contrariwise, their role "as a machine that encourages penal inflation" (De Hert and Gutwirth, 2005: 752). In the instant case, counterterrorism measures adopted in the post 9/11 period are examined for the lessons they hold about the role of international organisations as a "shield" against punitiveness or indeed their ability to cut, swordlike, deep into citizens' freedoms (Hamilton, 2018).

The analysis proceeds by drawing on two case studies. The first concerns the United Nations where the security of the state has secured a major advantage over the ethic of human rights, within rather than in conflict with the UN framework of international oversight (Gearty, 2017). The second examines the European Union, where the enactment of a significant body of counterterrorism legislation since 9/11 has driven radical and permanent change in at least some areas of mainstream criminal law and procedure, with significant implications for human rights (Hamilton, 2018). It is important to note at the outset that the discussion is not intended as a comparison between these two bodies, one a supranational organisation and another an international body existing to promote cooperation between autonomous states, but rather an exploration of the global Realpolitik which has all too often subordinated human rights to the perceived imperative of security.

2. United Nations

2.1. Human rights

While human rights law represents only a small proportion of the international treaties negotiated through UN processes, we should not forget that human rights remain significant today largely because they have been translated into a

body of international law underpinned by UN institutions (Weber *et al*, 2014). Moreover, moves such as the creation of the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) in 1993 and the establishment of the International Criminal Court in 2002, have been significant in raising the profile of human rights within the UN. The wide range of human rights issues in respect of which UN treaties are now seized should also be acknowledged. Beyond the foundational treaties such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), (which entered into force in 1976), literally hundreds of treaties and declarations have been agreed on topics ranging from racial discrimination to the prevention of torture, women's rights, children's rights, minority rights and, most recently, indigenous rights.

Against this picture of steady progress we may place the more cynical view that the ratification of UN treaties is largely "symbolic" and most states have no intention of complying with their provisions. Certainly, it barely needs stating that the intricate web of monitoring systems that has been constructed around major treaties does not translate seamlessly into human rights compliance. Problems with enforceability of rights and the deference shown to Member State sovereignty, has meant that the effectiveness of international human rights varies considerably depending on the level of commitment and determination shown by individual governments (Lepard, 2012). In similar vein, Haas's (2008) research has found positive effects on human rights compliance following the ratification of human rights treaties, but with significant variation according to mode of governance (democratic or autocratic nature, stability of the regime, etc). Indeed, a contemporary example of local agendas dominating the international one is the proposed bill in Brazil to raise the maximum time of internment for children from 3 to 10 years which, together with a constitutional amendment to allow 16 and 17 year olds accused of serious crimes to be tried and punished as adults, constitutes a clear violation of international norms (Human Rights Watch, 2018).

2.2. Security

To these longstanding concerns about enforcement we may now add claims by governments to limit human rights in the interests of state security or combatting terrorism. The tragic events of 9/11 form an important watershed in this regard, spurring not only domestic governments into action, but also marking a major shift in the capacity of international organisations such as the UN Security Council to both make and enforce the laws for the international community (Lazarus and Goold, 2007). Indeed, Gearty (2017) identifies 9/11 as a serious "hammer blow" to the fate of human rights in the contemporary era, one which tipped

the UN balance away from human rights and towards security, and, further one which, together with the economic crisis of 2008, exposed systemic faults in the architecture of the post-war global order.

On 28 September 2001, with hardly any recorded debate, the Security Council passed Resolution 1373, which required all states to ensure that terrorism and terrorism financing were treated as serious crimes without offering any guidance on how to define terrorism. One of the most controversial of these measures included travel bans and the freezing of an individual's assets based on executive listing of known terrorists. Subsequent measures have included Resolution 1624 which "calls on" states to criminalise the incitement to terrorism and, most recently, Resolution 2178 which requires all states to ensure that travel to plan, prepare, provide or receive terrorist training, or participate in or perpetuate terrorist acts be treated as serious criminal offences. These actions have been accompanied by a bureaucracy in the form of a Counter-Terrorism Committee (CTC) which, in addition to monitoring and evaluating compliance with the range of obligations set out in counterterrorism resolutions, provides a list of best practices and models for domestic anti-terrorism legislation (Powell, 2007).

The critiques that have come hot on the heels of these measures can be classed as both substantive and procedural (in terms of the manner of their introduction). In a substantive sense, the practice of "blacklisting" on the basis of names suggested to the UN Sanctions Committee by Member States can be criticised for the absence of any intervening judicial process that could check whether a suspected terrorist really is the person they are believed to be (Sheppele, 2011). Given that the person concerned will not be able to work, travel, drive or support their families, (Statewatch have described it as a "financial Guantanamo" (Hayes, 2008)), this a clear retreat from the procedural guarantees that ensure constitutionalist norms apply to the limitation of rights. Indeed, there is little doubt that the anti-terrorism programme pursued by the Security Council threatens a range of internationally recognised human rights such as the right to property and the right to due process (Powell, 2007). The absence of a definition of terrorism is another point of contention given that it falls to Member States to define it by default. The clear latitude this affords states to criminalise those who simply dissent from authoritarian regimes or to carry out their own oppressive security progamme under the cover of what Gearty (2017) describes as "western-pleasing counterterrorism clothes" is obvious (Roach, 2015). Despite these concerns, the most recent Resolution (2178), passed in response to the challenges of foreign terrorist fighters going to and returning from Syria, confirms the Security Council's commitment to the practice of listing and travel and financing bans as a means to combat terror. The resolution places travel with intent to join a terrorist

group on the same plane as terrorism financing as a global threat requiring strong national laws and robust international cooperation. Moreover, it compounds the problems discussed above in relation to the definition of terrorism in two ways. First, by linking it to "violent extremism" and "radicalization" and second, by imposing new legal obligations against terrorism "in all forms and manifestations" – not just *international* terrorism or specific forms of it (Scheinin, 2014; Roach, 2015).

Procedural criticism of Security Council action in this field is equally concerning, if not more so, given suggestions that the actions of the Security Council were in fact anti-constitutional or *ultra vires*. For various commentators, Resolution 1373 marked an important break with previous practice given that it involved the Security Council arrogating to itself the power to legislate (Szasz, 2002; Powell, 2007; Sheppele, 2011; Scheinin, 2014). While the Security Council had used its mandatory Chapter VII powers in the past against specific states or entities to force compliance with international law, Resolution 1373 constituted a mandatory order with no time limit aimed at an undefined threat, namely, global terrorism. As argued by commentators such as Szasz (2002) this constitutes a far-reaching and essentially legislative resolution that, for the first time in the Security Council's history, used binding authority under Chapter VII of the UN Charter to establish new rules of international law.

In terms of impact, virtually all member states of the United Nations have changed their laws since 9/11 to comply with Resolution 1373 and subsequent Security Council edicts. Perhaps concerningly, the Security Council's legislative acts in this area, unlike its executive and administrative decisions, have largely met with Member State acquiescence or approval (Talmon, 2005). In this regard, Sheppele (2011) observes striking similarities across counterterrorism laws in North America, China, India, Argentina and Europe:

> [V]irtually all of the laws criminalize terrorism, ease restrictions on surveillance on domestic publics, increase monitoring of financial transactions, beef up the security services, make it easier to monitor and prosecute those who may be associated, however loosely, with suspicious persons and groups, and use immigration law to crack down on non-citizens. Given that this is what Resolution 1373 ordered states to do, the similarities are not coincidental.

Human Rights Watch (2018) similarly observes that the need to comply with the most recent Resolution on foreign terrorist fighters (2178) has resulted in at least 47 countries passing foreign terrorist fighter laws since 2013 – the largest wave of counterterrorism measures since the immediate aftermath of the Twin Tower attacks.

The push to criminalise terrorism and associated activities relating to financing and travel has probably had the greatest impact in countries with no history of terrorism. Brazil is an interesting example of one such country where violent urban criminality, rather than terrorism, forms the main focus of public concern about crime (de Souza Costa, 2015). Given this focus, and the existence of very real social concerns about the use of terrorist laws against protestors and freedom fighters, for many years the substantive criminal law lacked a specific definition of the crime of terrorism (despite specific reference to terrorism in the Brazilian Constitution). Previous attempts by the government to establish terrorism as a separate crime had failed in the face of strong opposition from organised civil society (Oliveira de Sousa, 2014). In the end, it was pressure imposed by a US-led anti-terrorism body known as the Financial Action Task Force (FATF) that forced the government's hand on this issue. In 2010 FATF drafted a report urging the Brazilian government to create a counterterrorism criminal law framework in anticipation of the 2016 Olympics in Rio. That report, in turn, based its recommendations on the need for Brazil to honour its international commitments including implementation of Security Council Resolutions (1267 and 1373). From the instant perspective, the role of FATF in "enforcing" compliance with these resolutions is particularly interesting given its power to impose economic sanctions on governments that do not comply with its directives. Leading up to the congressional vote in 2016, government minister Ricardo Berzoini issued a strong appeal to law makers, warning them that if Brazil did not approve the measure it would face sanctions from the FATF for failing to comply with its recommendations (Telesur, 2016). In the event, the counterterrorism bill passed (Law No. 13.260 of 2016) incorporates a sweeping definition of terrorism as behaviour which "infringes upon persons, through violence or serious threat, and is motivated by political extremism, religious intolerance or racial, ethnic, gender or xenophobic prejudice, in order to cause widespread panic", sparking fears that it could criminalise acts of social protest. Prior to the March 2016 law, Brazil also enacted legislation to combat the threat from terrorist financing. In October 2015, Brazilian President Dilma Rousseff signed Law No. 13.170, allowing Brazil to meet international standards for the practice of countering terrorist financing, including by freezing assets related to UN Security Council Resolutions.

The Brazilian example discussed above in many ways epitomizes the tensions which exist between UN human rights bodies, on the one hand, and UN Security Council moves to criminalise conduct related to terrorism on the other. Thus, the 2016 counterterrorism bill was criticised by Amerigo Incalcaterra, the OHCHR Representative in South America, for its vaguely worded definition of terrorism which in his view was probably incompatible with international

human rights standards (Telesur, 2016). In an attempt to square this circle, the Security Council has increasingly incorporated in its Resolutions so-called "human rights clauses", with both Security Council Resolution 1822 (2008) and General Assembly resolution 62/272 recognising United Nations action to counter terrorism must fully comply with international law, including human rights law. While the creation of a Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism in 2005 marks an important step in this regard, significant difficulties remain with the translation of these human rights commitments into the practice of the Counter-Terrorism Committee, and it is no coincidence that the new Special Rapporteur, Fionnuala Ní Aoláin, has identified as one of her priorities the need for greater clarity in the legal relationship between human rights and international security regimes regulating terrorism (UN, 2010; Ní Aoláin, 2017).

The recent Resolution (2178) on foreign terrorist fighters does not give much cause for optimism in this regard with the first UN Special Rapporteur on human rights and counterterrorism, Martin Scheinin (2014), describing it as "panic" legislation which "wipes out the piecemeal progress made over 13 long years in introducing protections of human rights and the rule of law into the highly problematic manner in which the Security Council exercises its supranational powers". As with Resolution 1373 (2001) the Resolution contains no reference to human rights and there is a noticeable failure to maintain and further develop the idea first adopted in 2008 in SCR 1822 that the UN itself must comply with human rights when combatting terrorism. In respect of at least this most recent manifestation of UN Security Council law-making, it is difficult to disagree with Gearty's (2017) portrayal of human rights defenders as "supplicants", knocking on the door of a global counterterrorist bureaucracy that is largely indifferent to human rights. As the same author contends, it is precisely in this fashion that 9/11 and the subsequent attacks have afforded the security of the state a major advantage over the ethic of human rights, within rather than in conflict with the UN framework of international oversight (ibid).

3. European Union

3.1. Human rights

Much has been written recently on the significance of European values and human rights standards in the field of punishment, particularly the opportunities they provide for "resistance" to American-style punitive policies (Snacken and Dumortier, 2012). Snacken (2010), for example, has pointed to policies such as the rejection of the death penalty, the steady evolution of the European

Court of Human Rights (ECtHR) case law on prison conditions, and the limits placed by the Court on states' ability to criminalise certain behaviours in support of her argument that "penal moderation is in accordance with some of those fundamental values cherished by many Europeans" (ibid: 287). Taking up the mantle, Daems (2013) makes the case for a "European Penology", while emphasising the common values that unite Europeans such as a liberal and cosmopolitan tradition. In the same volume Snacken and van Zyl Smit (2013) argue that an understanding of European penology is better reached by focussing on the specific European institutional context, namely, the Council of Europe but also the European Union (EU), an actor which since the creation of the area for Security, Freedom and Justice (ASFJ) in 1999 has become increasingly active in the penal field. Here too we are witnessing a deepening commitment to human rights in its activities, with the role of human rights now formally reflected in the form of the European Charter on Fundamental Rights, now in force and legally binding on Member States when implementing EU law.

3.2. Security

Despite these strong human rights credentials, the 9/11 attacks had important ramifications for criminal justice law making in the European Union, marking a significant break with previous practice. Partly, this was due to timing: the 9/11 terrorism emergency occurred precisely at the moment when the EU was beginning to assert itself in the criminal justice field (the EU had created an "area of security, justice and freedom" in 1999) resulting in counterterrorism becoming the focal point for the development of the EU's role in this area (Murphy, 2011). The sheer volume of counterterrorism measures adopted by the EU bears testament to this with a recent report by SECILE identifying 239 such measures for the period 2001-2013 (SECILE, 2013). While implementation of some of these measures has been patchy (den Boer, 2006; European Commission, 2007), many of the most significant (and controversial) instruments in terms of their impact on domestic criminal justice, for example, the European Arrest Warrant (European Council, 2002a) have now been successfully transposed and implemented by Member States (Coolaset, 2016; European Commission, 2014).

Following the attacks the European Council hastily arranged an extraordinary (emergency) meeting of the *chefs de cabinet* in Brussels on 20th-21st September. The meeting sought to address perceived deficiencies in EU action in this area, namely, the lack of a common legal definition of terrorism, the absence of a harmonised system of penalties and a basis for accelerated extradition, and set itself the deadline of December 2001 to reach agreement on several legal acts

(Monar, 2005). While the European Commission had been working on proposals in these areas for many months it is difficult to overstate the transformative effect of the 9/11 attacks in this area: as den Boer (2006: 90) has written, "All of a sudden decisions were possible on dormant dossiers" By 27th December 2001, the EU had constructed the two main pillars of its counterterrorism strategy: a common definition of terrorism (the first such definition by an international body) (European Council, 2002b) and a Framework Decision overhauling the law on extradition between Member States (European Council, 2002a).

As the trigger for a wide range of coercive powers (Amnesty International, 2005; Murphy, 2012) the definition of terrorism is obviously critical, however, in an EU context this issue assumed particular importance as so few Member States had any specific legislation criminalising terrorism prior to the adoption of the Framework Decision in 2002 (Argomaniz, 2009; Amnesty International, 2005). Indeed, the number of Member States with legislation which criminalised terrorist acts autonomously went from six prior to 9/11 to 22 by 2007 (Chaves, 2015). Roach (2013: 29) describes this as "an explosive growth" or "viral propagation of anti-terrorism laws in Europe" whose impact should not be underestimated.

In terms of reforms at Member State level, the definition of terrorist offences inevitably led to the adoption of new criminal offences in those states without anti-terrorism legislation (Chaves, 2015). Legislation was also required in those states which already had counterterrorism legislation in place given that they all had definitions of terrorism that were narrower than the EU's (ibid). In the 2002 Framework Decision on Combating Terrorism (FDCT) (European Council, 2002b) these new offences took the form of directing, creating, supporting or participating in a terrorist group and this was extended in 2008 to include offences of public provocation to commit a terrorist offence, recruitment, and training for terrorism (including via the internet). These offences have been criticised for the threat they pose to fundamental legal principles as well as the preventative or pre-emptive direction in which they take the criminal law (Bribosia and Weyembergh, 2002; Murphy, 2012a). Galli (2015, 2016) in particular has argued that they have been implemented in Member States in too vague a fashion, going beyond the limits of what criminal law normally proscribes. Indeed, such was the concern of the European Parliament about the 2008 amendments that it sought to introduce human rights safeguards into the legislation, amendments which were rejected by the Council, save for a declaratory (and arguably superfluous) statement regarding the general requirement to respect fundamental rights (European Parliament, 2008). It is worth noting that all of these offences are subject to enhanced sentencing as the Decision also provided for minimum maximum sentences (15 years for directing and eight for participatory or preparatory acts).

This is the case even if group offences are not applicable to an individual given the requirement for Member States to enact "effective, proportionate and dissuasive" criminal penalties for all offences linked to terrorism (Murphy, 2012).

In Europe, moreover, the problems associated with these associative and preparatory offences are compounded by the EU definition of terrorism itself. This definition is also expansive, defining terrorist acts as those committed with the aim of: "seriously intimidating a population, or unduly compelling a Government or international organisation to perform or abstain from performing any act, or seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organisation" (Article 1(1)). The list of offences goes beyond violence to include serious property damage "likely to result in major economic loss" (Article 1(1)(d)), a move which has been criticised, particularly when interpreted in the context of the broadly drafted "unduly compelling" a government (Douglas-Scott, 2004). While drafted more tightly than the UK provisions, it does appear broader than the definitions adopted by most of the UN conventions on terrorism and indeed the US Patriot Act (Zedner, 2013; Roach, 2011, 2013).

The European Arrest Warrant (EAW) – "the jewel in the crown of the EU's response to the terrorist attacks" (Douglas Scott, 2004: 223) – probably represents one of the most prominent yet possibly also the most controversial of the EU counterterrorism measures (Van Sliedregt, 2010). While proposals for the EAW predated the events of 9/11, negotiations between Member States on this sensitive area were so protracted that it really only became "politically palatable" (Murphy, 2012b: np) in the period after the attacks. Indeed, while the proposal had already been under preparation by officials for a period of two years, national views on the most basic features of the instrument were "very, very far apart" (Kaunert, 2007: 396) until the events of 9/11. The measure, adopted in a Framework Decision of 13 June 2002, revolutionised laws relating to extradition in the EU, effectively transforming what was once a detailed judicial procedure with strict legal requirements such as the dual criminality rule into an administrative "box ticking exercise" (MacGuill, 2012). The procedure is now a summary one whereby the merits of the request are taken on trust and the receiving Member State is obliged to execute an EAW unless one of the very limited grounds of objection is applicable. The considerable efficiencies gained by the measure (particularly the reduction in delays) have been noted by the European Commission (2011), something which, given that justice delayed is often justice denied, may well work in ease of requested persons. Yet the benefits in terms of expeditious hearings must also be considered against strong concerns voiced

about disproportionality, violations of procedural rights,[1] poor detention conditions and the imprisonment of innocent persons (Hammerberg, 2011; European Parliament, 2014). While some of these issues have been, somewhat belatedly, addressed by the European Court of Justice in recent years,[2] leading Peers (2016) to suggest a shift from "poacher to gamekeeper" of human rights in the EAW context, as he goes on to observe, there remains a considerable way to go before an appropriate balance is struck between effective prosecutions and human rights concerns in this area.

In relation to the current argument concerning the dialectic between security and human rights, two observations can be made. First, as with the FDCT discussed above, it is surprising given the ostensible respect for human rights principles proclaimed in various EU legal instruments that the prospect of serious breaches of human rights was not expressly stated as a ground on which extradition could be refused, an omission which has led to highly variable protection of rights across Member States (Magyar, 2012; Anagnostopoulos, 2014). Another significant concern is with net-widening or "function creep" (Argomaniz *et al,* 2015) which was evident from the legislation's inception: while it was presented to Member States and to the public as a key counterterrorist measure it included within its scope a long list of (32) offences, many of which, such as road traffic offences, are not even offences of specific intent. Unsurprisingly, this has resulted in the majority of requests being issued for ordinary rather than terrorist offences as well as the systematic use of the EAW procedure for minor offences (European Parliament, 2014). This is unfortunate given the severely damaging effect which the disproportionate use of the EAW can have on individuals sought by requesting states; not only may they may be taken away from their homes, families and employment for a lengthy period, perhaps for years, but they will in all likelihood be denied bail by virtue of very fact of being a resident of another country (Fennelly, 2007).

It should not be forgotten that the EU has also played a role in the implementation of UN Security Council Resolutions. EC Regulation 2580/2001 implemented UNSC Resolution 1373 (2001) and also instituted the EU's own autonomous counterterrorist restrictive measures regime (Cameron, 2003; Hoffmann, 2008).

1. See, for example, *Melloni v. Ministerio Fiscal* Case C-399/11 on trials *in asbentia* where, as Peers (2016: np) writes, 'the ECJ placed a ceiling on the application of national human rights protection to resist execution of an EAW' (Peers, 2016).
2. See, for example, the judgment in *Aranyosi and Caldaruru*, Joined Cases C404/15 and C659/15 PPU, requiring state authorities, when executing EAWs, to consider concerns about prison overcrowding in those countries.

Initially, the EU adopted a highly secretive and legally complex approach to the blacklisting process which, alarmingly, appeared to preclude judicial review (Amnesty International, 2005). This approach, described by Murphy (2012) as "counter-law" or "law against law", was subsequently amended in response to a series of judgments from the European Court of Justice, requiring procedural amendments to ensure both access to effective judicial review and the provisions of reasons for a suspect's initial listing (Guild, 2008; Lang, 2011). The most recent Directive from the EU has also incorporated the measures contained in Resolution 2178 above in relation to foreign terrorist fighters, with largely negative consequences for human rights standards in European countries (European Council, 2017). In January 2017, for example, Amnesty International, in a report focusing on Europe, expressed its concern that counterterrorism measures adopted in the aftermath of UNSC Resolution 2178 "have been steadily dismantling [the European human rights system], putting hard won rights at risk" (Amnesty International, 2017: 7), citing concerns about abuse of the definition of terrorism, the use of secret evidence and the criminalisation of various forms of expression.

4. Conclusion: rights, criminology and the siren call of security

As observed by Roach (2015: 2) it is impossible to understand counterterrorism law without understanding the demands supranational laws and institutions place on states. These demands have clearly intensified since the tragic events of 9/11, which not only served to underline the urgency of effective cooperation in this field, but have perhaps also presented a "window of opportunity" for regional and international bodies to assert their authority in the justice field (EU) and/or expand their law-making powers (UN). As illustrated by the discussion above, these laws and policies have largely had negative implications for fundamental human rights with strong drives towards pre-emptive action (blacklisting) and the proliferation of pre-cursor crimes (e.g., financing, travel, support). Rather than a "shield" against the expansion of the penal state, therefore, this legislation better fits with the concept of supranational and international bodies as a "sword" (Dumortier *et al*, 2012), advancing the reach of the criminal law, particularly for those protestors and opposition groups who may be caught up in the ambiguities of the broad definition of terrorism.

The above observations raise two important points with relevance to criminology. The first concerns accountability and law-making in the international sphere. If Powell (2007) is correct in her contention that a "culture of authority" has replaced the "culture of justification" more commonly associated with

international human rights law, the question may be posed as to how appropriate limits may be placed on actions taken by executive bodies such as the UN Security Council. In a European context institutional dynamics have assumed a new relevance since the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009 and the increased capacity of the Parliament in decision-making in sensitive areas such as counterterrorism. In this context, there may well be greater opportunities for the European Parliament to "de-securitise", particularly given its previous criticisms of legislative overreaching in the 2008 Framework Decision and its recent report calling for EAW reform (European Parliament, 2014). Questions regarding legitimacy and accountability apply with even more force to the more indirect means of enforcing UN Security Council Resolutions adopted by intergovernmental institutions such as the Financial Action Task Force. The strong pressure applied by this body to countries such as Brazil to enact counterterrorism laws illustrates the synergy between counterterrorism laws and the "global good governance agenda" (Hayes, 2012: 9). As argued in a recent report published by the Transnational Institute and Statewatch, a lack of democratic control, oversight and accountability of the FATF has allowed for a global proliferation of laws that circumvent concerns about human rights, proportionality and effectiveness. Focussing specifically on the consequences of FATF's "Special Recommendation VIII" on countering the threat of terrorist financing said to be posed by non-profit organisations (NPOs), they argue that "the rewards for FATF compliance are being seen as a safe place to do business; the sanctions for non-cooperation are designation as a 'non-cooperating territory' and international finance capital steering clear" (Hayes, 2012: 9). More broadly, the role of the FATF points up the complexity of the governance field in this area and the difficulty in rendering all of the institutional actors involved democratically transparent and legitimate. This is all the more so when there is little public or media scrutiny of their activities. As Bowling and Sheptycki (2012: 1) have remarked in their recent study of international policing bodies more broadly, discussions around these global shifts in governance have largely taken place "behind the closed doors of international bureaucracies".

The second point concerns the prioritisation of security concerns over core human rights values in the decade or so since the attacks of 9/11. While both the EU and the UN may strongly endorse human rights values and standards in their respective charters and recommendations, these are less in evidence in the counterterrorism sphere. The failure of the European Council to include formal safeguards protecting fundamental rights in the 2008 amendments to the Framework Decision on Counter-terrorism, even in the face of objections from the European Parliament (2008), is a case in point (see further Hamilton, 2018).

Similarly revealing is the absence of any reference to human rights in the Framework Document on the EAW and the recent Security Council Resolution (2178) on foreign terrorist fighters. With human rights emissaries such as the Special Rapporteur on counterterrorism and human rights perenially part of the rearguard action in the security field, progress is delayed, incremental and, oftentimes, overtaken by events (witness Martin Scheinin's (2014) disappointment at Resolution 2178).

The failure of human rights to act as an effective bulwark against excessive securitisation recalls earlier work by Zedner (2007) and others (Krasmann, 2012) regarding the limits of the human rights idiom as a means of resisting the siren call of "security" and the emerging paradigm of preventive justice. One of the most substantial of these criticisms is the concern that the discourse on human rights "presupposes what has yet to arise, namely a common concern about governmental encroachment in the name of security and a willingness of all parties to join in that discourse" (Krasmann, 2012: 381-2). On the above analysis this appears highly plausible, even in relation to international organisations from which the international protection of human rights originated and which still advance their protection as one of their fundamental goals. From a criminological perspective, one potential way forward from the seemingly intractable problem of securitisation and its relation to human rights regimes is perhaps to acknowledge a role for critically oriented criminological inquiries such as governmental criminology in the analysis of *how* international bodies work against recognition of rights and human rights violations in this area. Specifically, this could involve the application of a Foucault-inspired governmentality analytic to identify: the process and context in which departures from human rights standards are made; the "rationalities" and "knowledges" which facilitate them; and the practices and devices ("technologies") that translate political reasoning into programmes of government (Hunt, 2013; Rose *et al*, 2006), with a view to identifying sites for progressive intervention (Lippert, 2016). In addition, examining human rights discourses from this perspective casts a more critical eye on law and rights, including *governance through rights* or the way rights can potentially extend governance even as they claim to emancipate. Discussing the right to privacy, for example, Lippert and Walby (2016) have argued that the embedding of privacy protocols in surveillance technologies actually provides the conditions in which authoritarian practices can occur and expand. Examining counterterrorism law and rights via Foucault therefore opens up a debate about "the limits, possibilities and in-built constraints of rights as a modality of politics" (Golder, 2013: 8) which is important because of the paradoxical mobilisation of human rights discourses in lockstep with security discourses (Hamilton, 2018; Snacken and Dumortier, 2012).

Within criminology, the governmentality analytic has played an important role in understanding and conceptualising important features of the "punitive turn" and the growing centrality of "law and order" as a political and public concern (Lippert and Stenson, 2010). In the current context, therefore, the unique province of governmental criminology is its ability to reconcile policies aimed at 21st-century "super-terrorism" (Lazarus and Goold, 2007) with the longer term pursuit of security of a more anodyne kind. If law since 9/11 appears highly receptive to security concerns, it is the "logic of populist reason" (Laclau, 2005) or, in Garland's (2001) words, "culture of control" around the crime problem more generally that has created the conditions in which such appeals to security are so successfully made. It is therefore only by examining discourses on counterterrorism through the lens of governmental *criminology* (Garland, 1997, 2001) that affinities (and differences) between contemporary security discourse and previous discourse on the "punitive turn" (Hamilton, 2014a, b; Pratt *et al*, 2005) can be better illuminated. Indeed, it is perhaps only in this more sociologically informed analysis that the beginnings of a process of social contestation of securitisation and its associated effects may be found (Hamilton and Berlusconi, 2018).

References

Amnesty International (2005) *Human rights dissolving at the borders? Counter terrorism and EU criminal law*. Brussels: Amnesty International EU Office.

Anagnostopoulos, I (2014) 'Criminal justice cooperation in the European Union after the first few 'steps': A defence view'. ERA Forum 15(1): 9-24.

Argomaniz, J. (2009) 'Post-9/11 institutionalisation of European counter-terrorism: emergence, acceleration and inertia'. 18(2) *European security*: 151-172.

Banks, C. and Baker, J. (2016) *Comparative, International and Global Justice*. Thousand Oaks, California: Sage.

Bowling, B. and Sheptycki, J. (2012) *Global Policing*. London: Sage.

Bribosia, E. and Weyembergh, A. (eds) (2002) *Terrorisme et droits fondamentaux*. Brussels: Bruylant/Nemesis.

Cameron, I., (2003) 'European Union Anti-Terrorist Blacklisting'. *Hum. Rights Law Rev*. 3, 225-256.

Chaves, M. (2015) 'EU's Harmonization of National Criminal Law: Between Punitiveness and Moderation', *European Public Law*, 21(3): 527-553.

Coleman, R. and Sim, J. (2005) 'State' in E. McLaughlin and J. Muncie (eds.) *Sage Dictionary of Criminology*. London: Sage.

Coolaset, R. (2016), 'Counterterrorism and counter-radicalisation in Europe' in R. Coolaset (ed.) *Jihadi Terrorism and the Radicalisation Challenge: European and American Experiences*. 2nd ed. London: Routledge.

Council of the European Union (2002a) *Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States*. 2002/584/JHA.

Council of the European Union (2002b) *Council Framework Decision* of 13 June 2002 *on Combating Terrorism*. 2002/475/JHA.

Council of the European Union (2017) *Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA*.

De Hert, p. and Gutwirth, S. (2005) 'Grondrechten: vrijplaatsen voor het strafrecht? Dworkins Amerikaanse trumpmetafoor getoetst aan de hedendaagse Europese mensenrechten'. In: R. H. Haveman and H. C. Wiersinga (eds), *Langs de randen van het strafrecht* . Nijmegen: Wolf Legal Publishers, pp. 141– 75.

Dumortier, E., Gutwirth, S., Snacken, S. and De Hert, p. (2012) 'The Rise of the Penal State: What Can Human Rights do about it?' in Snacken, S. and Dumortier, E. (eds.) *Resisting Punitiveness in Europe?* Abingdon, Oxon; New York: Routledge.

Daems, T. (2013) 'Punishment and the Question of Europe' in Daems, T., van Zyyl Smit, D. and Snacken, S. (eds.) *European Penology?* Oxford: Hart Publishing.

Den Boer, M. (2006) 'Fusing the fragments: challenges for the EU International security governance on terrorism' in D. Mahncke and J. Monar (eds), *International terrorism: a European response to a global threat?* Brussels: PIE Peter Lang.

De Souza Costa, R. (2015) 'Brazil' in Roach, K (ed.) *Comparative Counter-Terrorism Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

De Toqueville, A. (1956 [1835]) *Democracy in America*, (ed.) Richard D. Heffner. New York: Mentor Books.

Douglas-Scott, S. (2004) 'The rule of law in the European Union: Putting the security into the area of freedom, security and justice' *European Law Review*, 29(2), 219-242.

Dynzenhaus, D. (2007) 'Deference, security and human rights'. In: Goold BJ and Lazarus L (eds), *Security and Human Rights*. Portland: Hart Publishing.

European Commission (2007) *Report from the Commission based on Article 11 of the Council Framework Decision on combatting terrorism of 13 June 2002*. COM (2007) 681.

European Commission (2011) *Report from the Commission to the European Parliament and the Council On the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*. COM/2011/0175.

European Commission (2014) *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Council Framework Decision 2008/919/JHA of 28 November 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism*. COM/2014/0554.

European Parliament (2007) *Resolution of 14 February 2007 on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners*. (2006/2200(INI)).

European Parliament (2014) *Resolution of 27 February 2014 with* recommendations to the Commission *on the* review of the European Arrest Warrant. A7-0039/2014.

Fennelly, n. (2007) 'European Arrest Warrant: Recent Developments' address to the Academy of European Law Conference', EU Courts in the Area of Freedom and Justice: Recent Developments, Trier 14/15 June 2007.

Galli, F. (2015) *The Law on Terrorism: The UK, France and Italy compared*. Bruxelles: Editions Juridiques Bruylant.

Garland, D. (1997) 'Governmentality and the problem of crime'. *Theoretical Criminology* 1:173-214.

Garland, D. (2001) *The Culture of Control*, Oxford: Oxford University Press.

Gearty, C. (2017) 'Is the human rights era drawing to a close?' European Human Rights Law Review. 5: 425-431.

Golder, B. (2013) 'Foucault, Rights and Freedom', *International Journal for the Semiotics of Law*, 26(1): 5-21.

Guild, E. (2008) 'The Uses and Abuses of Counter-Terrorism Policies in Europe: The Case of the "Terrorist Lists"'. *Journal of Common Market Studies* 46: 173-193.

Haas, M. (2008) *International Human Rights: A Comprehensive Introduction*. Abingdon: Routledge.

Hamilton, C. (2014a) 'Reconceptualising Penality: Towards a Multidimensional Test for Punitiveness', *British Journal of Criminology*, 52(4): 321-343.

Hamilton, C. (2014b) *Reconceptualising Penality: A comparative perspective on punitiveness in Ireland, Scotland and New Zealand*. Ashgate Advances in Criminology Series (ed. David Nelken). Routledge.

Hamilton, C. (2018) 'The European Union: Sword or Shield? Comparing counterterrorism law in the EU and USA after 9/11', *Theoretical Criminology* 22(2): 206-225.

Hamilton, C. and Berlusconi, G. (2018) (with G. Berlusconi) 'Counterterrorism, contagion and Criminology: The Case of France', *Criminology & Criminal Justice*, Article first published online: January 3 2018, [https://doi.org/10.1177/1748895817751829].

Hammarberg, T. (2011) 'Overuse of the European Arrest Warrant - a threat to human rights'. *The Council of Europe Commissioner's Human Rights Comment* [online] (2011). Available at: [http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=124].

Hassan, O. (2010) 'Constructing crises, (*In*)securitising terror: the punctuated evolution of EU counter-terror strategy', *European Security*, 19(3): 445-466.

Hayes, B. (2008) 'Britain's Financial Guantanamo'. Available at: [http://www.europe-solidaire.org/spip.php?article10041]. [Accessed various dates].

Hayes, B. (2012) *Counter-terrorism, 'policy laundering' and the FATF: legalising surveillance, regulating civil society*. Statewatch/Transnational Institute. Available at: [https://www.tni.org/files/download/fatf_report-update_0.pdf]. [Accessed various dates].

Hoffmann, J. (2008) 'Terrorism Blacklisting: Putting European Human Rights Guarantees to the Test'. *Constellations* 15: 543-560.

Human Rights Watch (2018) *Overreach: how new global counterterrorism measures jeopardize rights. World Report 2017*. Available at: [https://www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/global]. [Accessed 10th April].

Hunt, A. (2013) 'Encounters with juridical assemblages: reflections on Foucault, law and the juridical'. In: Golder B (ed), *Re-reading Foucault: on law, power and rights*. New York: Routledge, pp.64-84.

Kaunert, K (2007) 'Without the power of purse or sword: The European Arrest Warrant and the role of the Commission'. *Journal of European Integration* 29(4): 387-404.

Krasmann, S. (2012) 'Law's Knowledge: On the susceptibility and resistance of legal practices to security matters', *Theoretical Criminology*, 16(4) 379-394.

Laclau, E. (2005) *On Populist Reason*. London/New York: Verso.

Lang, J. (2011) 'EU counter-terrorism: security, justice, democracy and opportunity for all?' August 14th [blog] Available at: [http://www.e-ir.info/2011/08/14/eu-counter-terrorism-security-justice-democracy-and-opportunity-for-all/]. [Accessed various dates].

Lazarus L and Goold BJ (2007) 'Security and human rights: The search for a language of reconciliation'. In: Goold BJ and Lazarus L (eds) *Security and Human Rights*. Portland, OR: Hart Publishing, 1-24.

Lepard, B. (2012) 'International Law and Human Rights', in T. Cushman (ed.), Handbook of Human Rights, Abingdon: Routledge.

Lippert, R. K. (2016) 'Governmentality analytics and human rights in criminology', in L. Weber, E. Fishwick, and M. Marmo (eds.) *The Routledge International Handbook of Criminology and Human Rights*. London: Routledge.

Lippert, R. K. and Walby, K. (2016) 'Governing through Privacy: Authoritarian Liberalism, Law, and Privacy Knowledge.' *Law, Culture and the Humanities*, 12(2): 329-352.

Loader I (2007) The cultural lives of security and rights. In: Goold BJ and Lazarus L (eds) *Security and Human Rights*. Portland, OR: Hart Publishing, 27-44.

Loader I and Percy S (2012) Bringing the 'outside' in and the 'inside' out: Crossing the criminology/IR divide. *Global Crime* 13(4): 213-218.

Loader, I. and Sparks, R. (2007) 'Contemporary Landscapes of Crime' in Maguire, M., Morgan, R. and Reiner, R. (eds.) *Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: OUP.

MacGuill, J. (2012) 'European Arrest Warrant in Ireland- An Uneven Playing Field', paper delivered at European Arrest Warrant and EU-US Extradition

Conference, Irish Centre for European Law, Trinity College Dublin, 19th June 2012.

Magyar, G. (2012) 'The European Arrest Warrant: A Current Evaluation', paper presented at seminar on the pre-Lisbon instruments: Special focus on the *European Arrest Warrant*. European Centre for Judges and Lawyers (European Institute of Public Administration). Cracow, 16th February 2012.

Monar, J (2005) 'Anti-terrorism law and policy: The case of the European Union'. In: Ramraj, VV, Hor, M, Roach, K (eds) *Global Anti-Terrorism Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Muncie (2005) 'The globalization of crime control–The case of youth and juvenile justice: Neo-liberalism, policy convergence and international conventions'. *Theoretical Criminology* 9(1): 35-64.

Murphy, C. (2011) 'EU Counter-Terrorism & the Rule of Law in a post-'War on Terror' World', in M. Scheinin (ed) *European and United States Counter-Terrorism Policies, the Rule of Law and Human Rights*, RSCAS Policy Paper 2011/03. Available at: [http://www.cesruc.org/uploads/soft/130221/1-130221192106.pdf].

Murphy, C. (2012) *EU Counterterrorism Law: Pre-Emption and the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing.

Ní Aoláin, F. (2017) *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 27th September. Available at: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Terrorism/A_72_43280_EN.pdf]. [accessed 10th April 2018].

Oliveira de Sousa, C. H. (2014) 'A criminal law approach to terrorism in Brazil'. Unpublished Masters thesis. Monterey, California: Naval Postgraduate School.

Peers, S. (2016) 'Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?' [blog] [http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html]. [Accessed 8th June 2018].

Powell, C. H. (2007) 'The Legal Authority of the United Nations Security Council' In: Goold BJ and Lazarus L (eds) *Security and Human Rights*. Portland, OR: Hart Publishing.

Pratt, J., Brown, D., Brown, M. Hallsworth, S. and W. Morrison (eds) *The New Punitiveness: Trends, Theories, Perspectives*, Cullompton: Willan.

Roach, K. (2011) *The 9/11 effect: Comparative counter-terrorism*. Cambridge: Cambridge University Press.

Roach, K. (2013) 'Introduction: Comparative counter-terrorism law comes of age' in Roach, K (ed.) *Comparative Counter-Terrorism Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Roach. K. (2015) *Comparative Counter-Terrorism Law*. Cambridge: Cambridge University Press

Rose, N., O'Malley, p. and Valverde, M. (2006) 'Governmentality', *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 2: 83-104.

Scheinin, M. (2014) 'Back to post-9/11 panic? Security Council resolution on foreign terrorist fighters' 23rd September. [blog] Available at: [https://www.justsecurity.org/15407/post-911-panic-security-council-resolution-foreign--terrorist-fighters-scheinin/]. [accessed 10th April 2018].

SECILE (2013) *Catalogue of EU Counter Terrorism Measures Adopted since 11 September 2011*. Available at: [http://secile.eu/]. [Accessed various dates].

Servent (2010) 'Point of no return? The European Parliament after Lisbon and Stockholm' *European Security*, 19(2): 191-207.

Sheppele, K.L. (2011) 'The migration of anti-constitutional ideas: the post-9/11 globalization of public law and the international state of emergency' in S. Choudhry (ed) *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press.

Snacken, S. (2010) 'Resisting Punitiveness in Europe' *Theoretical Criminology* 14(3): 273-292.

Snacken, S. and Dumortier, E. (2012) *Resisting Punitiveness in Europe?* Abingdon, Oxon; New York: Routledge.

Snacken, S. and van zyl Smit, D. (2013) 'European Penology and Penal Policy--Making' in Daems *et al* (eds.) *European Penology?* Oxford: Hart Publishing.

Szasz, p. (2002) 'The Security Council Starts Legislating' *American Journal of International Law* 96: 901.

Talmon, S. (2005) 'The Security Council as World Legislature' *American Journal of International Law* 99: 175.

Telesur (2016) 'UN and Social Movements Condemn Brazil's new Anti-Terror Law', 27 February. Available at: [https://www.telesurtv.net/english/news/UN--Brazils-Anti-Terror-Bill-Could-Be-Used-Against-Activists-20160227-0008.html]. [accessed 10th April 2018]

United Nations (2010) *Promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 6th August. A/65/258.

Van Sliedregt, E. (2010) 'European Approaches to Fighting Terrorism', *Duke Journal of Comparative and International Law* 20: 222-235.

Weber, L., Fishwick, E. and Marmo, M. (2014) *Crime, Justice and Human Rights*. London: Palgrave MacMillan.

Zedner, L. (2007) 'Pre-crime and post-criminology?', *Theoretical Criminology*, 11(2): 261-275.

Zedner, L. (2013) 'Review of 9/11 Effect' *University of Toronto Law Journal* 63(4): 161-165.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- El terrorismo internacional: un análisis comparado de la nueva legislación antiterrorista y de la actual política criminal, de María Cecilia Dómine – *RBCCrim* 75/236-294 (DTR\2008\782); e
- Lei antiterrorismo no brasil: análise do quadro normativo e institucional, de Paulo Henrique Faria Nunes, Daniela Anacleto Maciel, Juliana Alves dos Santos, Nayani Paula Rodrigues dos Santos, Paola Dalla Nora Perin, Thalita Victória Ferreira Furtado – *RBCCrim* 132/61-83 (DTR\2017\1424).

¿Quién es el cliente del sistema penal? Aproximación al paradigma cliente-usuario en la política criminal

Who is the client of the penal system? Approach to the client-user paradigm in criminal policy

Claudio González Guarda
Instituto de Ciencias Sociales Universidad de O'Higgins (Chile).
claudio.gonzalez@uoh.cl

Recebido em: 07.05.2018
Aprovado em: 12.06.2018
Última versão do autor: 18.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumen: El presente trabajo explora una de las manifestaciones gerenciales más palpables de la política criminal contemporánea, nos referimos al proceso de introducción del *paradigma cliente-usuario* en el sistema penal. Para lo anterior repasamos la evolución de cómo la víctima adquirió protagonismo, llegando al punto de ser tratada como cliente de una empresa prestadora de servicios (servicio y producto justicia penal). Asimismo, observamos el complejo debate acerca de qué debe entenderse por "cliente" en la administración pública, y cómo esa discusión impacta en la política criminal. Para concretizar lo anterior, nos centraremos en la realidad chilena, exponiendo nuestro análisis sobre los denominados Modelos de Atención a Usuarios del sistema de justicia penal, especialmente lo implementado por el Ministerio Público de Chile. A partir de dicha observación, concluimos que esta manifestación gerencial corresponde a un proceso en marcha, que tiene un lado positivo relacionado con la mejora en el acceso "al servicio justicia". Sin embargo, también podría haber consecuencias político criminales indeseadas,

Abstract: This paper explores one of the most palpable managerial manifestations of contemporary criminal policy, we refer to the process of introducing the client-user paradigm in the penal system. To do this, we review the process of how the victim acquired prominence, reaching the point of being treated as a client of a service provider company (service and product criminal justice). We also observe the complex debate about what should be understood by "client" in public administration, and how that discussion impacts on criminal policy. To concretize that, we will focus on the Chilean reality, exposing our analysis on the called Models of Attention to Users of the criminal justice system, especially that implemented by the Public Ministry of Chile. Based on this observation, we conclude that this managerial manifestation corresponds to an ongoing process, which has a positive side related to improving access to "the justice service". However, on the other hand, there could also be unwanted political criminal consequences, such as the risk that many customer service policies become only a "symbolic or substitute" offer to

como el riesgo de que muchas políticas de atención al usuario se conviertan solo en una oferta "simbólica o sucedánea" de resolución del conflicto penal. Concluimos, que el origen de este peligro está, en que algunas de dichas medidas, están inspiradas en mejorar la imagen de las instituciones de la justicia ante la ciudadanía, y no dirigidas a cambios profundos del sistema de justicia penal.

Palabras claves: Política-criminal – Cliente-usuario – Víctimas – Gestión – Gerencialismo.

resolve the criminal conflict. We conclude that the origin of this danger is that some of these measures are inspired to improve the image of the institutions of justice among the citizens, and not aimed at profound changes in the criminal justice system.

Keywords: Criminal-policy – Client-user – Victims – Management – Managerialism.

Sumário: 1. Introducción. 2. Nuevas herramientas organizacionales en los sistemas penales. 3. La emergencia del paradigma cliente-usuario en la política criminal. 4. Materialización del paradigma cliente-usuario en el sistema penal. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Históricamente el derecho penal,[1] la política criminal y la criminología han centrado su foco en el protagonista indiscutible del conflicto penal, el delincuente. Salvaguardar diversas garantías procesales-penales al sujeto imputado, procesado o condenado ha sido el eje de casi todo el derecho penal liberal, lo cierto es que sin el desarrollo de estudios que miraran a ese objetivo, probablemente no se habrían sofisticado principios como el de inocencia, de *ultima ratio* o de proporcionalidad penal, entre otros. Sin embargo, en las últimas décadas este estado de cosas ha mutado, así, tanto las ciencias criminales como la propia legislación penal, han girado o extendido su mirada hacia otros actores de la escena penal.

Esta transformación, la literatura penal y criminológica, la explican especialmente por la asunción y protagonismo de la víctima en el proceso penal. El sismo disciplinar ha sido tal que ha dado origen a nuevas vertientes criminológicas, tales como la victimología (Bustos y Larrauri, 1993; Tamarit, 2006; Cerezo, 2010) y, en menor medida, la victimodogmática (Cancio Meliá, 2001). Pero el denominado "redescubrimiento de la víctima" es un tema incómodo y polémico para la política criminal. Sin dudas, existen serias razones para restringir la participación de la víctima en la formulación de la legislación penal (Shapiro, 1997), especialmente por su peligrosa conexión con el denominado fenómeno del "populismo punitivo"

1. El presente trabajo corresponde a un avance del proyecto FONDECYT-CONICYT/postdoctoral denominado "Análisis del concepto y uso de la eficiencia en el sistema penal chileno: El factor cuantitativo-gerencial" (2018-2020) Nº: 3180458.

(Diéz-Ripollés, 2004; Bottoms, 1995; Garland, 2001). Sin embargo, a pesar de los evidentes problemas que genera una víctima hipervalorada en la configuración de la política criminal, el discurso pro-víctima ha terminado por calar profundamente en el sistema penal actual (Díez-Ripollés, 2006; 2007).

De todas maneras, más allá del protagonismo privilegiado de la víctima en la política criminal, existe un conjunto de ámbitos donde su consideración pareciera sensata. Un primer contexto corresponde a todo lo relativo a la mediación penal y a la justicia restaurativa, sin perjuicio de las críticas a su limitado rango de aplicabilidad para resolver conflictos sociales del núcleo duro del derecho penal, su vigencia y desarrollo es incontestable (Highton, et al; 1998; Carnevali, 2005, Esquinas, 2006). Otro campo, donde por sensatez político criminal también pareciera pertinente la relevancia de la víctima, es todo lo relativo a la protección y defensa de sus derechos en el juicio penal, de este tipo son el derecho a ser oída o incluso a accionar penalmente si fuese el caso, entre otros (Maier, 1991).[2]

Un tercer posible contexto, ya no proviene del ámbito meramente penal, sino que nace de ciertas necesidades organizacionales y gerenciales del sistema penal. Esto ocurre cuando a la víctima se la conceptualiza y trata como un mero cliente del sistema penal, con todas las implicaciones que ello puede llegar a producir. En otras palabras, una vez instalada la víctima en el campo penal ha comenzado a colonizar otro punto de cambio de los modelos penales modernos, a saber, la dimensión organizacional del sistema.

Este último punto está relacionado con uno de los cambios más relevantes en la política criminal contemporánea, como es la incorporación intensa y masiva de nuevas herramientas de gestión provenientes de la Nueva Gestión Pública

2. El estatus de víctima es recogido normativamente en diferentes partes del Código procesal penal chileno, las normas más relevantes son el art. 6º, que establece la protección a la víctima, a lo anterior se agrega el art. 12 que reconoce su calidad como interviniente en el proceso penal. Además, los artículos 108 y 109 al referirse a los sujetos procesales, establecen los derechos esenciales de la víctima (definida como la ofendida por el delito), entre otros: "a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia; b) Presentar querella; c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible; d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviere la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada; e) Ser oída, si lo solicitare por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento...". Biblioteca del Congreso Nacional: [https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0].

(*New Public Management*), también conocido como gerencialismo (*Managerialism*). Esta transformación no solo está teniendo efectos de carácter administrativo o de gestión, sino que también ha traído consigo cambios en la configuración de los fines del sistema penal.

Así, una de las transformaciones icónicas del modelo gerencial son las propuestas acerca del concepto de cliente que ha desarrollado el denominado *management* público moderno. Este paradigma cliente-usuario ha sido fuertemente impulsado por una de las tendencias gerenciales más actuales, la llamada Gestión Pública por Resultados (GpR). Esta corriente sintéticamente pregona que el objetivo último de la empresa (institución u organización) son sus resultados, de esta manera, se logra alinear el modelo de negocios, el producto final y el rendimiento de la organización, que para esta tendencia no es otro que "la satisfacción del cliente".[3]

Lo cierto es que la GpR ha sido asumida explícitamente (al menos formalmente) por los gobiernos de la región, así, la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, menciona dos propósitos fundamentales de un buen gobierno democrático:[4] "1. Toda gestión pública debe estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso de formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de corresponsabilidad social; 2. La gestión pública tiene que orientarse para resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilización del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas".[5]

---

3. Un ejemplo de cómo este modelo gerencial basado en los resultados y en la preeminencia del cliente sobre cualquier otra consideración lo encontramos en la idea de Osborne y Plastrik (1998:226), ellos sostienen que el "enfoque a usuario" puede ayudar a reducir la burocracia, así indican, "cuando los organismos públicos pasan a ser responsables ante sus clientes, su conducta cambia. Se trata de una eficaz herramienta de cambio" (Cornejo, 2012:3).
4. La "Carta iberoamericana de la calidad en la gestión pública" (2008) define calidad de gestión pública: "como una cultura transformadora que impulsa a la administración pública a su mejora permanente para satisfacer cabalmente las necesidades y expectativas de la ciudadanía con justicia, equidad, objetividad y eficacia en el uso de los recursos públicos. La calidad de la gestión pública debe medirse en función de la capacidad para satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de los ciudadanos, de acuerdo a metas preestablecidas alineadas con los fines y propósitos superiores de la administración pública y de acuerdo a resultados cuantificables que tengan en cuenta el interés y las necesidades de la sociedad".
5. Información disponible en: [http://old.clad.org/documentos/declaraciones/carta-iberoamericana-de-calidad-en-la-gestion-publica/view].

Sin duda, el trasvase del pensamiento gerencial que anida el paradigma cliente-usuario al sistema penal, no es tarea fácil. Primero que nada, porque aún existe bastante debate en el propio seno del sector público sobre la pertinencia de este modelo organizacional, y segundo, porque en nuestro contexto disciplinar surgen preguntas relevantes acerca de ¿qué entendemos por cliente dentro del sistema penal? ¿es lo mismo cliente, que usuario o que beneficiario? ¿cómo se compatibiliza un concepto de cliente con la estructura clásica de derecho penal liberal? ¿cómo juegan el concepto de eficiencia penal con el de paradigma cliente-usuario?, entre otras.

Muchas de esas preguntas requieren sin duda la apertura de una línea específica de investigación, por ello, la complejidad del problema solicita un abordaje político criminal hecho desde diversas perspectivas. En este artículo, basado en la experiencia chilena, abrimos la exploración de esta temática, para lo cual, se ha iniciado una investigación que en su primera aproximación ha dado cuenta de que efectivamente nos encontramos ante la aplicación del modelo gerencial-penal, constituyendo Chile probablemente una de sus versiones más ortodoxas del mismo (González, 2018). A efectos metodológicos se ha utilizado la perspectiva cualitativa al objeto de relevar información desde los operadores que toman decisiones gerenciales, complementándose mediante estadísticas secundarias, o documentación proveniente de instituciones del sistema penal como: planificaciones estratégicas, boletines institucionales, cuentas públicas, instructivos internos, evaluaciones o auditorías externas, etc.

Es relevante indicar además otra complejidad que, por lo demás es una constante en los análisis de política criminal. Nuestro estudio no se alinea con "una visión del todo o nada" respecto del paradigma gerencial en el sistema penal. Esto se explica, porque creemos que cualquier investigación que se haga sobre la materia, debe considerar las necesidades organizacionales de los sistemas penales de la región. De hecho, inicialmente nadie podría oponerse a modernizar la gestión del sistema penal, y menos aún criticar las iniciativas para mejorar la atención del público, usuario o clientes que acceden al servicio justicia. Sin embargo, también tenemos claro que no se trata de meras transformaciones organizacionales, referidas a una "inocua" atención al usuario, sino que implican cambios sustanciales al paradigma político criminal, es decir, directa o indirectamente existe una ideología penal. En síntesis, este fenómeno no solo se relaciona con el uso de conceptos devenidos del marketing o de la gerencia pública, sino que también afectan al concepto mismo de sistema y garantías penales.

2. Nuevas herramientas organizacionales en los sistemas penales

Al día de hoy, existe una profusa literatura y estudios internacionales que dan cuenta del fenómeno transformacional del sistema penal, dicha mutación

se estaría dando por vía de cambios organizacionales al introducirse un amplio espectro de nuevas herramientas de gestión en el sistema penal (Garland, 2001; Simon, 2012; Harcourt, 2013; Brandariz, 2014, Vigour, 2006). Esta literatura, ya sea de carácter crítico o descriptiva del fenómeno, ya sea de origen anglosajón (donde se desarrolló inicialmente), de la europea continental o de otros contextos como Latinoamérica, concuerda que éste es un fenómeno complejo y actual, que está calando más allá de la mera dimensión organizacional del sistema penal, materializándose a la larga en consecuencias político criminales y criminológicas de primer orden.[6]

Una de las aproximaciones teóricas más sugerentes de la criminología contemporánea que aborda el tema organizacional, ha sido, sin dudas, el denominado paradigma actuarial. Históricamente los trabajos de Feeley y Simon fueron pioneros en delimitar esta temática, especialmente en *The new penology* (1992) y en *Actuarial justice: The emerging of a new criminal law* (1994). Así abrieron paso a lo que se ha denominado *la nueva penología*, tendencia crítica que se caracterizaría por describir un escenario donde: a) Se prioriza el colectivo o categoría de sujetos sobre los individuos respecto de los cuales se ejerce el poder penal. b) Los individuos se entienden como sujetos que requieren ser gestionados, y c) Las normas de evaluación y decisión se acomodan a las formas tecnocráticas del saber, focalizadas a la idea de probabilidad y de riesgo.[7] Sin embargo, será Harcourt (2007:1) referente indudable de esta visión, quien define el actuarialismo punitivo como una tendencia caracterizada por el uso de métodos estadísticos, en vez de clínicos, asentada en amplias bases de datos, con el objetivo de determinar los

6. En el contexto de habla hispana los análisis en esta línea aún son escasos. Así, Brandariz (2016:24.25) explica esta circunstancia poniendo de relieve la situación *sui generis* del caso español. En Latinoamérica, algunas razones podrían ser la tardía entrada en el modelo acusatorio y, la baja preponderancia de técnicas organizacionales en el sistema de justicia. Esto último es efecto de la falta de una masa crítica y de literatura autóctona en el campo de la administración y de procesos políticos complejos cubiertos por el modelo de seguridad nacional.

7. La denominación actuarial deriva de la forma en que actúan las compañías de seguros cuando proceden a clasificar a sus asegurados en diferentes grupos según la probabilidad de riesgo que se les asigne. El proceso de elaboración de categorías continúa hasta el momento en que los costes de elaboración de una nueva categoría superan los beneficios que se espera obtener con ella. Habitualmente, la categorización no descenderá hasta el nivel individual (Ortiz de Urbina, 2003: 49). Si el desarrollo empírico y teórico del actuarialismo tiene un cuño anglosajón, en opinión de algunos, un fenómeno similar habría ocurrido en el campo de la tradición penal continental europea a través de la doctrina alemana del Derecho penal orientado a la eficacia/eficiencia (orientado a las consecuencias), en especial mediante los trabajos de la escuela de Frankfurt (Ortiz de Urbina, 2003: 51).

diferentes niveles de actuación criminal a partir de uno o más rasgos grupales, a los efectos (1) de predecir (determinar) la conducta criminal pasada, presente o futura, y (2) de administrar una solución político criminal.

Sin embargo, pensamos que la explicación vía paradigma actuarial no alcanza a cubrir todos los fenómenos organizacionales-penales, por ello, creemos que la perspectiva del análisis gerencial del sistema penal, puede ofrecer mejores rendimientos científicos. Quizás la mayor falencia del actuarialismo estriba en que se enfoca, lo cual es ciertamente razonable, casi exclusivamente en el control del sujeto peligroso para el sistema penal. Pero nosotros, fijamos el nuevo objeto político criminal en la emergencia del paradigma cliente-usuario, el cual se basa en la idea de que las víctimas (yprobablemente otros usuarios) se han convertido en uno de los ejes sobre el que gira gran parte de la política criminal contemporánea.

De todas maneras, es evidente que la implementación a ultranza del "modelo de prestación de servicios", brazo ejecutor del paradigma cliente-usuario, puede provocar un empoderamiento de ciertos usuarios y esto a su vez crear un efecto en cadena con el fin de incrementar las exigencias punitivas. Es decir, por una vía más remota (acomodar el sistema penal a lo que el cliente quiere: "el cliente siempre tiene la razón") se puede llegar a las mismas conclusiones del actuarialismo, o sea, punitivismo intenso y gestión penal masiva de sujetos peligrosos.

Por tanto, lo realmente "problemático" de este nuevo fenómeno no son las transformaciones organizacionales en sí mismas, sino, tal como lo indican las corrientes críticas, que se trata de reformas organizacionales llevadas a cabo por políticas públicas específicamente gerenciales. Entendiendo por éstas, aquellas que miran esencialmente a la eficiencia y a los resultados del sistema penal, y que no necesariamente resultarán positivas para la organización en términos de calidad del sistema de justicia o en mejores salvaguardas de los derechos ciudadanos. Una referencia muy lúcida a este punto la encontramos en Brandariz, 2014:120:

> En suma la racionalidad gerencial del NPM, importada de los modos de funcionamiento de los entes privados de naturaleza empresarial, ha ido introduciéndose en las últimas décadas en un ámbito de políticas públicas que en principio parecía distante de esa lógica operativa, como es el sistema penal y penitenciario. En este punto la lógica gerencial ha logrado ir superando ciertos escollos, derivados de la particular posición soberana y jurídico-constitucional de los tribunales, de la centralidad de la lucha contra la delincuencia en el ámbito de las políticas estatales, o de la tradicional refractariedad de la actividad pública al control de costes.[8]

8. Por su extensión, en este artículo no nos podemos referir en detalle a este Dilema Organizacional-Penal, es decir, cómo introducir tecnología y gestión sin afectar las garantías

Algunas consecuencias político criminales de esta transformación se relacionan con los procesos de criminalización, con la velocidad que la incorporación de nuevas herramientas gerenciales pueden aportar a los modelos de persecución penal o incluso con la forma y prioridades en que puede desarrollarse la agenda legislativa penal. Sin embargo, no todas las consecuencias pueden ser catalogadas de negativas, de hecho, hay una serie de elementos de gestión que difícilmente podríamos rechazar de plano para ser insertados en el sistema penal. Por ejemplo, la necesaria introducción de herramientas organizacionales para manejar y controlar la gestión de las instituciones penales, el uso de las ciencias informáticas al objeto de optimizar los recursos del Estado, o bien, adecuar el acceso a la justicia penal vía el mejoramiento de su gestión, entre otros. En este último punto probablemente se incardine el perfeccionamiento de los modelos de atención a "clientes" y usuarios, y la satisfacción de los mismos.

En lo que respecta al contexto latinoamericano, las transformaciones organizacionales al sistema penal han ido de la mano con las reformas a la justicia penal de los últimos 30 años. Lo que comenzó como cambios de códigos y la demolición del viejo modelo inquisitivo penal ha devenido en modificaciones en la operatividad misma del sistema (Maier, Ambos, Woischnik, 2000; Binder, 2000; Duce, 2009; Riego y Duce, 2007; Vargas y Dezhazo, 2005). Asimismo, estos cambios iniciados en el contexto de la justicia penal prontamente cruzaron la disciplina siendo visibles en la actualidad en otros contextos, como civil, laboral, etc. (Valdivia, 2006).

En algunos países las transformaciones organizacionales comenzaron en la gestión específica de sus cortes, Apelaciones o Supremas,[9] pero rápidamente se extendieron a los despachos y organización de los tribunales de instancia menor,

---

penales, y al mismo tiempo, cómo incorporarlas sin que se conviertan en catalizadores criminógenos. Lo mismo es aplicable a la incorporación del modelo de atención al usuario, cómo agregar por ejemplo conceptos como, la customización o marketing sin que transformen al sistema penal en un simple prestador de servicios "gerenciales" carentes de contenido. De estos asuntos nos encargaremos en trabajos sucesivos.

9. Por ejemplo Costa Rica a partir de la implantación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con las reformas de la Ley de Reorganización Judicial (Nº: 7728 del 15 de diciembre de 1997) introdujo una serie de reformas organizacionales. La cúpula judicial fue la primera en experimentar los beneficios de una mejor organización del despacho. La Sala Constitucional sirvió de "conejillo de Indias" para probar sistemas de seguimiento de casos para implantar mecanismos de apoyo a fin de aumentar la producción de resoluciones judiciales. Allí se estableció un grupo de abogados asistentes que ayudan a los magistrados a estudiar los casos y preparar los proyectos de resoluciones. Igualmente, en esta Sala se probó un sistema de atención al público computarizado: se instalaron pantallas en donde los usuarios pueden consultar el estado de sus causas y se dispuso de un salón especial para el recibo de documentos. Para ello, la Sala usa formatos

como tribunales de garantía, de flagrancia o tribunales orales (Vargas, 2014). En cuanto a la sección del sistema penal donde estos cambios se hicieron, inicialmente tuvieron su primera acogida en el sistema de justicia penal, pero luego se han hecho visibles en otros contextos, a saber, el campo de la organización policial, el ámbito de la organización de las actividades de prevención del delito, el sistema carcelario (externalizaciones de servicios). En resumen, prácticamente no hay ámbito del sistema penal, que en mayor o medida, no haya sido tocado por esta ola de transformaciones organizacionales.

Esta diversidad de ámbitos en proceso de transformación, son congruentes con lo que la literatura internacional, especialmente anglosajona, menciona como aspectos del sistema penal que también han cambiado en sus propios contextos, algunos de ellos son: el incremento de la colaboración público/privada en materias de seguridad ciudadana y de lucha contra el delito; implementación de modelos de externalización hacia la seguridad privada, y de tercerización de la defensa penal y del ámbito penitenciario; la utilización de planes estratégicos en las organizaciones de justicia; la tendencia a estandarizar procesos en las diversas agencias del sistema penal, entre otros.

Si fuera posible resumir estos cambios en dos grandes contextos estos serían: a) La incorporación de nuevas herramientas de gestión al sistema de justicia criminal, lo cual ha desembocado en novedosos modelos de gestión y, b) El ingreso al sistema de nuevos profesionales formados en el mundo de la economía, la ingeniería o las ciencias administrativas, quienes por lo general han traído consigo una importante experiencia en el ámbito de la gestión privada. El paradigma cliente-usuario de alguna manera emerge de ambos aspectos, pero en forma más detallada lo podríamos conectar con seis áreas o indicadores del modelo gerencial en el sistema penal:

> 1. La orientación del sistema hacia modelos de prestación de servicios con el objetivo de aumentar la productividad.
>
> 2. Con relación al punto anterior, la tendencia de ciertas agencias del sistema a incorporar el modelo de atención al cliente-usuario proveniente de los servicios privados.
>
> 3. La incorporación masiva, para mejorar la eficacia, del uso de los indicadores de desempeño y de gestión y, correlativamente, del uso de modelos de control de la gestión.
>
> 4. El uso extendido de auditorías y evaluaciones externas a los organismos del sistema de justicia penal.

automatizados, con información básica o rutinaria para la emisión de sus resoluciones (Rivera-Cira, 2001).

5. La incorporación, especialmente a nivel policial, de amplias bases estadísticas y de herramientas para medir la calidad del servicio, como normas ISO o similares.

6. La integración a las diferentes organizaciones de justicia penal de profesionales formados en las áreas de economía, ingeniería, ciencias administrativas.

Cada uno de estos seis elementos han contribuido de una u otra forma a permitir que el sujeto hacia el cual está dedicado el sistema penal se haya ido reconfigurando. Ya no se trata de un sistema penal que pivota sobre la idea de protección del ciudadano imputado frente al poder del Estado, sino que es un sistema con múltiples misiones, entre ellas la de dar satisfacción a diversos usuarios del sistema de justicia con intereses distintos y la mayoría de las veces contradictorios.

3. La emergencia del paradigma cliente-usuario en la política criminal

Como lo hemos dicho anteriormente la "aclimatación" de los conceptos gerenciales del ámbito privado al contexto del sector público es bastante polémica, situación mucho más controversial en el contexto del derecho penal por la naturaleza del "servicio" prestado, o, mejor dicho, los valores sociales en juego. En el caso de la temática de usuario en la literatura internacional no hay acuerdo, así es posible observar el uso de conceptos tales como "cliente", "consumidor", "comprador" "usuario", "ciudadano" y en algunas voces anglosajonas como *stakeholder* y "*taxpayer*" (Cornejo, 2006; Alford, 2002).[10] Lo cierto es que en general las

10. En principio, ninguna de las acepciones de la RAE de la palabra cliente es asumible directamente para caracterizar un servicio prestado por una institución como por ejemplo la Fiscalía. La única acepción cercana sería "persona que compra en una tienda, o que utiliza con asiduidad los servicios de un profesional o empresa". Etimológicamente proviene del romano cliens, clientis, que era aquel que estaba bajo la protección o la tutela de otro, a quien escuchaba, seguía y obedecía. "Este sentido ha cambiado en el castellano moderno: el comerciante, el banquero, el profesional universitario no ven en el cliente a alguien que les obedece humildemente, sino a una persona que los favorece porque paga sus mercaderías o servicios. Sin embargo, la antigua denotación romana se mantiene aún hoy en la ciencia política, en cuyo marco se llama clientes a los ciudadanos que acuden a los políticos en busca de favores, y política clientelista, a la que se basa en ese tipo de relación corrupta, en la que el político presta favores –empleos, ascensos, jubilaciones– a cambio de votos". Por su parte, la palabra "usuario" tiene tres posibles acepciones 1. que usa algo. 2. Dicho de una persona: Que tiene derecho de usar una cosa ajena con cierta limitación. 3. Dicho de una persona: Que, por concesión gubernativa o por otro título legítimo, goza un aprovechamiento de aguas derivadas de

reflexiones que se hacen en el sector público (Subirats, 1994; Fiorentini, 1990 y Barzelay, 1992; 1998) Chias (1995: 32-34), tienden a ser bastante críticas con el uso del concepto cliente, usuario o administrado, prefiriendo el de ciudadano.

Por ejemplo, Barzelay (1992), argumenta para no recomendar el uso de la palabra cliente en el sector público, que en muchas situaciones "cliente" es algo más que pura retórica, ya que es un concepto que estructura argumentos para alcanzar objetivos y líneas de acción. El autor indica que el uso del término cliente promueve un alto nivel de confusión y pseudo-interpretaciones, ya que invoca conceptos muy diversos como usuario, beneficiario, aportador de fondos, coproductor y, ciudadano-propietario.

Si asumiéramos el concepto de cliente-usuario como consumidor nos lleva a la idea de la interacción entre el sujeto con las empresas mediante el uso de mercados de precios. Aún con lo criticable que pudiera parecer la asimilación a consumidor, nos podría servir como explicación para la introducción del concepto de "satisfacción al cliente". Sobre esto, Cornejo, 2006, citando a Kelly (2005) y a Moore (1998) indica:

> En el sector público, la capacidad de satisfacer al usuario presenta diferencias importantes. Moore (1998) señala que el énfasis en los usuarios del sector público presenta el problema de la identificación. Obviamente, los usuarios de los organismos públicos son los ciudadanos. Mientras se observan instituciones orientadas a la prestación de servicios y beneficios de los ciudadanos, es posible realizar el ejercicio de identificación, segmentación y evaluación, sin embargo, los organismos públicos también imponen obligaciones a los ciudadanos en función del interés público y no del interés privado de los obligados. En este caso, no es posible utilizar el criterio de la satisfacción de los usuarios. Esta situación ha sido denominada como el *dilema del consumidor insatisfecho* en un modelo de mercado para la administración pública. (Cornejo, 2006:7).

Este punto es importante pues nos reenvía a un tema de fondo, si es o no posible medir la satisfacción del cliente-usuario del sistema penal. Si el *Dilema del Consumidor Insatisfecho* se aplicara a nuestro contexto podríamos preguntarnos ¿es imposible que los servicios prestados por el sistema penal otorguen satisfacción a sus usuarios?, si lo que gestiona el sistema penal son básicamente "dramas y complejidades humanas" (dolor, pérdidas, impotencia y daño emocional, expectativas de justicia, venganza, etc.), ¿habrá realmente un usuario satisfecho? Entonces, ¿qué puede medir una evaluación de satisfacción usuaria?, ¿solo debe

corriente pública (DRAE, 2018; [http://etimologias.dechile.net/?cliente]; [http://www.elcastellano.org/palabra/cliente]).

contentarse con cuantificar elementos superficiales? ¿Acaso, es ético que las instituciones del sistema penal, sabiendo esta incapacidad en la medición de sus servicios, exhiban la aprobación o satisfacción de los usuarios para legitimarse y fundar su política criminal?

En síntesis, tal como lo indica Chias (1995:33) citando a Fiorentini (1990), la acepción "ciudadano-cliente" se relaciona con un ciudadano con un elevado poder discrecional y de sustitución a la hora de elegir un servicio, en un contexto de intercambio libre y competitivo. Es decir, una situación en la que el ciudadano puede escoger entre opciones públicas y privadas. Pero en el ámbito penal, dicha "alta capacidad de elección", es inexistente, simplemente porque no existe un mercado como en el ámbito privado, esto a pesar de los esfuerzos economicistas de dar forma de mercado a algo que claramente no lo puede tener.

Lo cierto es que en la práctica el término se usa con cierta ligereza, y ni los usos de organismos internacionales como la OCDE, ni el lenguaje utilizado en las organizaciones para difundir el principio de la calidad del servicio al usuario, terminan de despejar las dudas. En todo caso, la nomenclatura que se impone es la de "cliente-usuario".

En suma, ¿es aceptable asumir, para poder entender la palabra cliente o usuario que el sistema penal es un mercado y que la fiscalía conceptualmente es "una empresa"? Sea como sea, la palabra cliente está indefectiblemente unida al mundo y a la visión de los negocios privados. Quizás, el concepto de cliente tiene cierto sentido en el ámbito de la defensoría, como una prestación legal de ser defendido en un pleito, pero no en el de la Fiscalía, la cual no defiende intereses particulares sino intereses sociales a través de la acción penal pública, tal como se lo ordena la ley y la Constitución.[11] Por otro lado, el concepto de "beneficiario" solo es entendible bajo una conceptualización muy amplia de "prestación" de servicios, lo que obviamente tampoco ayuda a clarificar este asunto.

Como indicamos anteriormente, quizás todo lo anterior podría ser entendido como una expresión más del protagonismo que las víctimas, en este caso su empoderamiento como "consumidores" de un producto, han asumido en los sistemas penales contemporáneos. Lo cierto es que la literatura sobre este tema

11. Artículo 83. "Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales" (Constitución Política de la República de Chile).

normalmente alude a las víctimas como un grupo de presión para la configuración de la política-criminal (Garland, 2001). Pero en este caso la relevancia de las víctimas vendría ya dada o fomentada por las propias instituciones del sistema penal, a través del paradigma de orientación al cliente, sin necesidad de factores externos. Así, la idea de los derechos del consumidor por la vía de los derechos de la víctima, se ha ido introduciendo de forma inocente en el sistema penal mediante el uso de un lenguaje ambiguo y gerencialmente simbólico. Esta incrustación se ha dado especialmente en la dimensión organizacional del sistema de justicia criminal, para luego trasladarse al ámbito jurídico-penal sustantivo y procesal, escarbando en secciones punitivas concretas. Es, pues, una vía por la que las víctimas y otros usuarios, bajo el disfraz de la idea cliente-usuario, han terminado, sin proponérselo, por colonizar importantes sectores del discurso político-criminal.

Una posible hipótesis político-criminal es que, bajo este acomodo conceptual, subyace realmente la pretensión de construir una plataforma propicia para facilitar la entrada de diversos elementos propios de la prestación de servicios privados, como la fidelización del cliente, la privatización de servicios accesorios, los modelos de servicios al cliente, la "sugerencia" de escuchar siempre al cliente o consumidor, las carteras de clientes, los conceptos de gestión de quejas y reclamos, la segmentación de mercados, o la externalización de operaciones organizacionales que miran a la satisfacción del cliente como los centros de llamados, entre otros.[12]

Lo anterior, en principio, es perfectamente subsumible en lo que teóricamente se denomina el paradigma del cliente en la gestión pública. Este paradigma, entre otras cosas, da cuenta del poder retórico del concepto de cliente, al introducir la idea de aprendizaje en la organización, en función de los requerimientos del mercado (del cliente). De esta manera, las preferencias del cliente podrían llegar a jugar un rol primordial en la definición del bien público, y consecuencialmente ser relevante en la fijación de los objetivos organizativos (Richards, 1994). En síntesis, no estaríamos tan distantes de una especie de clientelización, personalización o customización de la justicia penal, lo cual estaría indisolublemente unido a la idea de productividad y eficiencia. Ambos objetivos, podrían ser organizacionalmente estimulados y conseguidos a través de la búsqueda de lo que requiere el cliente, y de cómo debiera comportarse la política criminal.

12. Un caso remoto de ello es por ejemplo La ley 20.861 referida a la Unidad de Análisis Criminal de la Fiscalía chilena. Esta utiliza el concepto de "mercado delictual", referencia claramente gerencial, que interpretamos, ligada a la diversidad y a la segmentación de delitos. Tampoco son infrecuentes las referencias a "cartera de clientes" concerniente a los usuarios del sistema penal.

Otro argumento crítico para poner en alerta acerca de una posible "customización o clientelización del sistema penal", provendría no ya de estudios político criminales sino que más bien de las críticas que la aplicación del propio gerencialismo ha producido. Así, alguna literatura a propósito de la evaluación de las reformas gerenciales en la administración pública latinoamericana ha descrito un fenómeno llamado "modernización de ventanilla".

Estos autores indican que las reformas orientadas a mejorar la atención al cliente-usuario que "no obstante, los logros que se obtuvieron, se limitan a "tiempos máximos de espera", reducción de períodos de tramitación en algunos servicios como aduanas, tesorerías móviles o sistemas de control de calidad, así, sólo hubo una "modernización de ventanilla", lo cual sólo implica cambios en la apariencia del funcionamiento de los servicios públicos, [pero] sin enfrentar directamente los problemas de fondo" (Vicher, 2009: 71; Bonnefoy y Armijo, 2005: 30).[13]

4. Materialización del paradigma cliente-usuario en el sistema penal

Como se ha indicado previamente, la materialización del paradigma cliente-usuario en el sistema penal, es mayormente perceptible en el sistema de justicia penal, la razón de esto es porque en ese lugar se genera una gran cantidad de interfaces entre las instituciones penales y los ciudadanos (clientes-usuarios). Es justamente en la etapa de criminalización secundaria (implementación de la ley penal) donde es posible medir la satisfacción de los ciudadanos con la política criminal. Aquí también es más ostensible observar los debates relativos a factibilidad costo-beneficio, modelizaciones gerenciales, reorganización, estadística, gestión de procesos, etc., asuntos, que en fase de criminalización primaria (definición de delitos) o en fase de criminalización terciaria (ejecución de sentencias y períodos postpentenciarios), si bien existe, su presencia por ahora pareciera de menos intensa.

Ahora bien, dentro del sistema de justicia penal, el paradigma cliente-usuario es más notable en el tándem Fiscalía-Policía y en la forma en que se gestiona el acceso a la justicia en el Poder Judicial. A los efectos de este artículo, nos centraremos en describir cómo se ha ido instalando en el Ministerio Público de Chile una cultura político-criminal volcada hacia el cliente-usuario de la misma. Lo

13. Un amplio estudio descriptivo, que da cuenta de muchas experiencias y buenas prácticas, entre otras cosas en la atención de usuario, lo encontramos en un proyecto de Eurosocial-Justicia, donde se analizaron 25 países, además de la experiencia del Consejo de Europa. Se puede ver en; Pastor y Robledo (2006), "Experiencia y buenas prácticas en gestión de calidad aplicada a la administración de justicia, información y transparencia judicial y atención al usuario".

que no significa que este proceso no esté ocurriendo a nivel de las policías o del Poder Judicial, de hecho, esta última institución es una de las que desarrolla las políticas más vanguardistas en este sentido.[14]

Sin duda, uno de los factores que ha impulsado a las instituciones penales a introducir este nuevo paradigma es la pretensión de mejorar su imagen ante la opinión pública y, especialmente, ante sus usuarios. Este hecho lo manifiestan en sus planificaciones estratégicas, en sus objetivos declarados o incluso en sus cuentas públicas. Así, por ejemplo, el Plan Estratégico del Ministerio Público para los años 2016-2022, establece como objetivo "una mejor relación y atención con nuestros usuarios". Esto fue reafirmado en la cuenta pública del año 2018, textualmente el Fiscal Nacional indicó:

> El año pasado, ejecutamos nuestro segundo Plan Anual Institucional, a partir de las líneas de trabajo contenidas en nuestro Plan Estratégico 2016-2022. En ese contexto, hoy puedo informar que alcanzamos el cien por ciento de cumplimiento en las nueve iniciativas que priorizamos para el año 2017. De esta forma:… 6. Mejoramos el Sistema de Información y Atención a Usuarios, con ajustes en los protocolos de atención y la implementación de nuevas funcionalidades del portal "Mi Fiscalía", entre otros avances.[15]

Pero el factor general de este proceso han sido las reformas del Estado, o si se quiere decir el plan general de modernización del Estado de Chile. Estás reformas iniciadas desde el comienzo de los gobiernos democráticos han propendido a un esfuerzo sistemático por mejorar la calidad de servicio y atención al usuario en la administración pública. Así, por ejemplo, el Decreto Supremo Nº 680 de 1990, del Ministerio del Interior, aprobó instrucciones para el establecimiento de Oficinas de Información para el público usuario en la Administración del Estado. Más tarde estás oficinas se plasmarían en las denominadas OIRS (Oficinas de Información, Reclamo y Sugerencias), con el tiempo, todo lo anterior, se vio potenciado con el énfasis puesto en la simplificación y eliminación de trámites aprovechando la aparición de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), incardinándose en la agenda de gobierno digital. (Cornejo, 2012).

Aunque hoy podemos ver con claridad que los últimos dos planes estratégicos de la Fiscalía, el pasado (2010-2015), y el actualmente en vigencia (2016-2022), destacan la importancia del usuario dentro de los planes del Ministerio

14. Un estudio actual que aborda los ámbitos organizacionales del Poder Judicial en Chile lo vemos en: [http://decs.pjud.cl/documentos/descargas/Estudio_Modelo_Orga__nico_Final.pdf].

15. [http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Cuenta_Publica_Fiscal_Nacional_2018.pdf].

Público, lo cierto es que esto ya estaba enclavado en las primeras etapas organizacionales de la reforma procesal penal y especialmente en esta institución. Aunque el concepto o palabra "cliente" es usado cada vez con menos asiduidad, el tinte gerencial del modelo persiste.

Uno de los primeros documentos plenamente gerenciales donde se plasma el paradigma cliente-usuario en la Fiscalía, no emana a propósito de una implementación de un modelo específico de atención al usuario, sino debido al "experimento organizacional" de instalar el Cuadro de Mando Integral" (CMI) en el Ministerio Público de Chile.

El CMI o Cuadro de Mando Equilibrado, como también es conocido en español, está inserto dentro de lo que se denomina el área de control de la gestión, y consiste a grandes rasgos "en la utilización de una medida de rendimiento integral para controlar y reajustar la estrategia. Además de la perspectiva financiera, incorpora la del cliente, la de las operaciones internas y la de la innovación y el aprendizaje" (Durán-Pich, 2010: 436). Para llevar a la práctica este modelo los creadores (Kaplan y Norton, 2004 y 2013)[16], diseñaron una serie de indicadores en cuatro ámbitos: 1) Perspectiva financiera; 2) Perspectiva del cliente; 3) Perspectiva de las operaciones internas y 4) Perspectiva del aprendizaje y la innovación. De esta forma, conectando y vinculando los indicadores de un ámbito con los de los otros es posible determinar los resultados de la organización y ver cómo se está creando valor hacia el futuro (Durán-Pich, 2010: 441).

En la actualidad el CMI lo encontramos aplicado en múltiples ámbitos del sector público,[17] y a nivel internacional son diversas las instituciones de justicia penal (fiscalías, poder judicial o policías) donde es cada vez más común observarlo. En el caso de la Fiscalía de Chile, esta institución puso en marcha, en la primera década de este siglo, un programa piloto denominado: "Implementar un cuadro de mando para una Fiscalía, con indicadores correlacionados bajo la

16. El origen de esta línea de gestión científica fue producto de un artículo de Robert S. Kaplan y de David p. Norton publicado en *Harvard Bussines Review* en 1992. En dicho trabajo se relataba su experiencia acerca de un proyecto en *Nolan Institute* sobre la "medición de los resultados de la empresa del futuro". Posteriormente, dado el éxito de esta publicación y su ampliación sucesiva, decidieron lanzar un libro denominado *The Balance Scorecard* (1996) y que hoy en día es casi un manual de trabajo para muchos tipos de organizaciones, tanto privadas como públicas.

17. Otro de los sectores públicos donde también se observa este fenómeno es en el ámbito de la salud pública. Un estudio acerca de la aplicabilidad del CMI en 57 hospitales de alta complejidad en Chile, verificó la mejora de la gestión de ellos, al menos, en costos, monitorización de metas y estandarización de procesos. (Leyton et al, 2015).

metodología balanced scorecard" (Informe Lillo y Godoy, 2006).[18] En este informe, los autores, ambos funcionarios de la Unidad de Gestión, Evaluación y Control de la Fiscalía Nacional de esa época, se explayan acerca de la visión, ventajas y metodología necesarias para aplicar el CMI en una Fiscalía. Según este documento, la orientación que este cuadro de mando debía tener es hacia el usuario y con resultados ajustados al derecho. En este estudio queda patente el "posicionamiento" organizacional que pretende la institución frente a los usuarios directos, y el inconveniente de no proceder así sería que éstos previsiblemente no cooperarían en el esclarecimiento de los hechos delictivos.

En términos mucho más específicos, este informe establece que las ventajas para el Ministerio Público de aplicar el CMI serían: "1) Permite comunicar a todos los funcionarios de la organización los temas que son gravitantes para una fiscalía regional (misión, visión, objetivos por área). 2) Ayuda a interiorizar una cultura de trabajo basada en objetivos superiores, por lo tanto, genera el trabajo en equipo. 3) Equilibra la gestión pública entre la acción inmediata y la preparación del futuro. 4) Permite realizar un análisis sistémico e integral de los indicadores definidos por la institución" (Informe Lillo y Godoy, 2006: 4).

Más allá de la retórica gerencial utilizada en este documento, lo relevante es que a través de esta metodología la fiscalía chilena, hasta el día de hoy, con ciertos matices, establece su banda de evaluación e indicadores de gestión. Los propios autores concluyen: "podemos señalar que este modelo de control de gestión es aplicable a una institución pública que tiene como misión la persecución penal, ya que es una herramienta metodológica poderosa y moderna para diseñar y controlar los objetivos en cada uno de los ámbitos de la organización" (Informe Lillo y Godoy, 2006: 14). Evidentemente el uso del CMI aportó una herramienta explícitamente gerencial a la gestión de la Fiscalía. Para nuestro trabajo es relevante por dos motivos: primero, deja clara la filosofía de orientación al cliente-usuario en este tipo de organizaciones,[19] y segundo, es un documento que proviene

18. Su uso ha ido variando en el tiempo, pero, por ejemplo, el Plan Estratégico del Ministerio Público (2010-2015) se asume este lenguaje. En el Informe de Lillo y Godoy (2006) se entiende por cliente; "a aquellos usuarios directos, es decir, los que participan básicamente como intervinientes en un ilícito".

19. En el Plan Estratégico del Ministerio Público – PEMP (2010-2015: 13 y 34), se refiere al ciudadano usuario de un servicio de la fiscalía en los siguientes términos: "Clientes, Usuarios y/o Beneficiarios Se definen como Clientes, Usuarios y/o Beneficiarios al conjunto de personas, organizaciones o entidades que reciben o utilizan los bienes y/o servicios que suministra una Institución. Asimismo, cada Servicio y/o Producto Estratégico definido por el organismo debe estar asociado a algún Cliente, Usuario y/o Beneficiario". En la página 34 se establece que dentro de esta nomenclatura estarían:

de una de las instituciones más importantes del sistema penal; la propia institución constituye además un fiel reflejo de la criminología administrativa puesta en movimiento.

Como se dijo previamente, con el tiempo se materializó este paradigma en un modelo que tiende especialmente hacia la evaluación que los clientes-usuarios--beneficiarios hacen del sistema de justicia penal. Para poner en práctica este modelo de evaluación se utilizan actualmente dos herramientas organizacionales, ambas supervisadas por la División de Atención de Víctimas y Testigos (DAVT). La consagración de estas herramientas la observamos en los objetivos estratégicos del Plan Estratégico del Ministerio Público (PEMP) correspondiente a los años 2009-2015 y en el Plan Estratégico 2016-2022. El objetivo en específico indica: "mejorar la percepción y satisfacción de los usuarios, a través de la implementación y consolidación de un modelo orientado a una atención oportuna y que genere canales de comunicación recíproca entre la institución y sus usuarios, específicamente, las víctimas y testigos".

1. La primera herramienta es el llamado Modelo OPA (Orientación, Protección y Apoyo). "Este modelo general de atención de usuarios de la Fiscalía de Chile permite la generación de líneas especializadas de intervención con procedimientos específicos en todas las fiscalías regionales del país, para aquellas víctimas que, por su condición, naturaleza del delito, u otra situación requieren de una atención y protección especializada, como es el caso de las víctimas de violencia intrafamiliar, menores de edad víctimas de delitos sexuales y casos complejos de protección. (Cuenta Pública DAVT, 2014)". No nos corresponde en este punto evaluar si este modelo es efectivo y eficaz, o si solo constituye un sucedáneo político-criminal. Basta por ahora con mencionarlo como una muestra más de la orientación al usuario de esta organización.[20]

2. Una segunda herramienta es el denominado modelo SIAU o Sistema de Información y Atención al Usuario. Como se puede suponer este modelo no es

---

denunciante, víctima, testigo, policías, organismos auxiliares y comunidad en general (los denomina segmento prioritario), en el segmento secundario tenemos a: tribunales superiores, de juicio oral y de garantía, abogado querellante, defensores penales públicos y defensores privados y otros organismos públicos.

20. Como ocurre con la mayoría de los instrumentos que buscan la satisfacción del usuario, esto fue evaluado por una empresa externa, la cual concluye que es satisfactoria la implementación de este modelo. En uno de sus puntos, indica textualmente "Se destaca la confianza que los usuarios entrevistados tienen en la Fiscalía, el 78,4% de ellos manifestó una disposición favorable a volver a declarar en la Fiscalía, y el 80,4% se mostró favorable a recomendar a otras personas para que asistan a prestar declaración". (Cuenta Pública DAVT, 2014: 3).

originario de la Fiscalía ni de las instituciones públicas en general. Procede de las prácticas de gestión de calidad empresarial, que buscan aumentar la competitividad y satisfacer las expectativas de los clientes. Consecuencia del hecho de que la calidad, es un factor estratégico de la empresa, se han desarrollado las normas ISO 9001/2000 de calidad, que también han sido implementadas en las fiscalías y en la policía. Implican que el producto debe ser medido con distintos instrumentos, como auditorías externas, buscando siempre la satisfacción del cliente (Pérez, 2004). En términos concretos el SIAU de la Fiscalía intenta cubrir tres áreas:

2.1. Un espacio de atención telefónico, a través de un modelo externalizado de central de llamados, que ofrece entre otros servicios, los datos de la causa y un avance de la misma (ver figura siguiente). Este servicio asimismo es evaluado, y según la última evaluación, "un 71,1% de los encuestados logró resolver su requerimiento llamando al *Call Center* de la Fiscalía, aumentando este porcentaje hasta un 74,3% para los requerimientos que "escalan" a regiones para resolución" (DAVT, 2014).

2.2. Un segundo ámbito se refiere a la atención presencial. La evaluación realizada en el año 2014 por una empresa de auditoría externa[21] calificó nuevamente de muy satisfactorio este programa. Este estudio de evaluación del servicio del Ministerio Público (2014), en específico evaluó el modelo SIAU-presencial, y entre sus principales puntos destacamos: "Las razones esgrimidas para evaluar satisfactoriamente el Modelo SIAU corresponden a la buena atención entregada (57%), la rapidez en la atención (23%), la clara información otorgada (22%), el buen servicio entregado (21%), la entrega de respuesta o solución al problema (13%) y la rapidez en la solución (12%), entre otras cosas".

2.3. El tercer ámbito del Modelo SIAU corresponde al espacio de atención virtual, el cual consiste en un proyecto que aborda la atención a través de la página web de la Fiscalía, en lo que se denomina "Mi fiscalía en línea". El modelo comenzó a operar en el año 2013 y ha servido para atender las solicitudes que, al amparo de la Ley de Transparencia se hacen a la institución.

Finalmente, es importante agregar que toda la arquitectura que consolida los Modelos de Atención al Usuario y la evaluación de la satisfacción a usuarios en Chile, está impulsada indirectamente con la Ley 19.553 de 1998. Dicha normativa transformó la estructura de las remuneraciones de los empleados públicos

21. La empresa auditora externa que realiza esta evaluación es una que se ocupa de investigación de mercados. Nos referimos a GFK-ADIMARK. [http://www.adimark.cl/es/clientes.asp]. Dicha evaluación hace referencia a uno de los CGI (compromisos de gestión institucional) entre la Fiscalía y el Ministerio de Hacienda dentro del plan de fortalecimiento institucional respectivo.

chilenos, pues antes de ella las asignaciones eran de carácter fijo, independiente del desempeño de los funcionarios. Con la reforma se incluye una "asignación por modernización" compuesta por tres elementos: un componente base, un incremento por desempeño institucional y un instrumento por desempeño colectivo. (Cornejo, 2012:6).

El desempeño institucional se concede en relación con la ejecución eficiente y eficaz por parte de los Servicios de los Programas de Mejoramiento de la Gestión. Dichos programas establecen objetivos específicos a cumplir cada año, cuyo grado de cumplimiento es medido mediante indicadores de gestión u otros instrumentos. Así, las metas y sus indicadores deben estar vinculados a las definiciones de misión institucional, objetivos estratégicos y productos relevantes de cada servicio. Este programa de mejoramiento de la gestión se hace exigible mediante la suscripción de un convenio de desempeño entre el Ministerio de Hacienda y el servicio o institución respectiva.

En el caso del Ministerio Público, esto está regulado por la Ley Nº 20.240 del 2008 que "Perfecciona el sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y de los funcionarios del ministerio público". Sin entrar en mayores detalles de la ley, esta establece:[22]

> Artículo 4º El bono de gestión institucional se concederá en relación a la ejecución de un Compromiso de Gestión Institucional. El cumplimiento del Compromiso de Gestión Institucional del año precedente, dará derecho a los funcionarios señalados en el inciso primero del artículo 2º, a un bono del 10,7%, siempre que la institución haya alcanzado un grado de cumplimiento igual o superior al 90% de las metas anuales de gestión a que se haya comprometido. Si dicho grado de cumplimiento fuere igual o superior a un 75% e inferior al 90%, el porcentaje de este bono será de un 5,35%. Todo cumplimiento inferior al 75% no dará derecho a bono alguno.[23]

La forma en que se hace operativo esto es que la Fiscalía anualmente acuerda ciertos compromisos a cumplir con el Ministerio de Hacienda, y mediante auditorías externas se valida el cumplimiento de dichas metas.[24] Una de dichas metas corresponde al ámbito de "satisfacción de usuarios", la cual hasta la fecha se ha validado con el 100 % de los objetivos cumplidos. Por tanto, la satisfacción de los usuarios no solo tiene consecuencias político criminales que hemos descrito,

22. [https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=268531].
23. El informe del convenio de desempeño está disponible en: [http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/images/home/decreto_refrenda_informe_cumplimiento_CGI_2017.pdf].
24. La empresa auditora que evalúa actualmente el convenio es: [http://grupopanal.cl].

sino que está directamente relacionada con el componente de las remuneraciones que los empleados públicos (funcionarios y funcionarias) de la Fiscalía finalmente perciben. Dicha asignación recibe el nombre de "bono institucional".

5. Conclusiones

1. Como objeto de estudio: El análisis político criminal que se haga de la inserción del paradigma cliente-usuario o cualquiera de las transformaciones gerenciales no puede basarse en la idea del todo o nada. Al menos en el caso de la justicia penal latinoamericana, son cambios complejos, pues estamos ante un contexto criminológico delicado y, por tanto, el riesgo de que dichos cambios organizacionales se conviertan en factores criminógenos es alto.

2. Modelos y evaluaciones con contenido: La necesidad de contar con una justicia moderna es una realidad en Latinoamérica, así, la vinculación de los sujetos con la organización no tiene que ver solo con temas de buena gestión, sino con las bases mismas de un Estado democrático. Esto exige que las evaluaciones, sobre todo las realizadas por empresas auditoras externas, sean realizadas considerando la mayor cantidad de dimensiones posibles, no solo aquellas relacionadas con "modernizaciones de ventanilla".

3. Gestión por Resultados (GpR): Es claro que la penetración del gerencialismo en este campo está liderada por la GpR, pero tras ello, es posible que político-criminalmente subyaciera una idea mercantilizadora o comercializadora del sistema de justicia (Garland, 2001). Por esta razón, su trasvase debe hacerse de manera estudiada y reflexiva, el sistema penal es complejo y errores en sus políticas públicas tienen un costo y daño, las más de las veces irreparables. Conceptos mal extrapolados pueden acabar construyendo realidades punitivas, por esto, no se puede utilizar acríticamente palabras claves a la hora de configurar el sistema penal.

4. La satisfacción usuaria no puede ser el objetivo último del sistema penal: Las organizaciones penales deben sin duda considerar el concepto de "orientación a usuarios", pero no constituir esto su *ethos* político criminal. Las instituciones, en un contexto tan sensible como el sistema penal, no pueden dejar entregada gran parte de su misión a lo que las legítimas percepciones subjetivas de los ciudadanos exijan. Lo cierto es que estas instituciones deben propender a comportarse de forma técnica y que su conducta organizacional se aproxime lo más posible a la racionalidad penal.

6. Bibliografía

ALFORD, John. (2002). Defining the client in the public sector: a social-exchange perspective. *Public Administration Review*. May-June, Vol. 62, Nº 3, 337-346.

BARZELAY, Michel. (1992). *Gestión pública estratégica: Concepto, análisis y experiencias. El caso IPIA*. Madrid: Instituto de estudios fiscales.

BARZELAY, Michel. (1998). *Atravesando la burocracia*. Fondo de Cultura Económica. México.

BINDER, A. M. (2000). *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc.

BONNEFOY, Cristóbal y ARMIJO, Marianela. (2005). Indicadores de desempeño en el sector público. Santiago de Chile: CEPAL.

BOTTOMS, A. (1995). "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing", en: C. Clarkson y R. Morgan, *The Politics of Sentencing Reform,* Oxford: Clarendon.

BRANDARIZ, José, (2014). El Gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea. España: Dykinson.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A. (2016). *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*. España. Dykinson.

BUSTOS RAMÍREZ, J. y LARRAURI PIOJAN, E. (1993). *Victimología presente y futuro. Hacia un sistema de penas alternativas*, Ed, PPU. Barcelona.

CANCIO MELIÁ, Manuel. (2001). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. J. M. Bosh Editor. Barcelona.

CARNEVALI, Raúl. (2005). Las políticas de orientación a las víctimas a la luz del Derecho penal. *Revista de Derecho (PUCV)*. XXVI, Sem I, pp. 27-39.

CHIAS, Josep. (1995). Marketing Público. Por un gobierno y una administración al servicio del público. España: McGraw-Hill.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. (2010). *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant lo Blach. Valencia (España).

CORNEJO RALLO, Miguel. (2006). Coordinación de iniciativas de atención al usuario en la administración pública chilena. *Documento de trabajo Nº 5. Instituto de Asuntos Públicos* (INAP).

CORNEJO RALLO, Miguel. (2012). Calidad de servicio y atención al usuario: la experiencia del Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile. *XII Congreso internacional del CLAD sobre reforma del Estado y de la administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. – 2 nov, 2012*.

CUENTA pública de división de atención a víctimas y testigos de la fiscalía de Chile, (2014). Documento recuperado el 15.09.2015 de: [http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/docu/division_atencion_victimas_testigos.pdf].

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2007). La política criminal en el encrucijada. Montevideo--Buenos Aires: BdeF.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2006). La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal. *Revista Jueces para la democracia*. Nº 57, noviembre.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 06-03.

DUCE JULIO, M. (2009). "Reformas a la justicia criminal en América Latina: una visión panorámica y comparada acerca de su gestación, contenidos, resultados y desafíos". En Dammert, Lucía (ed.), *Crimen e Inseguridad, Políticas, Temas y Problemas en las Américas*. Santiago de Chile: Flacso Chile-Catalonia. pp. 189-224.

DURÁN-PICH, Alfonso. (2010). *El canon del management. Los libros clave*. Barcelona: Deusto editorial.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia (2006). La mediación entre la víctima y el agresor como una forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial de adultos: ¿una posibilidad también viable en España? *Revista Penal*, Nº 18. pp. 55-101.

FEELEY, M. y SIMON, J. (1992). The new penology. Notes on the emerging strategy of corrections and implications. *Criminology*. Volume 30, Number 4. pp. 449-473.

FIORENTINI, Giorgio. (1990). Amministrazione Pubblica e cittadino: le relazioni di scambio. Roma: Editoriale Giuridiche Economiche.

GARLAND, David. (2001). La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa editorial.

GONZÁLEZ GUARDA, Claudio. (2018). *Gestión, gerencialismo y sistema penal*. Editorial BdeF. Buenos Aires. Argentina.

HARCOURT, B. E. (2013). *Política criminal y gestión de riesgos*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

HARCOURT, B. E. (2007). *Against prediction*. Chicago: Univ. Chicago Press.

HIGHTON, E.; ALVAREZ, G. y GREGORIO, C. (1998). *Resolución alternative de disputas y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.

KAPLAN, Robert y NORTON, David. (2013). El cuadro de mando integral/Balanced Scorcared. Barcelona: Gestión 2000.

KAPLAN, Robert y NORTON, David. (2004). *Cómo medir el rendimiento en la empresa. En Harvard Bussiness Review*. España: Deusto.

KELLY, Janet, (2005). The dilema of unsatisfied customer in a market model of public administration. *Public Administration Review*. January/February, Vol, 65, Nº 1, 76-84.

LEYTON, Carolina; HUERTA, Patricia y PAÚL, Iván Renato. (2015). Cuadro de mando en salud. *Salud Pública Mex*. 57. pp. 234-241.

LILLO, Sergio y GODOY, Mauricio. (2006). Implementar un cuadro de mando para una fiscalía con indicadores correlacionados bajo la metodología balanced scorecard. Documento recuperado desde: [http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3171-implementar-un-cuadro-de-mando-para-una-fiscal%C3%ADa-con-indicadores-correlacionados--bajo-la-metodolog%C3%ADa-balanced-scorecard.html].

MAIER, Julio B. J. (1991). Las víctimas y el sistema penal. *Revista Jueces Para la Democracia.* pp. 31-52.

MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. (2000). *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

MOORE, Mark. (1998). *Gestión Estratégica y Creación de Valor en el Sector Público*. Ed, Paidos. Madrid. España.

ORTIZ DE URBINA, Iñigo. (2003). *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: El análisis económico de la política criminal*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.

PLAN estratégico del Ministerio Público de Chile, (2009-2015). Documento recuperado desde: [www.fiscalíachile.cl].

PLANIFICACIÓN estratégica del Poder Judicial de Chile, (2011-2015). Documento recuperado desde: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_chl_plan_est.pdf].

RICHARDS, Sue. (1994). El paradigma del cliente en las gestión pública. Gestión y Análisis de las Políticas Públicas GAPP. Nº 1. pp. 5-16.

RIEGO, Cristian y DUCE, Mauricio. (2007). *Manual de derecho procesal penal*. Santiago de Chile: Editorial jurídica.

RIVERA-CIRA, T. (2001). Nuevas tendencias y organización judicial en Costa Rica. En Fuentes, Alfredo (ed.). *Reforma Judicial en América Latina: Una tarea inconclusa.* Institute of Latin American Studies, 2001. London. Recuperado de: [http://www.oas.org/jurídico/spanish/publi2.html].

SHAPIRO, B. (1997). Victims and vengeance. Why the victims`s rights amendment is a bad idea, *The Nation*, 264, pp. 11-19.

SIMON, Jonathan. (2012). *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa.

SIMON, Jonathan y FEELEY, Malcolm. (1994). "Actuarial justice: The emerging new criminal law". En Nelken, David (ed.). The futures of criminology. Sage, London. pp. 173-201.

SUBIRATS, J. (1994). *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.

TAMARIT SUMALLA, J. M. (2006). "La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas": En, *Manual de Victimología*, Baca/Echeburúa/Tamarit (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 17-50.

VALDIVIA, C. (2006). "La reforma judicial como política pública. ¿qué podemos aprender del proceso de reforma procesal penal? En Silva, José, García, José y Leturia, Francisco (eds.) *justicia civil y comercial, una reforma pendiente, bases para el diseño de la reforma procesal civil*. (1º ed.), [www.puc.cl]. pp. 183-218.

VARGAS, Juan y DEZHAZO, Peter. (2005). Evaluación de La Reforma Judicial en América Latina. Washington, CSIS, Center for Strategic and International Studies CEJA.

VARGAS, Juan. (2014). "Herramientas para el diseño de despachos judiciales", En Huachaca, Dalmiro (Coord.), La reforma procesal penal, cuestiones fundamentales, Lima: Ara Editores.

VICHER, Diana. (2009). Reflexiones sobre las reformas neogerenciales ¿hacia una nueva reforma administrativa? *Revista Chilena de Administración P*ública. Nº 13. pp. 53-85.

VIGOUR, Cécile, (2006). Justice: l'introduction d'une rationalité managériale com- me euphémisation des enjeux politiques, en *Droit et société*, Nº 6364, Editions Juridiques Associées, Paris, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?, de Marcos César Alvarez, Alessandra Teixeira, Maria Gorete Marques de Jesus, Fernanda Emy Matsuda, Fernando Salla, Caio Santiago e Veridiana Domingos Cordeiro – *RBCCrim* 86/247-288 (DTR\2010\716); e
- La participación de la víctima en el procedimiento penal, de Alberto Bovino – *RBCCrim* 21/417-438 (DTR\1998\12).

Un ejemplo más de política legislativa securitaria: análisis del discurso del legislador español en el ámbito del derecho penal juvenil

One more example of law and order criminal law-making policy: analysis of the Spanish legislator speech in juvenile criminal system

Deborah García Magna
Profesora de Derecho penal, Universidad de Málaga.
dgmagna@uma.es

Recebido em: 30.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão da autora: 13.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumen: El modelo penal de la seguridad ciudadana, que parece estar desplazando al modelo garantista en el sistema penal español de adultos, también influye en el de los menores de edad. Concretamente, las últimas reformas son un exponente claro de alguno de los rasgos de dicho modelo securitario. Tan solo unos años después de la entrada en vigor de la ley de responsabilidad penal del menor, el legislador la reformó con el argumento principal de responder a la supuesta preocupación social ante la sensación de impunidad frente a las infracciones contra el patrimonio, endureciendo la respuesta hacia la delincuencia grave y menos grave cometida con violencia o intimidación. En una referencia clara al carácter retributivo de la sanción penal, se aludió a la necesidad de compatibilizar el interés superior del menor con el principio de proporcionalidad.
El objetivo fundamental de este trabajo es realizar un análisis crítico del discurso del legislador, confrontándolo con las investigaciones empíricas existentes sobre la eficacia de la ley, y la realidad de los datos sobre opinión pública y delincuencia.

Abstract: The law and order model, which seems to be displacing the procedural penal system in Spain, also influences the juvenile criminal system. The latest reforms are a clear example of some of the features of the model. Only a few years after the entry into force of the law on the juvenile liability, the legislator reformed it with the main argument of responding to the alleged social concern for crimes against property, hardening the punitive response to serious and less serious crime committed with violence or intimidation. In a clear reference to the retributive nature of the criminal sanction, the legislator mentioned the need to combine the minor's best interests with the principle of proportionality.
The fundamental objective of this work is to conduct a critical analysis of the legislator's speech, confronting it with the existing empirical research on the effectiveness of the law, and the reality of data on public opinion and crime. The aim is to identify, also in the field of juvenile criminal law, the irrationality of criminal law-making policy in Spain.

Magna, Deborah García. Un ejemplo más de política legislativa securitaria: análisis del discurso del legislador español en el ámbito del derecho penal juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. p. 115-140. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

Se pretende así identificar, también en el ámbito del Derecho penal de menores, la irracionalidad de la política legislativa penal en España.

Palabras clave: Política legislativa penal – Sistema penal juvenil – Evaluación empírica de la ley – Irracionalidad – modelo de seguridad ciudadana.

Keywords: Criminal law-making policy – Juvenile criminal system – Empirical law evaluation – Irrationality – law and order model.

Sumário: 1. Introducción. 1.1. El modelo penal de la seguridad ciudadana: rasgos y permeabilidad del sistema penal. 2. Las leyes orgánicas 15/2003 y 8/2006 como paradigma del modelo securitario en el sistema de justicia juvenil. 2.1. Antecedentes: contexto político y mediático. 2.2. Irracionalidad en la fase legislativa: análisis del discurso del legislador de 2003 y 2006. 3. Consideraciones finales. 4. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

La consecución[1] de un Derecho penal racional[2] requiere que el legislador no sólo comparta y asuma los principios legitimadores de la intervención punitiva[3],

1. La presente investigación se ha realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España: "La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional (DER2015-67512-P).
2. Son ya numerosas las construcciones teóricas sobre legislación racional, comenzando, sin duda, por el modelo de ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, 1997, y posteriormente DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2003. Han desarrollado estos modelos y profundizado en los niveles de racionalidad legislativa en ellos contenidos, RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, 2009; BECERRA MUÑOZ, José, *La toma de decisiones en política criminal*, 2013; o RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La evaluación de las normas penales*, 2016, entre otros. En el ámbito concreto del Derecho penal de menores, destaca CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, "Ausencia de política criminal en el Derecho penal juvenil", en *Temas actuales de investigación en ciencias penales. I Congreso Internacional de Jóevenes Investigadores en Ciencias Penales*, 2011, págs. 209 y ss
3. Dentro de su modelo dinámico de racionalidad legislativa penal, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, ob. cit., 2003, págs. 92 y ss., y 136-165, agrupa en tres ámbitos los principios que se encuadran en la racionalidad ética, en la que se encuentran los "contenidos éticos que condicionarían la intervención jurídico-penal": principios de la protección (lesividad, fragmentariedad, interés público, correspondencia con la realidad), principios de la responsabilidad (certeza o seguridad jurídica, responsabilidad por el hecho, imputación personal, reprochabilidad o culpabilidad, jurisdiccionalidad), y principios de la

sino que cuente con la voluntad y la capacidad suficientes para incorporar dichos elementos valorativos al producto del proceso legislativo. De esta manera, la adecuada traducción en las normas de los fines y principios que inspiran el ordenamiento jurídico hará posible una posterior aplicación correcta y la obtención de los resultados previstos desde criterios de valor. Sin embargo, para ello se requiere, por descontado, que en el nivel de la racionalidad teleológica (sin restar importancia a las demás racionalidades[4]), la norma incorpore los objetivos fijados tras un debate político democrático que haya tomado en consideración los diversos contenidos éticos y los confronte con los intereses en juego.

En el presente trabajo se pretende analizar la racionalidad de la toma de decisiones de política legislativa penal en el ámbito concreto de la delincuencia juvenil. Para ello, se va a centrar el análisis en el discurso del legislador durante la fase de tramitación parlamentaria de dos de las reformas que de manera más intensa han modificado la regulación de la responsabilidad penal de los menores de edad en España[5]. En concreto, se pone de manifiesto la irracionalidad del legislador español, fundamentalmente en los niveles ético y teleológico. Por lo que respecta a la primera, como se verá en estas páginas, se produce en la medida en que se resta relevancia al principio del interés superior del menor, que debería inspirar

---

sanción (humanidad de las penas, teleológico o de los fines de la pena, proporcionalidad y monopolio punitivo estatal).

4. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2003, ob. cit., págs. 95 y ss. Junto a la racionalidad ética, la teleológica confronta los valores representados en los principios que deben informar al sistema penal, con los argumentos propios del debate político, es decir, los intereses de los grupos de presión y diversos sectores de la sociedad, así como las propias ideologías e intereses de los partidos; la racionalidad pragmática, por su parte, se produce en la medida en que se consigan los objetivos planteados, es decir, que se cumplan las normas, aunque sea coactivamente (efectividad) y se produzcan los efectos perseguidos (eficacia); la racionalidad jurídico-formal se da cuando la nueva norma es coherente en sí misma y con el resto del ordenamiento jurídico; por último, la racionalidad lingüística pretende recoger de manera correcta el contenido y sentido de la norma y asegurar una satisfactoria comunicación a sus destinatarios.

5. La ley orgánica (en adelante LO) 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 13 de enero de 2000, recoge las normas aplicables al proceso penal de los menores de edad entre 14 y 18 años, estableciendo un sistema propio de consecuencias jurídicas y con remisión al Código penal de adultos en lo que se refiere al catálogo de conductas delictivas. Ha sido modificada en diversas ocasiones, a través de las leyes orgánicas 7/2000, de 22 de diciembre; 9/2000, de 22 de diciembre; 9/2002, de 10 de diciembre; 15/2003, de 25 de noviembre; 8/2006, de 4 de diciembre; y, por último, 8/2012, de 27 de diciembre. El análisis llevado a cabo en el presente trabajo se va a centrar en las reformas de 2003 y 2006.

prioritariamente al sistema de justicia juvenil, dando entrada a los principios de prevención general negativa y positiva, y a las finalidades retributivas de la sanción; igualmente, se podría estar vulnerando el principio de correspondencia con la realidad, en la medida en que el legislador justifica la necesidad de la reforma en un supuesto incremento de la delincuencia juvenil que habría generado en la sociedad una sensación creciente de inseguridad y desconfianza hacia las normas, no habiendo contrastado si esto es cierto. Por lo que respecta al segundo nivel de racionalidad (teleológica), podría estar ausente en las decisiones finalmente adoptadas que ignoran los intereses de las diversas fuerzas ideológicas y las necesidades reales de protección e intervención que han puesto de manifiesto. Además, también se podría hablar de irracionalidad pragmática, en la medida en que el legislador amplía los supuestos en los que se pueden imponer sanciones o prevé consecuencias jurídicas que suponen un incremento del gasto, pero, sin embargo, no dedica recursos suficientes para poder aplicarlas, como ponen de manifiesto tanto las diversas investigaciones empíricas que se mencionarán en estas páginas y los propios parlamentarios durante las sesiones de tramitación de las leyes analizadas. En este sentido, las normas que implican un mayor uso de las medidas no privativas de libertad no estarían siendo efectivas, al no ser posible aplicarlas como sería oportuno por insuficiencia de recursos, y las que suponen una mayor imposición del internamiento en régimen cerrado tampoco estarían siendo eficaces, al no cumplir con uno de sus objetivos principales, evitar la reincidencia.

Se parte de la hipótesis de que en el ámbito de la delincuencia cometida por menores de edad, como ocurre con mayor intensidad en el de adultos, el legislador español está adoptando en sus decisiones de política criminal un modelo que se aparta de los postulados del garantismo, e incorpora elementos centrados en la seguridad ciudadana[6]. Por ello, para empezar, se definirán brevemente los rasgos de dicho nuevo modelo político-criminal y se identificarán algunos de ellos en las reformas legislativas analizadas. A continuación, se centrará el análisis en el propio discurso del legislador, empezando por los motivos esgrimidos para llevar a cabo las reformas y terminando por un estudio pormenorizado de los debates políticos en sede parlamentaria. Se realizará una clasificación de los

6. Se parte de un modelo político-criminal que toma sus rasgos principales de las construcciones de GARLAND, David, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, 2001, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 6, 2004, y muy especialmente, GARCÍA MAGNA, Deborah, *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*, 2018.

argumentos que permita identificar los rasgos del modelo penal de la seguridad ciudadana, tanto por el contenido de los razonamientos como por la frecuencia de su uso. Para llevar a cabo dicho análisis, se tomarán en consideración las exposiciones de motivos de las leyes estudiadas y los documentos que recogen los trámites para su aprobación tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado[7]. En concreto, se han estudiado en profundidad 16 documentos, entre proyectos de ley (con especial atención a las exposiciones de motivos de las leyes orgánicas 5/2000 y 8/2006), informes de la ponencia, dictámenes de la comisión y diarios de sesiones de la tramitación de la LO 15/2003 (4) y la LO 8/2006 (10).

Con carácter previo, se describirá brevemente el contenido de las reformas analizadas y se apuntarán unas breves notas sobre el contexto político y mediático en el que se desenvolvieron estos procesos legislativos. Ello hará posible comprender por qué en las sucesivas reformas de la ley los dos partidos mayoritarios han estado esencialmente de acuerdo en casi todo, hasta el punto de pasarse uno al otro el encargo de reformarla[8]. Además, para valorar la veracidad de los argumentos esgrimidos por el legislador, se hará referencia a la realidad de la delincuencia cometida por menores de edad antes y después de la aprobación de las reformas legislativas analizadas, y se revisarán algunas de las evaluaciones empíricas realizadas en España sobre las medidas aplicadas a menores de edad infractores, en especial, aquellas investigaciones centradas en su relación con la tasa de reincidencia. Transcurridos ya 10 años desde la última reforma y con la perspectiva que proporciona el contar con datos y evaluaciones de diversos investigadores sobre su aplicación, resulta oportuno llevar a cabo este tipo de análisis precisamente en un momento en el que se plantean con fuerza diversos discursos punitivos en la sociedad[9].

7. Todos los documentos se encuentran disponibles en el sitio web del Congreso de los Diputados de España [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas].

8. El partido popular (PP) gobernaba con mayoría absoluta en España entre 2000 y 2004, cuando inició la tramitación de las LLOO 5/2000, 7/2000, 9/2000 y 15/2003, mientras que el partido socialista obrero español (PSOE) lo hizo entre 2004 y 2011, impulsando la reforma operada a través de la LO 8/2006. En general, puede afirmarse que tanto uno como otro partido suelen ser generalmente punitivos cuando se encuentran en el poder, como señala DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011)", partes I y II, en *Boletín Criminológico*, artículos 2 y 3, 2013.

9. La reciente reforma del Código penal a través de la LO 1/2015 que ha dado entrada a la pena de prisión permanente revisable en el sistema penal español y ha vuelto a endurecer el tratamiento de numerosos tipos delictivos, se ha producido tras la intensa

1.1. El modelo penal de la seguridad ciudadana: rasgos y permeabilidad del sistema penal

Como ya se ha indicado, el estudio que se realiza en estas páginas parte de la hipótesis de que el legislador español está optando, especialmente en la fase legislativa, por un nuevo modelo penal securitario que estaría desplazando al modelo garantista. Dicho modelo puede caracterizarse con los siguientes rasgos[10]:

1) El control de las clases marginadas a través del sistema penal, en un discurso de exclusión que, aunque siempre ha estado presente en el Derecho penal clásico, se ha intensificado con las reformas más recientes. Así, cuando se analiza la regulación de los delitos que cometen habitualmente personas pertenecientes a sectores marginales, respecto a aquellos que solo pueden cometer personas pertenecientes a estratos sociales favorecidos, se observan diferencias tanto en la extensión de los tipos penales como de las penas a imponer.

2) El creciente sentimiento de inseguridad, que tiene su origen en fuentes de riesgo de todo tipo (inestabilidad laboral, escasez de recursos asistenciales, deficiencias del sistema sanitario, incumplimiento de normativas de seguridad alimentaria, contaminación, corrupción política, etc.), pero que el legislador aborda de manera prioritaria desde la perspectiva de la reforma legislativa penal. Se da así la impresión a la ciudadanía de que la zozobra que siente tiene su origen en la inseguridad procedente de la delincuencia y que los problemas pueden resolverse mediante cambios legislativos.

3) El papel protagonista de las víctimas en los procesos prelegislativos, a partir de la retórica del reequilibrio, en función de la cual las garantías reconocidas al delincuente se perciben como pérdidas de derechos para las víctimas, como si de una ecuación de suma cero se tratase.

4) La politización del sistema penal y el populismo punitivo, desde el cual se asume que la opinión pública se encuentra alarmada y no está dispuesta a aceptar aproximaciones racionales a la delincuencia, por lo que se colocan en la agenda política las reformas que supuestamente demandan los ciudadanos, a través de la cobertura mediática intensiva de ciertos sucesos.

5) El auge del componente aflictivo de las penas, haciendo un uso amplio de la prisión, a pesar de que España no cuenta con cifras destacables de delincuencia

---

campaña llevada a cabo por los familiares de diversas víctimas de delitos violentos cometidos en su mayoría por adultos, pero también por menores de edad, entre otros detonantes.

10. GARCÍA MAGNA, Deborah, 2018, ob. cit.

en la comparativa europea. Por un lado, el código penal recoge penas muy altas para los delitos que están más representados en la cárcel (contra la propiedad y relacionados con drogas), y por otro, se conceden pocas libertades condicionales, de manera que las tasas de población penitenciaria son elevadas si se comparan con los países de su entorno.

6) El delito se considera una decisión racional y libre, ajena a las circunstancias personales y socio-económicas del sujeto que lo comete, por lo que este debe hacerse responsable de su propia reinserción, de manera que la reincidencia no se interpreta como un fracaso del sistema sino del propio sujeto. Se parte así de que es más fácil intervenir sobre el sujeto (controlándolo) que sobre el contexto del que ha salido y al que volverá una vez cumplida su sanción.

7) Ausencia de recelo ante el poder punitivo del Estado, de manera que la ciudadanía ya no critica ciertas reformas o propuestas que en un contexto social distinto y más garantista habrían despertado oposición. En el debate entre más seguridad o más libertad, parece que en los últimos tiempos la ciudadanía se decanta claramente por la primera.

8) La privatización de la gestión de la delincuencia, en especial en el ámbito de la ejecución penitenciaria, siendo en este ámbito un ejemplo claro la justicia juvenil. Se traslada a la sociedad la responsabilidad en el control del desorden y una falta de confianza en la capacidad del sistema para hacerse cargo del problema de la delincuencia.

9) La influencia de instrumentos supranacionales en las decisiones del legislador penal, que en ocasiones parece llevar a un déficit democrático y a una pérdida de soberanía estatal. En ocasiones las reformas más punitivas proceden de directrices internacionales, pero a veces el legislador nacional aprovecha para llevar a cabo modificaciones de mayor calado que lo que se exigía desde instancias superiores.

10) Por último, los discursos punitivos desde la dogmática penal y la criminología, por parte de algunos expertos y miembros de la doctrina que asumen y desarrollan teorías de cariz securitario, dando respaldo a las prácticas que se han descrito.

Ciertamente no todos estos rasgos se dan con la misma intensidad en todos los momentos del sistema penal, estando más presentes en aquellos ámbitos más expuestos a la opinión pública y el debate político, como son las fases prelegislativa y legislativa. En momentos posteriores, como la persecución policial del delito, la aplicación judicial de la ley y, especialmente, la ejecución penitenciaria, se observan dinámicas de inercia dentro de esquemas garantistas e incluso de abierta resistencia al cambio de modelo, que constituyen factores protectores frente a

la tendencia hacia una política criminal securitaria. Tampoco se dan estos rasgos con la misma entidad en el sistema penal de adultos que en el de menores de edad, al estar en este último muy arraigados principios esenciales como el de prevención especial y subsidiariedad, representados en el de interés superior del menor. No obstante, como se verá a continuación, en las prácticas de algunos de los operadores y, sobre todo, en los procesos legislativos que se han producido, pueden encontrarse también indicios de cambio hacia una mayor incidencia de discursos de tinte rigorista.

2. Las leyes orgánicas 15/2003 y 8/2006 como paradigma del modelo securitario en el sistema de justicia juvenil

Aunque realmente el cambio de tendencia hacia el modelo de la seguridad ciudadana se produce en el sistema penal de los menores de edad con anterioridad a las leyes orgánicas 15/2003 y 8/2006 (pues ya se apunta con la LO 7/2000), resulta en esos dos momentos muy llamativo el discurso del legislador y su decisión por la opción punitiva en algunos casos.

Como se analizará más adelante, la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor (LO 5/2000) incluyó ya desde 2001 (a partir de la reforma operada antes incluso de entrar en vigor) la necesidad de evaluar su aplicación en el ámbito concreto del tratamiento más severo que se otorgaría a los delitos más graves. En este sentido, pocos años más tarde, la LO 15/2003 le añadió una nueva disposición adicional en la que se daba al gobierno el encargo de que, una vez hecha aquella evaluación y consultados los operadores implicados, se diese un tratamiento más firme y eficaz a los menores de edad que cometiesen delitos de más gravedad, prolongando el tiempo de internamiento en centros con medidas de seguridad reforzadas y posibilitando el paso a centros penitenciarios de adultos de aquellos sujetos que cumpliesen la mayoría de edad durante la ejecución de las medidas impuestas. En consecuencia, el legislador de 2006 tomó el testigo del de 2003 y llevó a cabo la reforma prevista, terminando de plasmar en la ley aspectos fácilmente encuadrables en los rasgos del modelo penal de la seguridad ciudadana.

Antes de valorar dichos aspectos, y para una mejor comprensión del análisis crítico que se va a llevar a cabo, resulta necesario hacer un breve recorrido por el contenido de las diversas reformas de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, en aquellos aspectos más relevantes:

En primer lugar, la LO 5/2000 (con entrada en vigor el 13 de enero de 2001), contenía inicialmente en su artículo 4 la posibilidad de aplicación también a los

jóvenes entre 18 y 21 años de manera excepcional[11]. Respecto a la posibilidad de imponer la medida de internamiento cerrado, el artículo 9 la limitaba a hechos cometidos con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o la integridad física, ampliando la duración máxima a cinco años en caso de mayores de 16 años, siempre que el equipo técnico lo aconsejase. Como excepción a la regla general, en caso de extrema gravedad apreciada expresamente en la sentencia, se recogía la obligatoriedad de imponer internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años, con libertad vigilada posterior de hasta cinco años, y un periodo de seguridad (imposibilidad de modificar, suspender o sustituir la medida) de un año. Además, en estos casos siempre se consideran de extrema gravedad los supuestos de reincidencia, delitos de terrorismo, homicidio o asesinato, y agresiones sexuales.

La LO 7/2000, de 22 de diciembre (con entrada en vigor el 13 de enero de 2001) incorporaba a la ley la disposición adicional 4ª, en la que se establecía un régimen especial para quienes cometan delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales y terrorismo, o aquellos con pena de prisión igual o superior a 15 años en el Código Penal. En el artículo 9 se hacía referencia expresa a esa disposición adicional 4ª para el régimen de los supuestos de extrema gravedad. En concreto, se les exceptuaba de la posible aplicación de la ley cuando tuviesen entre 18 y 21 años, y a los menores de 18 se les imponía un régimen específico: en caso de terrorismo la competencia sería de la Audiencia Nacional; para los de 16 o 17 años se ampliaba la duración del internamiento en régimen cerrado hasta ocho años y el periodo de seguridad (posibilidad de modificación, suspensión o sustitución) se extendía a la mitad de la condena; para los de 14 y 15 años la medida de internamiento a imponer sería de uno a cuatro años, con libertad vigilada de hasta tres años; y se establecía para estos delitos los plazos de prescripción del Código penal. Por último, en caso de cometer varios delitos, siendo alguno de ellos grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años en el Código penal, se establecía que la medida de internamiento en régimen cerrado podría llegar hasta diez años para los mayores de 16 y hasta cinco para los menores de esa edad. Además, en la disposición adicional 5ª se indicaba que en 5 años

11. La LO 5/2000 se aplica a los menores de edad entre 14 y 18 años, mientras que a los adultos, a partir de los 18 años, se les aplica el Código penal. Los menores por debajo de 14 años no tienen responsabilidad penal en España, al ser considerados inimputables. El artículo 4 de la LO 5/2000, en su redacción original, recogía la posibilidad de aplicación de la ley a los jóvenes que hubiesen cometido delitos leves o menos graves sin violencia o intimidación, ni grave peligro para la vida o la integridad física, que no hubiesen sido condenados por hechos cometidos una vez cumplidos los 18 años, y siempre que las circunstancias personales del sujeto y su grado de madurez aconsejasen su aplicación.

(es decir, en enero de 2006) el Gobierno debería remitir al Congreso de los Diputado un informe en el que se analizasen y evaluasen los efectos y consecuencias de la aplicación de la nueva disposición adicional 4ª. Hay que poner de manifiesto que esta evaluación nunca se llegó a realizar con anterioridad a la LO 8/2006, o se mantuvo en secreto, pues no se menciona en la tramitación de la reforma (cuando ya debería haberse realizado)[12] y la única evaluación a instancias del Gobierno de la que se tienen noticias se encarga y elabora mucho tiempo después[13].

La LO 9/2000, de 10 de diciembre, aprobada igual que la anterior antes de que la LO 5/2000 estuviera vigente, dejaba en suspenso hasta el 1 de enero de 2007 la entrada en vigor del artículo 4 (aplicación de la ley a mayores de edad entre 18 y 21 años).

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, incorporó una nueva disposición adicional 6ª a la ley, de manera apresurada en el trámite de enmiendas en el Senado, tras un suceso muy grave que provocó un gran impacto social (el asesinato de Sandra Palo)[14]. En ella se le da el encargo al Gobierno de endurecer aún más el régimen aplicable a los menores que cometan delitos de especial gravedad (homicidio, asesinato, agresiones sexuales, terrorismo, etc.), haciendo referencia a que ello deberá hacerse una vez evaluada la ley, y oídos el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las comunidades autónomas y los grupos parlamentarios. Entre las medidas para sancionar con mayor firmeza y eficacia estos delitos, se mencionan expresamente la posibilidad de prolongar el internamiento, su cumplimiento en centros con medidas de seguridad reforzadas, y la posibilidad de cumplimiento en centros penitenciarios una vez cumplida la mayoría de edad.

12. Así lo pone de manifiesto, POZUELO PÉREZ, Laura, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, 2013, pág. 126, y se comprueba mediante la lectura de los diarios de sesiones de la tramitación de la LO 8/2006.

13. REDONDO ILLESCAS, Santiago; MARTÍNEZ CATENA, Ana; ANDRÉS PUEYO, Antonio, *Factores de éxito asociados a los programas de intervención con menores infractores, Informes, estudios e investigación*, 2011, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

14. El 17 de mayo de 2003 Sandra Palo, de 22 años de edad, fue violada y asesinada por cuatro sujetos con edades comprendidas entre los 14 y los 18 años, que ya habían pasado en varias ocasiones por el sistema penal de menores. La brutalidad de los hechos conmocionó a la opinión pública. La sentencia respecto a los menores de edad fue dictada el 13 de octubre de 2003, en plena tramitación de la LO 15/2003. Pueden consultarse los hechos probados y las condenas impuestas en la sentencia dictada posteriormente por la Audiencia Provincial en resolución de los recursos interpuestos en http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2078370&optimize=20040909&publicinterface=true.

La LO 8/2006, de 4 de diciembre (con entrada en vigor el 5 de febrero de 2007), acabó definitivamente con la posibilidad de aplicación de la ley a los jóvenes entre 18 y 21 años, pues modificó totalmente el contenido del artículo 4, reconociendo en su lugar los derechos de las víctimas y de los perjudicados, e incorporándolos en el proceso de justicia juvenil. Ello implica que desde ese momento pueden personarse y ser parte, algo que en un principio había quedado vedado, como expresamente se menciona en la exposición de motivos de la LO 5/2000. Concretamente, en su expositivo 7º se rechazaban otras finalidades esenciales del Derecho penal que no fuesen el interés superior del menor (como la proporcionalidad o la prevención general negativa), y en el expositivo 8º se otorgaba a la víctima un derecho de participación en diversas actuaciones, pero considerando expresamente que "respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales".

Por otra parte, se modificó de nuevo la regulación de los delitos a los que se puede o se debe imponer medida de internamiento en régimen cerrado. En primer lugar, el artículo 9 establece ahora que se podrá imponer esta medida en caso de delito grave, delito menos grave cometido con violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o integridad, o cualquier delito cometido en grupo o cuando el menor perteneciere a banda, organización o asociación dedicada a delinquir[15]. La regulación específica recogida en la disposición adicional 4ª, respecto a delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales, terrorismo, y cualesquiera otros con pena de prisión igual o superior a 15 años, se incorpora ahora al artículo 10, aplicándola también a aquellos delitos mencionados en el artículo 9.2. Esa misma extensión a estos delitos se hace respecto al tratamiento de los supuestos de extrema gravedad (en todo caso, cuando hay reincidencia), con lo que se amplía enormemente el ámbito de aplicación de este régimen que en su momento se incorporó como excepcional.

Otra de las modificaciones operadas por la LO 8/2006 se refiere al momento en que el menor de edad que está cumpliendo medida de internamiento alcanza la mayoría de edad. Anteriormente, el menor seguía cumpliendo en el centro de

15. Al hacer mención únicamente a los delitos quedaban excluidas las conductas leves, constitutivas de faltas. La LO 1/2015 que ha reformado el Código penal de adultos haciendo desaparecer las faltas para convertirlas en delitos leves no ha modificado la LO 5/2000, de manera que al no excluir expresamente del ámbito de aplicación del artículo 9 a los delitos leves, podría entenderse que al hablar de delitos están incluidos todos, incluso los que antes eran faltas. Se observa aquí un ejemplo de irracionalidad en el nivel jurídico-formal.

menores hasta finalizar la medida, pudiendo cumplirla en prisión al llegar a los 23 años. A partir de la LO 8/2006 este momento se adelanta a los 21 años, pudiendo ser ya a los 18 años en caso de estar en régimen cerrado, o cuando el sujeto, menor en el momento de los hechos pero adulto durante el cumplimiento de la medida, ya hubiese pasado por prisión.

Para terminar, la LO 8/2012, de 27 de diciembre, ha incorporado a la competencia del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional los delitos cometidos en el extranjero.

A primera vista se puede observar que algunas de estas modificaciones encajan en los rasgos del modelo penal de la seguridad ciudadana que se ha descrito en estas páginas. Por ejemplo, se ha producido un relevante endurecimiento de las medidas en los delitos más graves (rasgo 5)[16]; se ha hecho desaparecer la posibilidad de aplicación de la ley a los sujetos entre 18 a 21 años, y se ha ampliado la posibilidad de cumplir pena en un centro penitenciario de adultos, haciendo al sujeto totalmente responsable de sus actos, sean cuales sean sus circunstancias (rasgo 6)[17];

16. Nos encontramos así ante reformas que priorizan el componente retributivo por encima de la finalidad preventivo especial educativa, mencionada expresamente por la LO 5/2000, en su exposición de motivos. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, las medidas adoptadas no pueden ser represivas, sino orientadas hacia la efectiva reinserción y el interés superior del menor. Este carácter esencialmente educativo, que da lugar a diferencias considerables entre el procedimiento de adultos y de menores de edad, se está pasando por alto en aquellas reformas dirigidas a lograr el escarmiento del menor sobre su rehabilitación, por ejemplo, cuando se imponen plazos largos de cumplimiento antes de poder acceder a la sustitución o modificación de las medidas, se prevé la posibilidad de cumplirlas en centros penitenciarios de adultos o se descarta la opción de aplicar el régimen especial de los menores de edad también a jóvenes menores de 21 años. En consecuencia, ello da lugar a que en la práctica se haga un uso excesivo de las medidas privativas de libertad, tal como apuntan GARCÍA PÉREZ, Octavio, "La práctica de los juzgados de menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y eficacia", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, págs. 8 y ss., y 14, y GARCÍA MAGNA, Deborah, 2018, ob. cit.

17. Bajo la expresión extendida en política criminal anglosajona "do the crime do the time" se esconde la idea de que los menores de edad son personas lo bastante responsables como para saber y decidir lo que hacen, y que por tanto deben cargar con las consecuencias de sus actos, sean cuales sean, cuestionando así su condición de semiimputables. En esta línea podrían encuadrarse las propuestas de bajar la edad de responsabilidad penal a los 12 años, la regulación de algunos delitos o formas de comisión que conllevan de manera obligatoria la imposición de internamiento en régimen cerrado (por lo que solo se deja al juez la posibilidad de decidir la duración de la medida), la desactivación de la posibilidad de aplicar la ley a los sujetos entre 18 y 21 años, o el adelantamiento del

se ha introducido a la víctima en el proceso (rasgo 3)[18]; se hace referencia expresa a la alarma social en las exposiciones de motivos, utilizando datos incorrectos o presentándolos de manera inadecuada (rasgos 2 y 4); etc. En los debates parlamentarios que se analizarán más adelante se observan algunas propuestas que, aunque no han salido adelante, indican una tendencia de algunos sectores políticos hacia un régimen mucho más severo (rasgo 7)[19]. Además, en un análisis detenido de los argumentos del legislador, se observa un cambio en los fines y principios que deben inspirar la intervención en el ámbito de justicia juvenil[20].

2.1. Antecedentes: contexto político y mediático

Como se ha indicado al principio, para realizar un análisis de racionalidad en este ámbito, al menos en los tres primeros niveles, resulta fundamental

---

paso a un centro penitenciario de adultos del sujeto que está cumpliendo una medida privativa de libertad.

18. Como se verá en las páginas siguientes, las reformas producidas en 2003 y 2006 tienen su origen en la movilización de los padres de Sandra Palo tras su asesinato. Recoge de manera pormenorizada este proceso, POZUELO PÉREZ, Laura, 2013, ob. cit., págs. 117 y ss., quien describe de qué manera la gran repercusión mediática del suceso se trasladó a la agenda pública para, después, junto a la presión ejercida por los familiares de Sandra Palo, incorporarse a la agenda política, dando paso a las dos reformas citadas que recogieron tres de sus cuatro peticiones.

19. En efecto, coincidiendo sobre todo con sucesos delictivos graves en los que participan menores de 14 años, se plantea desde ciertos sectores la conveniencia de bajar la edad de responsabilidad penal a los 12 o 13 años. En un sentido parecido, se ha llegado a considerar la idea de que se juzgue en un mismo proceso, ante un tribunal de adultos, a los menores que hayan cometido delitos graves en compañía de mayores de edad. En este sentido, conviene tener en cuenta, siguiendo a LOEBER, R.; FARRINGTON, D.; REDONDO, S., "La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2011, pág. 4, que la edad en la que se producen la mayoría de los comportamientos delictivos está entre los 15 y 19 años, siendo muchos menos y de bastante menor gravedad los cometidos antes.

20. En el mismo sentido, respecto a la tesis sobre el modelo de seguridad ciudadana en el ámbito de los menores de edad, PANTOJA, Félix, (dir.), "La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: situación actual", en *Cuadernos de Derecho Judicial,* 2006; RÍOS MARTÍN, Julián, "La protección de la víctima como coartada legal para el incremento punitivo en la legislación de menores infractores", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005; GARCÍA PÉREZ, Octavio, "La introducción del modelo de la seguridad ciudadana en la justicia de menores", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005. Para un análisis más detallado de la incidencia del modelo penal de la seguridad ciudadana en el ámbito de los menores de edad, ver GARCÍA MAGNA, Deborah, ob. cit., 2018.

comprobar si el legislador partía en realidad de una jerarquía de principios diferente a la declarada (nivel ético), si se tuvieron en cuenta en el debate político los datos disponibles sobre delincuencia juvenil y medidas aplicadas, y los intereses e ideologías representadas en el contexto parlamentario (nivel teleológico), y si se previeron los recursos suficientes para que las normas fueran efectivas y las medidas eficaces (nivel prágmático).

El análisis sobre cuáles son los principios que el legislador atiende en realidad y en los que basa la intervención penal se va a realizar al estudiar con detenimiento los argumentos esgrimidos en los debates parlamentarios. Ya se han adelantado en cierta medida al relatar el contenido concreto de las reformas realizadas. Pero en este primer nivel de racionalidad ética resulta especialmente significativo que se descuide el principio de correspondencia con la realidad. Por ello, para empezar, es interesante localizar si en efecto los argumentos del legislador respondían a la realidad de los delitos que se modificaron, y si se llevaron a cabo las evaluaciones que se incluyeron como preceptivas en los textos previos.

Respecto a esto último, no parece que a nivel institucional se efectuado investigaciones concretas. Aunque en los diarios de sesiones los representantes del partido en el Gobierno hacen referencia a que existen, no aparece su contenido en los debates parlamentarios, donde se denuncia precisamente esta situación, y únicamente se menciona lo que en dichos informes supuestamente se concluye. Sí que con posterioridad a la tramitación que se estudia en estas páginas el Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad encargó al equipo del profesor Santiago Redondo una evaluación de la eficacia de las medidas y tratamientos aplicados a los menores de edad infractores en España[21], pero sus resultados, por supuesto, no se pudieron tener en cuenta en aquel momento.

Parece, por tanto, que el legislador no cumplió el mandato de evaluar los efectos de la ley. En cualquier caso, si se revisan los informes e investigaciones empíricas que han evaluado las medidas aplicables a los delitos que son objeto de la reforma de 2003 (los graves, o los menos graves con violencia o intimidación), se observa que la mayoría de las evaluaciones sobre la eficacia de la ley se han producido con posterioridad a las reformas analizadas, por lo que resulta difícilmente creíble que el legislador haya podido acceder a esta información con ocasión

21. REDONDO ILLESCAS, Santiago; MARTÍNEZ CATENA, Ana; ANDRÉS PUEYO, Antonio, 2011, ob. cit., resulta de gran interés por la revisión tan extensa que realizan de los estudios empíricos existentes hasta el momento y, en especial, por las conclusiones que se desprenden del informe. En general, el balance es positivo, aunque se apuntan ciertas carencias en la coordinación entre las comunidades autónomas respecto a los protocolos registrados, que podrían mejorar los resultados.

de las reformas. En general, no obstante, las evaluaciones existentes relacionan positivamente las medidas en medio abierto con menores tasas de reincidencia, mientras que aquellas privativas de libertad dan resultados negativos en este indicador, aunque en estos casos, influyen también factores sociales y familiares[22], lo que parece indicar que, además de la necesidad de optar por medidas menos punitivas, lo fundamental parece ser el tratamiento específico a las necesidades de estos menores. Asimismo, aquellos estudios que relacionan las tasas de reincidencia con formas extrajudiciales de resolución de conflictos, como la mediación, reflejan resultados muy positivos[23].

Respecto al contexto político en el que se impulsó la iniciativa legislativa de la reforma de 2003, en los meses previos a la promulgación de estas leyes se produjeron varias situaciones críticas con gran repercusión mediática y en las que la respuesta del gobierno se puso en entredicho por amplios sectores de la sociedad. Destacan, por ejemplo, la manifestación de policías municipales en febrero de 2002 disuelta de manera contundente por la Policía Nacional; la disputa con el gobierno marroquí por el islote Perejil en julio de 2002; el debate sobre el estado de la nación centrado en la seguridad ciudadana, también en julio de 2002; el anuncio por el lehendakari Ibarretxe de su Pacto de Convivencia en septiembre de 2002; el naufragio del petrolero Prestige frente a las costas gallegas en noviembre de 2002; el comienzo de la guerra de Irak en marzo de 2003; el accidente

22. Destacan, entre otros, los estudios de BRAVO ARTEAGA, Amaia; SIERRA, María Jesús; FERNÁNDEZ DEL VALLE, Jorge, "Evaluación de resultados de la ley de responsabilidad penal de menores. Reincidencia y factores asociados", en *Psicothema*, vol. 21, nº4, 2009; ANDRÉS PUEYO, Antonio, "Violencia juvenil: realidad actual y factores psicológicos implicados", en *Revista de Enfermería ROL*, 2006, enero, 29 (01); MARTÍN, Eduardo; GARCÍA, María Dolores; TORBAY, Ángela, "Evaluación de la efectividad de las medidas educativas en la ley de responsabilidad penal de menores desde la perspectiva de los infractores", en *Cultura y Educación*, volumen 25, 2013, nº 3, quienes proponen que se tenga en cuenta la propia valoración que el menor hace de su proceso.

23. Así lo recogen, por ejemplo, FERNÁNDEZ MOLINA, E.; BERNUZ BENEÍTEZ, M.J.; y BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., "Juvenile offenders, laws, and rights", 2017, pág. 267, quienes señalan que cerca del 40% de los asuntos en justicia juvenil se resuelven por estas vías. Entre los estudios que demuestran que las tasas de reincidencia son significativamente menores en sujetos que han pasado por mediación que en aquellos que han cumplido medidas internamiento, destacan, en Cataluña, CAPDEVILA, M., FERRER, M., BLANCH, M., *La reincidencia en el programa de mediación y reparación*, 2011, y CAPDEVILA, M., FERRER, M.; LUQUE, E., 2005, *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*; en Galicia, BASANTA, J., *La mediación en el ámbito penal juvenil*, 2009; y en Andalucía, GARCÍA, J., ZALDÍVAR, F., ORTEGA, E., DE LA FUENTE, L., SAINZ-CANTERO, B., *Diez años de funcionamiento de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, 2012.

del avión militar Yak-42 en Turquía en mayo de 2003; el asesinato de la joven Sonia Carabantes en agosto de 2003, permitiendo el esclarecimiento del caso Wanninkhof y poniendo así de manifiesto un grave error judicial; varios atentados de ETA a lo largo de ambos años; etc. Además, los partidos políticos en la oposición lideraron un duro ataque hacia las políticas de seguridad ciudadana del gobierno y los sindicatos policiales criticaron duramente el Programa Policía 2000 de lucha contra la delincuencia callejera, lo que hizo que el gobierno anunciase en 2002 un nuevo plan de lucha contra la delincuencia. Sin embargo, no fue únicamente la oposición política la que encabezó esta dinámica. De hecho, llama la atención que durante los debates parlamentarios de la LO 11/2003 fuese el propio Gobierno quien dio más eco al discurso alarmista sobre el aumento de la delincuencia callejera y la inseguridad ciudadana[24].

Por lo que respecta a la realidad de la delincuencia juvenil y el contexto mediático en el que se produjeron las reformas analizadas en estas páginas, y teniendo en cuenta que en los debates parlamentarios se alude a un incremento de la delincuencia juvenil, en especial la patrimonial, y en la propia exposición de motivos de la LO 8/2006 se hace referencia a una supuesta sensación de impunidad en la ciudadanía, hay que señalar que tanto los datos oficiales procedentes del Ministerio del Interior, respecto a hechos conocidos y detenciones[25], como los del Instituto Nacional de Estadística respecto a condenados menores de edad[26], no indican esa tendencia creciente. En el mismo sentido, los estudios realizados sobre delincuencia juvenil apuntan a un descenso en los delitos contra el patrimonio[27]. Respecto a la sensación de inseguridad o preocupación por la posible

24. Así, por ejemplo, los diputados del PSOE se centraban en el fracaso del gobierno en este ámbito (Barrero López, Diario de Sesiones, Pleno de 17 de junio de 2003, pág. 24.676) y en el incremento de las tasas de delincuencia (López Aguilar, Diario de Sesiones, Pleno de 10 de abril de 2003, pág. 12.553), pero el ministro Michavila (PP) en lugar de apaciguar el debate, utilizaba expresiones como "auténtico coladero" para referirse al sistema judicial, añadiendo que "el delincuente entra por una puerta y sale por otra" (Diario de Sesiones, Pleno de 10 de abril de 2003, págs. 12.540 y ss.).

25. El Balance del Ministerio del Interior de Criminalidad y delincuencia 2005, pág. 5, recoge la tendencia a la baja desde 2000 a 2003 en el número de infracciones conocidas (disponible en [http://www.interior.gob.es/documents/10180/1209813/Criminalidad+y+delincuencia.pdf/fe7be633-edf8-446f-bdeb-b1369ddc25d8]).

26. Los datos del Instituto Nacional de Estadística de expedientes registrados desde 2000 a 2003 indican una tendencia descendente (disponible en [http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t18/p467/a2003/l0/&file=05001.px]).

27. Así, por ejemplo, el estudio de SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, "Evolución de la delincuencia juvenil en España (2000-2007)", 2009, en *Revista de Derecho penal y*

impunidad de los delitos cometidos por los menores de edad, no se cuenta con estudios específicos sobre el tema en los meses previos a las reformas, aunque si se analizan los resultados de los Barómetros de Opinión del Centro de Investigaciones Sociológicas se observa que la inseguridad ciudadana ocupa el tercer puesto. Los estudios sobre opinión pública de aquella época no reflejan una especial atención a estos temas[28].

Aunque es difícil obtener datos (desagregados o no) sobre algunos de los delitos objeto de las reformas, en especial en lo que respecta a aquellos cometidos en grupo, o por menores pertenecientes a bandas, o en los que ha habido reincidencia, ya que esta información solo puede obtenerse mediante estudio de sentencias o de expedientes personales de los menores encausados, los datos muestran que la evolución de la mayor parte de los robos cometidos con violencia o intimidación ha seguido una tendencia a la baja que se inició ya antes de la reforma de 2006.

2.2. Irracionalidad en la fase legislativa: análisis del discurso del legislador de 2003 y 2006

Antes de entrar a analizar de manera pormenorizada el discurso del legislador a través de las intervenciones de los diputados y senadores recogidas en los

---

Criminología, nº 2, que analiza la evolución de las detenciones entre 2000 (1,32%) y 2007 (1,08%), aunque sí señala un incremento de los delitos contra las personas entre 2003 (5,05%) y 2007 (9,57%); MONTERO HERNANZ, "La evolución de la delincuencia juvenil en España, Partes 1ª y 2ª", 2011, en *La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 78, que también observa un descenso en estos delitos entre 2004 y 2006; y las encuestas de victimización del Observatorio de la Delincuencia, 2009, que señalan una tendencia descendente general entre 1989 y 2008. Se lleva a cabo un análisis más detallado en GARCÍA MAGNA, Deborah, y GONZÁLEZ CRUZ, Elena, "10 años después de la LO 8/2006: el cambio hacia el modelo de la seguridad ciudadana en el ámbito de la justicia juvenil", comunicación al III Simposio de Investigación Criminológica, celebrado en Elche, junio 2017.

28. El Barómetro de Opinión del Centro de Investigaciones Sociológicas de junio de 2003 (estudio nº 2528), dedica las preguntas 3 a 12 a la inseguridad ciudadana y a la percepción sobre la delincuencia y las fuerzas y cuerpos de seguridad, pudiéndose comprobar, por ejemplo, que no se considera probable ser víctima de algún delito (pregunta 4) (disponible en [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2520_2539/2528/e252800.html]). Por su parte, tampoco apuntan a una excesiva preocupación MONTERO HERNANZ, ob. cit., 2009, que recoge datos de encuestas de opinión desde 2001; en un sentido similar, TOHARÍA CORTÉS, J.J., *La imagen ciudadana de la Justicia*, 2003.

diarios de sesiones de las Cortes Generales del Estado, el primer contacto con dicho discurso es la exposición de motivos de la LO 8/2006. Precisamente en dicho fragmento de la ley se recogen algunas de las declaraciones del legislador que más llaman la atención y que resumen algunos de los motivos por los que esta reforma es criticable. Es especialmente llamativo el extracto que se reproduce a continuación, en la medida en que hace referencia a una supuesta demanda social de mayor dureza con ciertos delitos, así como de una tendencia al alza en los delitos cometidos por menores de edad, lo que justificaría la adopción de medidas más severas:

> Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Junto a esto, debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social.

Pero también es muy significativo este otro, por hacer referencia expresa a un cambio en los principios que deben inspirar el sistema penal juvenil, con respecto a lo que inicialmente recogía la ley reguladora de la responsabilidad de los menores de edad, que seguía en cierta medida las directrices supranacionales emitidas por la Organización de Naciones Unidas y el Consejo de Europa[29]:

> El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un

29. Son variadas las directrices supranacionales que dan recomendaciones a los Estados miembros pero que, al no tener carácter obligatorio, dejan su cumplimiento a la voluntad de los mismos. Destacan, por ejemplo, en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, la Convención sobre los derechos del niño, las Reglas mínimas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing), las Reglas para la protección de los menores privados de libertad y las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). En el contexto del Consejo de Europa, hay que señalar la Recomendación (87)20, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, la Recomendación (2003)20, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil, y la Recomendación (2008)11, sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas.

> modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional.

Al margen de las importantes declaraciones de intenciones que realiza el legislador en estas líneas, y que serán analizadas en detalle junto con el contenido de los debates parlamentarios, es necesario aludir al valor que tienen, en general, las exposiciones de motivos de las leyes. Se trata, para empezar, de dilucidar si esos argumentos que se exponen se han de tomar como meros razonamientos que han llevado al legislador a plantearse la reforma, sin tener en ese caso valor normativo, o si por el contrario han de ser interpretados como preceptos explicativos y determinantes del contenido de la norma, siendo en este caso posible exigir al legislador que se ajuste a la realidad y que se sujete en el articulado de la ley a lo que él mismo expone de inicio. En este caso, si la norma se aleja de lo que la exposición de motivos anuncia o esta no atiende a lo que la realidad demuestra, debería ser posible exigir jurídicamente al legislador que se replantee o reforme lo que ha acordado; sin embargo, en el primer caso, no quedaría más que poner de manifiesto las falacias empleadas desde el plano, no jurídico, de la crítica doctrinal. Para resolver esta cuestión es interesante consultar, en primer lugar, la jurisprudencia constitucional al respecto[30], que, en resumen, considera que las exposiciones de motivos no son estrictamente normas jurídicas y que, por tanto, solo tienen valor interpretativo y no normativo, lo que lleva a que su contenido no sea vinculante. Así, en dicho ámbito expositivo, el legislador refleja su intención y razonamiento hasta llegar a la decisión de acordar la norma jurídica que es la ley. De esta forma, en la medida en que, en caso de contradicción con el texto de la ley, siempre prevalecería este último, la exposición de motivos ni siquiera tiene efectos integradores que pudiesen colmar las posibles lagunas de la ley[31]. Aunque el artículo 88 de la Constitución Española establece que el legislador está obligado a motivar la propuesta de ley que somete al Congreso, no es preceptivo que dicha motivación (reflejada en la exposición de motivos) aparezca finalmente como preámbulo de la ley finalmente aprobada[32]. No obstan-

30. Al respecto, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 36/1981, de 12 de noviembre; 212/1996, de 19 de diciembre; 173/1998, de 23 de julio; 116/1999, de 17 de junio; y 31/2010, de 28 de junio.

31. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *Principio, realidad y norma: El valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, 2015, págs. 129 y ss.

32. Así se desprende del artículo 114.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que se refiere a que la Comisión puede acordar o no la incorporación de la exposición

te, es evidente que las explicaciones que el legislador incorpora a la exposición de motivos permiten la interpretación del texto normativo de manera más fiable que si se acudiera a otras fuentes[33] y, en ese sentido, sí cabría pedirle que al menos sus argumentos se ajustasen a la realidad.

Al margen de si se puede otorgar valor jurídico a las exposiciones de motivos más allá del interpretativo, lo cierto es que no puede negarse que esta parte de la ley está llamada a reflejar la intención del legislador y las razones que le han llevado a impulsar la iniciativa legislativa, por mucho que estas puedan ser discutibles y aquella pueda ser solo aparente. A los efectos del análisis que se pretende hacer en estas páginas, relacionado con los principios que deberían informar a la norma y los fines que se pretenden conseguir con ella, tienen mucha relevancia tanto el discurso reflejado en la exposición de motivos, como los debates parlamentarios. Así, en palabras de CERDEIRA, los preámbulos tendrían una función tanto informadora de la *occasio legis* (descripción de la realidad) como de exposición de la *ratio legis* (motivación relacionada con los principios que la informan)[34].

Una vez descritos en el apartado anterior los contenidos, contexto y pormenores de las reformas sucesivas que modificaron la ley de responsabilidad penal del menor, se va a llevar cabo finalmente un estudio crítico del discurso del legislador, centrando el análisis en las leyes 15/2003 y 8/2006, aunque ciertamente también las dos anteriores (7/2000 y 9/2000) marcaron ya una tendencia de mayor rigor punitivo que posteriormente se acentuó.

Por lo que respecta al discurso del legislador reflejado en la exposición de motivos de la LO 8/2006, con respecto al de la LO 5/2000, llama la atención que entran en este ámbito nuevas construcciones valorativas, directamente relacionados con los principios teleológicos. Así, mientras que en 2000 se hacía referencia a la "naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa", como tradición del modelo tutelar (en su finalidad esencial de prevención especial), con el reconocimiento del principio del interés superior del menor, y la prohibición de que se deje paso a la acusación particular en el proceso, sin embargo, la LO 8/2006, como ya se ha señalado anteriormente, da entrada

---

de motivos como preámbulo de la ley. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/2008, de 9 de abril, que en su fundamento jurídico 5º dice expresamente que "el legislador no está constitucionalmente obligado a justificar sus opciones legislativas en las Exposiciones de Motivos o Preámbulos de las Leyes", reconociendo, no obstante, "su posible papel en la interpretación de los preceptos que presentan".

33. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, "El criterio histórico en la interpretación jurídica", en *Dereito*, vol. 22, noviembre, 2013, pág. 616.

34. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., ob. cit., 2015, pág. 63.

a la prevención general e incluso a la retribución en el sistema de justicia juvenil, además de reconocer a la víctima como parte del proceso.

Por lo que respecta a los debates parlamentarios, se va a proceder a clasificar las intervenciones de los parlamentarios, ya sea en el Congreso o en el Senado, en función de diversas categorías que tienen relación directa con los rasgos del modelo penal de la seguridad ciudadana. De esta manera, se podrá dar una visión clara de los motivos que llevan a concluir que con estas dos leyes, en especial la de 2006, se observa una tendencia del sistema de justicia juvenil hacia un nuevo modelo que se aleja del de responsabilidad, sobre todo en la fase legislativa. Además, se pretende comprobar que el discurso es parecido con independencia de que provenga del partido socialista (PSOE) o del partido popular (PP). Al ser ambas leyes analizadas de sendos períodos de gobierno de cada uno de estos partidos, se puede obtener una visión de cómo actúan estando en el gobierno o en la oposición. No obstante, hay que reconocer que la reforma operada en 2003 se realizó en el trámite de enmiendas en el Senado y de manera apresurada, por lo que serán mucho más abundantes las referencias en el análisis de la reforma de 2006, con el PSOE en el gobierno y el PP en la oposición.

Las categorías de clasificación del discurso que se va a analizar, de acuerdo con los rasgos del modelo descrito, se reducen para el ámbito legislativo a:

1) Alusión al sentimiento generalizado de inseguridad. Esta categoría engloba las referencias a la alarma social y la sensación de impunidad.

2) Alusión a las víctimas. Aquí se incluye cualquier referencia que se haga a las víctimas y perjudicados por hechos acaecidos con gran repercusión mediática.

3) Indicadores de populismo punitivo. Se incluyen en esta categoría mensajes propagandísticos, alusión a los medios de comunicación, mención a los programas electorales y las reacciones inmediatas a los sucesos mediáticos.

4) Mayor aflictividad de la sanción penal. Se incluyen aquí las alusiones a la necesidad de incrementar el rigor punitivo, en cualquiera de sus manifestaciones (extensión de la posibilidad de imponer medidas privativas de libertad, cumplimiento más estricto de las sanciones, reducción de las posibilidades de atenuar las conductas, etc.).

5) Desatención a las causas socio-económicas de la delincuencia. Se incluyen en esta categoría las referencias a la necesidad de incorporar el componente de proporcionalidad y/o retribución, con independencia de las necesidades educativas o de otro tipo que tenga el menor infractor.

Una vez analizadas todas las intervenciones de los parlamentarios, se ha incluido en la tabla nº 1 el número de alusiones directas a cuestiones que se han catalogado como indicativas de alguno de los rasgos del modelo penal de la

seguridad ciudadana. En concreto, los argumentos esgrimidos en cada rasgo se pueden agrupar en los siguientes:

1) La delincuencia juvenil está emergiendo con mucha fuerza y provoca gran alarma social; no todos los menores de edad son buenos y angelicales, ya que hay algunos peligrosos; se está produciendo una quiebra en la confianza hacia la ley; ha surgido el fenómeno de la delincuencia organizada que preocupa a la ciudadanía; no se entiende cómo puede discutirse que hay alarma social.

2) No se busca venganza con la inclusión de la víctima en el proceso; el Ministerio Fiscal velará porque no se integren en el proceso intereses vindicativos; la incorporación de la víctima al proceso la exigen organismos supranacionales como el Consejo de Europa.

3) No se entiende por qué se llama populista a la iniciativa; se trata de adecuar la respuesta a la realidad social sin hacer demagogia; esto siempre ha estado en el programa electoral; existe presión mediática.

4) Por razones de prevención general es necesario realizar un mayor reproche social a conductas más graves; el incremento de severidad en algunas conductas está justificado.

5) No son niños, sino jóvenes; se debería aplicar la ley también a menores de 14 años; hay que dejar bien clara la línea divisoria entre los menores y mayores de 18 años (para no aplicar la ley a los adultos, aunque sean jóvenes); hay que dar respuesta de adulto a los que están entre 18 y 21 años.

Tabla nº 1 – Alusiones al modelo penal de la seguridad ciudadana.

Clases de argumentos	Tramitación LO 15/2003	Tramitación LO 8/2006
1) Inseguridad	1#	8# – 4*
2) Víctimas	1#	6# – 2*
3) Populismo punitivo	1# – 3*	10# – 5*
4) Más aflictividad	1#	3# – 4*
5) Asunción de responsabilidad	1#	7# – 6*

Dependiendo de en qué sentido se realice el comentario, se marcan con diferentes signos aquellas alusiones que plantean una crítica al modelo securitario (*) frente a aquellas que los justifican (#). Se observa que hay en general un mayor número de alusiones que respaldan el discurso securitario, que aquellas que lo critican.

Destacan, además, algunas expresiones y reflexiones concretas que merecen ser reproducidas en estas páginas, como exponentes de lo que se viene señalando en estas páginas:

> "La dignidad de la víctima requiere la introducción de la acusación particular en la ley" (Silva Sánchez, CIU, Diario de Sesiones del Congreso, 6 de noviembre de 2003, pág. 15.423).
>
> "Ahora mismo en la sociedad y en la gente joven existe esa conciencia, que delinquir les sale gratis" (Matador de Matos, PP, Diario de Sesiones, Congreso, votación del conjunto, 23 de noviembre de 2003, pág. 10.962).
>
> "Menor, víctima y seguridad, en este encuentro parlamentario estamos todos" (Barrero López, PSOE, Pleno del Congreso, 23 de marzo de 2006, Diario de Sesiones, pág. 8.161).
>
> "El Partido Popular incluyó en su programa electoral este compromiso de ese acuerdo…" (Matador de Matas, PP, Pleno del Congreso, 23 de marzo de 2006, pág. 8.158).
>
> "…sin ceder a ninguna demagogia" (López Aguilar, PSOE, Pleno del Senado, 18 de octubre de 2006, pág. 5.849).
>
> "Esta mañana en titulares de prensa se podían leer cosas absolutamente increíbles (…)" (Martínez García, PSOE, Diario de Sesiones de la Comisión de Justicia, Senado, 10 de octubre de 2006, pág. 8).
>
> "Se ha dado un sentimiento de victimización de la sociedad" (López Aguilar, PSOE, Pleno del Congreso, 23 de noviembre de 2006, pág. 8.145).

3. Consideraciones finales

En otro lugar se ha hecho un estudio sobre la posible influencia que estas reformas pueden estar teniendo en la aplicación de la ley, en concreto, por lo que respecta al endurecimiento del sistema[35]. Aunque los datos no son contundentes, se observa que hay una ligera tendencia hacia el uso de medidas privativas de libertad en exceso, ya que si se suman todas ellas se colocan en la segunda posición solo por detrás de la libertad vigilada. Aunque el presente trabajo se limita al análisis del discurso del legislador y, por tanto, deja fuera el de fases posteriores, es evidente que la evaluación correcta de la ley contribuirá a mejorar los procesos de política legislativa y tendrá repercusión en su posterior aplicación.

La revisión de las investigaciones empíricas sobre la eficacia de las medidas y tratamientos impuestos en el ámbito de la delincuencia juvenil ponen de

35. GARCÍA MAGNA, Deborah, 2018, ob. cit.

manifiesto que hay determinados factores de protección en el sistema penal juvenil respecto al modelo penal de la seguridad ciudadana. Los operadores jurídicos del sistema muestran una tendencia inequívoca hacia modelos centrados en la educación y la inserción social del menor, lo que constituye un síntoma de resistencia ante el cambio de modelo que pueda querer imponerse desde el ámbito legislativo. Sería interesante poder hacer un estudio pormenorizado que incluyese información desagregada sobre los delitos concretos a los que se aplican las reformas, para poder comprobar el alcance de la ligera y puede que no significativa tendencia hacia un uso excesivo de medidas privativas de libertad. Para ello sería preciso, por ejemplo, realizar estudios de jurisprudencia o de expedientes, de manera que se pudiera analizar el efecto real de la reincidencia en la decisión de los jueces en aquellos casos en los que tienen aún margen de discrecionalidad. Asimismo, resulta preciso estudiar cuáles son las cifras de aplicación de las medidas más estrictas en los casos de comisión del delito en grupo y la pertenencia a banda u organización dedicada a delinquir. Solo desde esta evaluación de la aplicación de la ley será posible abordar nuevas reformas que mejoren el alcance del sistema de justicia juvenil y permitan resistir ante la deriva punitiva que parece imponerse al menos desde el ámbito legislativo.

4. Referencias bibliográficas

ANDRÉS PUEYO, Antonio, "Violencia juvenil: realidad actual y factores psicológicos implicados", en *Revista de Enfermería ROL*, enero, 29 (01), 2006.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, 1997.

BASANTA, J., *La mediación en el ámbito penal juvenil*, 2009.

BECERRA MUÑOZ, José, *La toma de decisiones en política criminal*, 2013.

BRAVO ARTEAGA, Amaia; SIERRA, María Jesús; FERNÁNDEZ DEL VALLE, Jorge, "Evaluación de resultados de la ley de responsabilidad penal de menores. Reincidencia y factores asociados", en *Psicothema*, vol. 21, nº4, 2009.

CAPDEVILA, M., FERRER, M., BLANCH, M., *La reincidencia en el programa de mediación y reparación*, 2011.

CAPDEVILA, M., FERRER, M.; LUQUE, E., *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*, 2005.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *Principio, realidad y norma: El valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, 2015.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, "Ausencia de política criminal en el Derecho penal juvenil", en *Temas actuales de investigación en ciencias penales. I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 6, 2004, y muy especialmente

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011)", partes I y II, en *Boletín Criminológico*, artículos 2 y 3, 2013.

FERNÁNDEZ MOLINA, E.; BERNUZ BENEÍTEZ, M. J.; y BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., "Juvenile offenders, laws, and rights", en DECKER, S.H., y MARTEACHE, N. (eds.), *International Handbook of Juvenile Justice*, 2017.

GARCÍA, J., ZALDÍVAR, F., ORTEGA, E., DE LA FUENTE, L., SAINZ-CANTERO, B., *Diez años de funcionamiento de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, 2012.

GARCÍA MAGNA, Deborah, *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*, 2018.

GARCÍA MAGNA, Deborah, y GONZÁLEZ CRUZ, Elena, "10 años después de la LO 8/2006: el cambio hacia el modelo de la seguridad ciudadana en el ámbito de la justicia juvenil", comunicación al III Simposio de Investigación Criminológica, celebrado en Elche, junio 2017.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, "La práctica de los juzgados de menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y eficacia", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 12, 2010.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, "La introducción del modelo de la seguridad ciudadana en la justicia de menores", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 25, 2005.

GARLAND, David, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, 2001.

LOEBER, R.; FARRINGTON, D.; REDONDO, S., "La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 9, 2011.

MARTÍN, Eduardo; GARCÍA, María Dolores; TORBAY, Ángela, "Evaluación de la efectividad de las medidas educativas en la ley de responsabilidad penal de menores desde la perspectiva de los infractores", en *Cultura y Educación*, volumen 25, 2013, nº 3.

MONTERO HERNANZ, Tomás, "La evolución de la delincuencia juvenil en España, Partes 1ª y 2ª", en *La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 78, 2011.

PANTOJA, Félix, (dir.), "La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: situación actual", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006.

POZUELO PÉREZ, Laura, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, 2013.

RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, 2009.

REDONDO ILLESCAS, Santiago; MARTÍNEZ CATENA, Ana; ANDRÉS PUEYO, Antonio, *Factores de éxito asociados a los programas de intervención con menores infractores, Informes, estudios e investigación*, 2011.

RÍOS MARTÍN, Julián, "La protección de la víctima como coartada legal para el incremento punitivo en la legislación de menores infractores", en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 25, 2005.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La evaluación de las normas penales*, 2016.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, "El criterio histórico en la interpretación jurídica", en *Dereito*, vol. 22, noviembre, 2013.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, "Evolución de la delincuencia juvenil en España (2000-2007)", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 2, 2009.

TOHARÍA CORTÉS, J.J., *La imagen ciudadana de la Justicia*, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- De menores a adolescentes infratores: contribuições ao debate sobre a criminalidade juvenil, de Alessandra Teixeira e Fernando Salla – *RBCCrim* 126/267-290 (DTR\2016\24554); e
- Direito penal juvenil brasileiro: utopia ou realidade?, de Denis Pestana – *Ciências Penais* 8/196-212 (DTR\2008\21).

As políticas legislativas da Lei de Execução Penal são efetivadas?: análise dos projetos de lei sobre o sistema carcerário nos anos de 2010 e 2014 e a sua (in)coerência com a Lei de Execução Penal

Are the legislative policies of the Criminal Execution Act effectived?: analysis of law projects about the carcerary system in the years of 2010 and 2014 and its (in)coherence with the Criminal Execution Act

Décio Franco David

Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal da FAE –Centro Universitário (FAE). Professor de Direito Penal da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR). Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Advogado Criminalista.
contato@professordeciodavid.com

Fernanda de Amo Moriggi

Acadêmica do curso de Direito pela Universidade Federal do Paraná.
ferrmoriggi@hotmail.com

Tamiris Miranda Cristal

Acadêmica do curso de Direito pela Universidade Federal do Paraná.
tamiris.m.cristal@gmail.com

Recebido em: 01.05.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 15.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem por objetivo verificar se o processo legislativo simbólico – fenômeno tradicional em períodos eleitorais – atua sobre os dispositivos da Lei de Execução Penal. Para tanto, parte da consideração inicial de que a LEP instituiu diretrizes humanitárias que objetivam a

Abstract: The purpose of this article is to verify whether the symbolic legislative process – traditional phenomenon in electoral periods – acts on the provisions of the Criminal Execution Act (CEA). Therefore, part of the initial consideration that the CEA has established humanitarian

ressocialização do apenado, mas que, por falhas de implementação de políticas públicas adequadas, resultaram por não serem materializadas. A pesquisa empírica consistiu na coleta de dados de projetos de lei propostos nos anos de 2010 e 2014, tendo sido realizada pelos mecanismos de busca dos sítios da Câmara dos Deputados e Assembleia Estadual do Paraná, verificando-se, portanto, a omissão estatal em cumprir, implementar e efetivar os dispositivos da LEP. Ressalva-se que não são negadas pequenas melhorias na LEP desde a sua promulgação, porém, constata-se que além do *esquecimento* (ou abandono) geral das normativas humanitárias do cárcere, em períodos eleitorais, esse *esquecimento* é ainda maior. Em outras palavras, o presente trabalho contribui para comprovar que, por intermédio da análise da atividade legislativa, a política penitenciária humanitária e comprometida com as diretrizes da LEP não é uma política estatal prioritária, tampouco que haja preocupação com a mesma.

Palavras-chave: Execução Penal – Projetos de Lei – Política-Criminal – Humanização do cárcere.

guidelines that aim at the resocialization of the distressed, but which resulted in not being materialized because of failures to implement adequate public policies. The empirical research consisted in collect data of proposed bills in the years 2010 and 2014 using the mechanisms of search of the sites of the Chamber of Deputies and the State Assembly of Paraná. With this, was verified the state's omission to comply, implement and enforce the provisions of the CEA. It is emphasized that little improvement in the CEA has not been denied since its enactment, but it is noted that the general oblivion (or abandonment) of the humanitarian regulations of the prison is bigger in electoral periods. In other words, using the analysis of legislative activity, the present work contributes to prove that the humanitarian penitentiary policy and the policy committed to the guidelines of the CEA are not priorities state policies; so there is no concern about such policies.

Keywords: Criminal Execution – Bills – Criminal Policy – Prison Humanization Policies.

Sumário: 1. Introdução. 2. Notas metodológicas da pesquisa realizada. 3. Resultados: um panorama acerca da política legislativa nos anos de 2010 e 2014 em matéria de regimes prisionais. 4. Lei de Execução Penal: do marco histórico ao seu esquecimento. 5. A construção legislativa e a legitimação da insegurança. 6. Luz, câmara e inação. 7. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a racionalidade político-legislativa sobre as normas que norteiam o sistema prisional brasileiro em sua contemporaneidade. As constatações sobre a superlotação da população carcerária possibilitaram inferir uma lógica não somente vinculada às transgressões, mas expandida por todo o corpo social, de forma a verificar um processo de expansão por meio de simbolismo penal[1].

1. Embora não exista um conceito uniforme na doutrina acerca do simbolismo penal, o presente estudo adota a perspectiva apresentada por Winfried Hassemer: "Existe um acordo global a respeito da direção na qual se busca o fenômeno do Direito Simbólico: se trata de uma posição entre 'realidade' e 'aparência', entre 'manifesto' e 'latente', entre o

Nesse seguimento, os recortes político-criminal e teórico designados para este estudo são orientados pela Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal, sepultando, ao menos formalmente, uma tradição administrativa-inquisitorial do processo de Execução Penal no Brasil[2]. Ocorre que pouco mais de três décadas após a sua promulgação, exsurgem projetos legislativos propondo reformulações, adjetivando-as, inclusive, como necessárias, tendo em vista a evidente crise do sistema carcerário.

Dados de 2017, divulgados pelo Ministério da Justiça, apontam o Brasil como o país titular da terceira maior população prisional do mundo[3], estando atrás, somente, dos Estados Unidos e da China. Para Salo de Carvalho, esse fenômeno é resultado das mudanças legislativas ocorridas no final do Século XX e início do

'verdadeiramente desejado' e o 'diversamente aplicado'; e se trata sempre dos efeitos reais das leis penais. 'Simbólico' se associa com 'engano', tanto em sentido transitivo como reflexivo" (HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de Bienes Jurídicos. Trad. Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.). *Pena y castigo*. Santiago: Conosur, 1995. p. 28.). Ainda segundo Hassemer, o simbólico "consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma" (HASSEMER, Winfried. *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 221). Em outras palavras, o simbolismo penal corresponde a "uma ilusão que induz a acreditar que o sistema penal vá cumprir algo que não pode cumprir" (DAVID, Décio Franco. *Simbolismo*: o hambúrguer do marketing político-criminal. Escola Superior de Direito Público – ESDP. 28.11.2016. Disponível em: [http://esdp.net.br/simbolismo-o-hamburguer-do-marketing-politico-criminal]. Acesso em: 13.02.2018).

2. BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do preso e as leis do cárcere*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 109.

3. Segundo dados do censo do Infopen 2017, os estabelecimentos prisionais nacionais perfizeram, em junho de 2016, uma população carcerária de 726.712 presos, para apenas 282.450 vagas (dados disponíveis em: [http://emporiododireito.com.br/uploads/filemanager/source/relatorio_2016_23-11.pdf]). Comprovando-se, portanto, a situação caótica do sistema prisional. É possível ter um esboço visual do problema carcerário por intermédio do livro *As marcas do cárcere* de Leandro Ayres França, Alfredo Steffen Neto e Alysson Ramos Artuso, no qual se encontram várias fotografias de estabelecimentos prisionais no Rio Grande do Sul (FRANÇA, Leandro Ayres; STEFFEN NETO, Alfredo; ARTUSO, Alysson Ramos. *As marcas do cárcere*. Curitiba: iEA Sociedade, 2016, em especial p. 61-62). Ademais, torna-se salutar mencionar que a situação, no Estado do Paraná, foi enfrentada no MSCC 814172-6, da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, tendo ocorrido a interdição do Presídio Hildebrando de Souza, na cidade de Ponta Grossa (TJPR, MSCC 814172-6, 5ª Câm. Criminal, Ponta Grossa, rel. Jorge Wagih Massad, v.u., j. 02.02.2012).

Século XXI, pautadas pelo procedimento de individualização científica da pena proposto pelo paradigma *penal-welfare*[4] e a influência da racionalidade punitivista nos atores jurídicos[5].

Nesse mesmo período, efetiva-se o fenômeno da globalização[6], que a partir de uma direta interferência sociocultural, incorpora o discurso da insegurança e do medo como um dos principais problemas sociais dos Estados ocidentais[7], demonstrando uma característica extremamente peculiar da atualidade: "a *politização* do Direito Penal, por meio da utilização política da noção de segurança"[8]. Como consequência, as atividades legislativas ampliam as hipóteses de criminalização primária, enrijecendo o modo de execução das penas, evidenciando que a opção político-criminal autoritária de recrudescimento dos aparelhos punitivos tem obtido êxito[9], principalmente para a "clientela tradicional" do Direito Penal[10], ampliando ainda mais os abismos sociais e classistas[11].

4. CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 16.
5. Especificamente sobre esse âmbito de punição: DAVID, Décio Franco; SALOMÃO NETO, Antônio. Fetichismo e pena: reflexões sobre psicanálise no direito penal. *Revista O Mal-Estar no Direito*, v. 2, n. 2, p. 1-17, set. 2016; SMANIOTTO, João Vitor Passuello; DAVID, Décio Franco. Parcialidade e fetiche: Freud explica. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017. p. 224-230.
6. Sobre os efeitos da globalização no Direito Penal: SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 107-112; COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. *O fenômeno da globalização e seus reflexos nas ciências criminais*. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 87-126.
7. Galeano descreveu precisamente esse fenômeno: "Num mundo que prefere a segurança à justiça, há cada vez mais gente que aplaude o sacrifício da justiça no altar da segurança. Nas ruas das cidades são celebradas as cerimônias. Cada vez que um delinquente cai varado de balas, a sociedade sente um alívio na doença que a atormenta. A morte de cada malvivente surte efeitos farmacêuticos sobre os bem-viventes. A palavra farmácia vem de *phármakos*, o nome que os gregos davam às vítimas humanas nos sacrifícios oferecidos aos deuses nos tempos de crise" (GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*: a escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM, 2015. p. 81).
8. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal*: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 33.
9. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 38 e ss.
10. Essa ampliação do encarceramento resulta em um social-panoptismo, como bem define Loïc Wacquant (WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 119).
11. Demonstrando que esse problema não é exclusivo de países subdesenvolvidos, Alessandro De Giorgi comenta como os Estados Unidos da América e a Europa ampliaram a

Um dos exemplos legislativos mais expressivos dessa tendência punitivista foi a redação – e, principalmente, suas posteriores modificações – da Lei 8.072/90, que dispõe sobre o aumento das penas dos delitos classificados como hediondos e, no âmbito da execução penal, estabeleceu, originariamente, que a pena prevista deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, tendo sido modificada tal previsão apenas em 2007[12]. Ainda assim, a reforma não foi das mais adequadas, pois impôs a obrigatoriedade de cumprimento inicial de pena em regime fechado, o qual foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2012[13]. Além disso, o alusivo diploma impossibilita a concessão de anistia, graça, indulto e fiança aos praticantes de crimes hediondos[14].

Diante dessa lógica punitivista, restringida ao mero consequencialismo e justificada pelo aumento dos delitos, objetiva-se verificar a multiplicidade de

---

punição da pobreza, nas palavras do autor: "Estudos recentes demonstram, além disso, que o aumento da severidade penal foi mais profundo exatamente nos estados norte-americanos que primeiro se mobilizaram para reduzir as medidas de *welfare* (por exemplo, Texas, Califórnia, Lousiana, Arizona). O fato de a população carcerária ser constituída em sua imensa maioria por pobres, desempregados e subempregados não é nenhuma novidade; ao contrário, trata-se de uma constante histórica que os recentes acontecimentos americanos serviram apenas para evidenciar. O que mudou, porém, e de modo significativo, foi a relação entre instituições sociais e instituições penais na gestão da pobreza. As 'populações problemáticas', vale dizer o *surplus* de força de trabalho determinado pela reestruturação capitalista pós-fordista, são geridas cada vez menos pelos instrumentos de regulação "social" da pobreza e cada vez mais pelos dispositivos de repressão penal do desvio (...) Não é difícil identificar os traços que parecem aproximar o grande internamento europeu ao norte-americano. Nos últimos dez anos as taxas de aprisionamento aumentaram em cerca de 40% na Itália, Inglaterra e França, 140% em Portugal, 200% na Espanha e nos Países Baixos. Os únicos países onde foi registrada uma ligeira contra-tendência foram a Alemanha, a Áustria e a Finlândia (...) Se é verdade que nos Estados Unidos o cárcere tende a se tornar cada vez mais 'negro' e 'pobre', os mesmos fenômenos também são observáveis nas prisões da Europa. Os migrantes estão super-representados em todos os sistemas carcerários europeus. Na Itália, por exemplo, de 1990 até hoje o percentual de migrantes no total da população carcerária passou de 15% para 30%. Esse dado é efetivamente preocupante se levarmos em conta que os migrantes constituem apenas cerca de 2% da população residente no país (GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 96-97).

12. Cf. art. 2º, § 1º, com redação dada pela Lei 11.464/2007.
13. Especificamente quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o Supremo Tribunal Federal se manifestou, em decisão do pleno, em 2012 pela declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos (HC 111840, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 27.06.2012, *DJe* 17.12.2013).
14. Originariamente, a referida lei vedava, igualmente, a concessão de liberdade provisória, sendo tal vedação revogada com a Lei 11.464/2007.

fatores que influenciam a crise do sistema penitenciário. Fatores esses que podem ser exemplificados pela sensibilidade e capacidade do Judiciário em atuar nas execuções penais e, principalmente, pelas escolhas políticas que são tomadas no âmbito das casas legislativas.

Assim, este estudo apresenta uma análise acerca das produções normativas da Câmara dos Deputados e da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, nos dois últimos anos eleitorais (2010 e 2014), no que diz respeito a projetos relativos ao sistema de progressão dos regimes prisionais e o intuito das políticas de segurança pública. Portanto, o que se pretende indagar não paira sobre a aparente carência normativa, mas sim a respeito da efetiva aplicação e implementação da legislação vigente, demonstrando se existem preocupações dos legisladores nesse sentido durante os anos eleitorais, ou se a produção de tais períodos ignora completamente a realidade prisional, apresentando-se medidas puramente eleitoreiras.

2. Notas metodológicas da pesquisa realizada

Traduzido pela indagação previamente apontada, o objeto deste estudo consiste na pesquisa por projetos de lei apresentados nos anos de 2010 e 2014, tanto no âmbito federal como estadual. É necessário ressaltar que, inicialmente, a finalidade dessa análise era de examinar os projetos de lei que, seguindo os preceitos da Lei de Execução Penal, abordassem exclusivamente a manutenção e efetivação de progressão dos regimes aberto, semiaberto e fechado. Todavia, devido ao número limitado de projetos que se preocupam com essa temática, principalmente no que diz respeito ao regime aberto e às chamadas Casas do Albergado (regra geral para o regime aberto), optou-se por expandir a análise dos projetos de lei, de forma a abranger mais características, bem como a possibilidade de encontrar uma amostra maior.

Assim, a coleta dos dados foi realizada nos *sites* da Câmara dos Deputados e da Assembleia Legislativa do Paraná[15], por meio da busca por projetos de lei que se associem com as seguintes palavras-chave: *regime aberto, regime semiaberto, regime fechado, prisão, pena, albergado*.

15. Uma observação: optou-se por não incluir na pesquisa o Senado Federal pelo aspecto de representação simbólica existente nos cargos de deputados (estaduais e federais) como *verdadeiros representantes do povo* e não dos Estados. Além da regular divisão política instituída pelo texto constitucional quanto à função de representação desses cargos, destaca-se que há um número exorbitante de projetos vinculados a propostas simbólicas e absurdas, sempre direcionado ao campo populista de pior nível possível, demonstrando que o senso comum transcende as redes sociais e se instaura no Legislativo.

Destaca-se que o *site* da Câmara dos Deputados possibilita a pesquisa pelo tipo da proposição, situação do projeto, autor e partido que originou a proposição, informações sobre o regime de tramitação, pareceres e a justificativa do projeto de lei. No que tange ao *site* da Assembleia Legislativa do Paraná, ele oferece a busca pelo tipo da proposição, assunto, autoria da proposta normativa, o *status* e local atual do referido texto, bem como sua justificativa.

Realizada essa etapa, os projetos de lei foram classificados, em um primeiro momento, como aplicáveis ou não aplicáveis ao objetivo do estudo, sendo os não aplicáveis descartados por não manifestarem em seu conteúdo qualquer correlação com a esfera do direito penal, como se percebe nos seguintes projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados:

> A. PL 8023/2010 – Trata-se de Projeto que visa à integração agropecuária, estabelecendo condições, obrigações e responsabilidades contratuais. De autoria da Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural, a referida proposta não apresenta justificativa e encontra-se apensada ao PL 4378/1998[16].
>
> B. PL 7581/2014 – Este Projeto dispõe sobre o exercício das atividades de transporte interestadual de passageiros, e dá outras providências. A justificação do Deputado Marco Tebaldi é a de possibilitar aos usuários a liberdade de escolha da forma de locomoção e dos meios de transporte mais adequados às suas necessidades. Atualmente, *o presente Projeto está aguardando a designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* (CCJC)[17].

Após essa análise, com o intuito de destacar os projetos que manifestavam correlação com o sistema prisional, fora realizada uma segunda classificação, fragmentando os projetos aplicáveis em dois grupos: (i) o primeiro composto por projetos de lei que expressam relação direta com as palavras-chave, de modo a vincular suas ações ao ingresso ou a estrutura do sistema prisional; (ii) já o segundo grupo consiste em propostas que guardam correspondência com a temática penal, mas de forma paralela ao objetivo do presente estudo, provocando,

16. BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8023/2010. Dispõe sobre a integração vertical na agropecuária, estabelece condições, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e agroindústrias integradoras, e dá outras providências. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=489913]. Acesso em: 15.01.2018.
17. BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7581/2014. Dispõe sobre o exercício das atividades de transporte rodoviário interestadual de passageiros, e dá outras providências. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616259]. Acesso em: 15.01.2018.

por consequência, a sua exclusão da análise final, tal como representa o Projeto 7915/2010:

> A. PL 7915/2010 – Cuida-se de Projeto que dispõe sobre a criminalização de condutas envolvendo recursos hídricos, através de inclusão de tipos penais na Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997, e dá outras providências. A justificação do Deputado Cleber Verde encontra-se fundamentada na necessidade de tipificar condutas que atentam contra as águas brasileiras. Neste momento, o Projeto encontra-se *aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)*[18].

Por fim, objetivando selecionar as proposições que demonstravam correspondência com a Lei de Execução Penal, efetuou-se uma última classificação. Nela, os projetos aplicáveis ao estudo estão subdivididos em outros três grupos: (i) *positivos*, que buscam efetivar as previsões da LEP, estando assim, de acordo com os preceitos abarcados por esta normativa; (ii) *negativos*, referentes àqueles projetos que não buscam cumprir com a finalidade da referida norma; e (iii) *alternativos*, que propõem métodos análogos à execução, tendo em vista a impossibilidade de materialização da legislação.

Conforme exposto, para aqueles projetos de lei encontrados que seguiam o critério de aplicabilidade e posterior análise de estudo, tornou-se necessária a elaboração de tabelas para organização e sistematização das informações obtidas, as quais estão disponíveis em anexo e, igualmente, para livre acesso no endereço eletrônico: [www.academia.edu/36539501/AN%C3%81LISE_DOS_PROJETOS_DE_LEI_APRESENTADOS_NO_ANO_DE_2010].

Dessa forma, para cada palavra-chave foram estruturadas duas tabelas[19], sendo que a primeira apresenta um apanhado geral da investigação, contendo data de limitação da busca, tipo de proposição, número de resultados e número de projetos aplicáveis. Por sua vez, a segunda apresenta o conteúdo expresso nas propostas normativas aplicáveis ao estudo, exibindo, portanto, qual a identificação da proposição, ementa, justificativa e a atual situação do referido projeto.

Em conclusão, quanto à forma de abordagem desta pesquisa, optou-se por realizar uma análise quantitativa, uma vez que se trabalha com variáveis expressas,

18. BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7915/2010. Dispõe sobre a criminalização de condutas envolvendo recursos hídricos, através de inclusão de tipos penais na Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997, e dá outras providências. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=486909]. Acesso em: 15.01.2018.

19. Para melhor compreensão dos dados adiante apresentados, sugere-se a visualização das alusivas tabelas no endereço eletrônico acima indicado.

sob a forma de dados numéricos e técnicas estatísticas, para classificá-los. Ainda, objetivando uma avaliação mais complexa das informações coletadas, fez-se necessário um exame analítico, de modo a procurar entender as relações de causas e efeitos entre os dados obtidos e a política penal legislativa[20].

3. Resultados: um panorama acerca da política legislativa nos anos de 2010 e 2014 em matéria de regimes prisionais

O levantamento dos dados normativos apresentados à Câmara dos Deputados resultou, para o ano de 2010, um total de 207 projetos de lei, e para o ano de 2014, a somatória de 256. Em que pese a pesquisa tenha originado um número de projetos de lei para cada palavra-chave utilizada, ressalta-se que, devido àqueles que se repetiram, bem como aos que foram excluídos da análise, seja por não tratarem de matéria penal ou por abordarem, paralelamente, a temática, o estudo teve sua amostra reduzida.

Isso posto, observou-se que durante o ano de 2010, comparando a busca inicial e a obtenção dos projetos classificados como aplicáveis ao estudo, os termos de busca apontaram, respectivamente, os seguintes resultados:

A. *regime aberto:*14 (busca inicial) e 9 (aplicáveis);

B. *regime semiaberto:* 6 (busca inicial) e 6 (aplicáveis);

C. *regime fechado:* 8 (busca inicial) e 6 (aplicáveis);

D. *prisão:* 30 (busca inicial) e 13 (aplicáveis);

E. *pena:* 149 (busca inicial) e 17 (aplicáveis);

F. *albergado:* nenhum resultado.

Desse total de 51 projetos, identificados na primeira e segunda fases do estudo, observou-se que 31 se repetem[21], totalizando, portanto, apenas 20 proposições para serem analisadas conforme a terceira fase.

Quanto ao ano de 2014, foram constatados, segundo essa mesma premissa, a seguinte configuração:

A. *regime aberto:* 19 (busca inicial) e 5 (aplicáveis);

B. *regime semiaberto*: 12 (busca inicial) e 6 (aplicáveis);

C. *regime fechado*: 13 (busca inicial) e 5 (aplicáveis);

20. FONTELLE, M. et al. *Metodologia da pesquisa científica*: diretrizes para a elaboração de um protocolo de pesquisa. Núcleo de Bioestatística Aplicado à pesquisa da Universidade da Amazônia – UNAMA, 2009. p. 5-6.

21. Os projetos que se repetem estão assinalados com o símbolo (*) em todas as tabelas.

D. *prisão:* 47 (busca inicial) e 14 (aplicáveis);

E. *pena:* 164 (busca inicial) e 18 (aplicáveis);

F. *albergado*: apenas um projeto.

Assim, as proposições legislativas aplicáveis ao estudo totalizaram 49 resultados, de modo que, ao subtrair aquelas que se repetiram, restaram apenas 23 para posterior análise.

Seguindo a ordem de classificação adotada, na terceira fase, em que se realiza uma especificação segundo os critérios *positivo*, *negativo* e *alternativo*, certifica-se no período de 2010, entre os 20 projetos, os seguintes dados: 9 projetos positivos (3 arquivados, 5 em aberto[22] e 1 transformado em norma jurídica); 8 projetos negativos (3 arquivados e 5 em aberto); e por fim 3 projetos alternativos (2 arquivados e 1 em aberto). No tocante ao ano de 2014, os 23 projetos de lei apresentam-se da seguinte forma: 13 projetos positivos (3 arquivados e 10 em aberto); 8 projetos negativos (2 arquivados e 6 em aberto); e 2 projetos alternativos, estando ambos em aberto.

À primeira vista, comparando apenas projetos positivos e negativos, pode aparentar a falsa impressão de que as ações propostas estão em consonância com os preceitos humanísticos da Lei de Execução Penal, uma vez que os projetos positivos são numericamente maiores que aqueles que tendem ao descumprimento da referida Lei.

No entanto, é necessário ressaltar que o parâmetro de análise para a classificação dos projetos é objetivo, ou seja, estar ou não de acordo com algum preceito da LEP. Por esse motivo, algumas propostas classificadas como positivas não necessariamente conduzem a medidas protetivas, como se observa do PL 7675/2014:

> A. PL 7675/2014 – Trata-se de Projeto que visa alterar a Lei 7.210/84, para permitir que empresas e instituições não governamentais possam contratar, sem vínculo empregatício, o egresso penitenciário pelo período de cinco anos. De autoria do Deputado Renato Molling, a referida proposta visa estimular contratações desses egressos diante do benefício da não incidência dos encargos vinculados ao trabalhador com carteira assinada, ficando o estabelecimento responsável apenas pelo pagamento do salário acordado entre as partes. Atualmente o Projeto encontra-se apensado ao PL 6977/2010[23].

22. Optou-se por abranger os projetos que estão tramitando; em pauta na comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania; ou apensados a outro PL, na expressão "em aberto".

23. BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7675/2014. Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, para permitir que empresas e instituições não governamentais

Ainda, isso é evidenciado quando foram comparados os projetos aplicados nas tabelas com os que, de forma paralela, relacionam-se com a esfera penal. Muito embora essas proposições tenham sido excluídas da análise, faz-se necessário demonstrar a quantidade expressiva de projetos que visam à tipificação de condutas e/ou ao agravamento de penas, e, por consequência, o expansionismo penal. No ano de 2010 foram constatados 53 projetos e no ano de 2014, 61.

Por fim, correspondente aos resultados obtidos com a palavra-chave *albergado*, se observou em 2010 a completa ausência de propostas legislativas que tratassem da pesquisa. Em 2014, apenas um projeto apontou esta temática, mas como uma forma de ação alternativa diante da evidente falta desse estabelecimento nos municípios brasileiros. Cuida-se do PL 8083/2014 que propõe, segundo sua justificativa, a substituição de atividades do condenado em regime aberto pelo cumprimento de penas restritivas de direito[24].

No tocante à pesquisa por projetos de lei no site da Assembleia Legislativa do Paraná, constatou-se a inexistência de resultados com as palavras-chave selecionadas para este estudo. Por conseguinte, optou-se pela realização de uma pesquisa mais ampla, seguindo o tema "Segurança Pública", que, ainda assim, sinalizou poucos projetos de lei.

Referente ao ano de 2010, foram obtidos 17 resultados de acordo com o tema pesquisado. Desses, apenas dois foram classificados como aplicáveis. Destaca-se que nenhum dos projetos faz referência à progressão de regimes, mas, sim, objetivavam compensação fiscal aos municípios que abrigassem unidades prisionais. Os dois projetos foram categorizados como alternativos.

Concernente ao ano de 2014, oito propostas legislativas foram apontadas na pesquisa. Entretanto, apenas uma delas manifestou relação com o objeto desta, sendo classificada como alternativa. Cuida-se do PL 231/2014, no qual buscou estabelecer, por meio de ação estatal, medidas compensatórias e de redução dos efeitos negativos ocasionados pela instalação de estabelecimentos prisionais[25].

---

possam contratar, sem vínculo empregatício, o egresso penitenciário pelo período de 5 anos. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=618364]. Acesso em: 15.01.2018.

24. BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8083/2014. Altera os arts. 36 e 44 do Código Penal, bem como o art. 115 da Lei de Execução Penal, que tratam do regime aberto. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=744752]. Acesso em: 15.01.2018.

25. PARANÁ. Assembleia Legislativa do Paraná. Projeto de Lei 231/2014. Estabelece a execução, pelo estado, de ações compensatórias e de minimização dos efeitos negativos gerados por unidades prisionais nos municípios onde são instaladas, bem como da

Dessa forma, nota-se que a atual produção de política penal legislativa, preocupa-se exclusivamente em discutir a eficácia, ou em sua maioria, a ineficácia das instituições de controle. Todavia, mostra-se oportuno, nesse momento em que a insegurança paira sobre a sociedade, também questionar o que há de simbólico nessas políticas penais propostas.

4. Lei de Execução Penal: do marco histórico ao seu esquecimento

Quando a prisão imperou como a principal solução penológica aos indivíduos que transgrediam os limites impostos normativamente, regeu durante muitos anos, principalmente a partir do Século XIX, um ambiente otimista e convicto de que a prisão por si só seria um instrumento idôneo para realizar as finalidades propostas pela pena. Cezar Roberto Bitencourt aponta para a crença de que esse poderia ser um meio adequado de conseguir a reabilitação do delinquente[26].

Entretanto, o autor também aborda que esse otimismo vem dando lugar para atitudes menos esperançosas, vez que os resultados obtidos com essa concepção tradicional de prisão não foram efetivos em alcançar sua finalidade. Por isso, passou a dominar a convicção de que o encarceramento não é a única forma de assumir esse caráter punitivo, levando, desse modo, à adoção de políticas substitutivas da pena em cumprimento de regime fechado, bem como se atentando para políticas de execução penal mais humanitárias[27].

Diante disso, a Reforma Penal de 1984, sob a gerência do Ministro Francisco de Assis Toledo, tentou seguir esse viés mais liberal, adotando, entre outras restaurações, alternativas menos agressivas que a pena privativa de liberdade, entre elas, as penas restritivas de direitos e as multas pecuniárias[28].

---

elaboração de estudos prévios de seus impactos. Disponível em: [http://portal.alep.pr.gov.br/index.php/pesquisa-legislativa/proposicao?idProposicao=48617]. Acesso em: 15.01.2018.

26. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1. p. 1291.

27. Ibidem, p. 1292 e ss.

28. Ibidem, p. 1337. Em comentário sobre o processo das reformas da década de 80, Miguel Reale Júnior afirmou: "Tenta-se, na Reforma Penal, uma postura realista, sem ortodoxias e comprometimentos teóricos, instaurando-se um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca humanizar o Direito Penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento; que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade" (REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense,

Paralelamente, a Lei de Execução Penal, também promulgada em 1984, é considerada um marco político criminal no âmbito jurídico normativo. Isso porque, representa um grande avanço ao sentenciado de uma decisão penal condenatória, posto que tem como princípios basilares a constitucionalização e humanização da pena[29]. O intuito da norma, por conseguinte, é proporcionar condigna segurança jurídica e harmônica integração social do apenado, demonstrando sua clara finalidade ressocializadora[30].

1983. p. 48). Sobre o histórico da evolução legislativa e consequente modificação da ideologia de punição: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 371-373; DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 123-135.

29. Objetivos que há muito se aguardavam em nível legislativo, conforme afirmava René Ariel Dotti anos antes da reforma de 1984: "Atualmente e no plano federal, o sistema contém preceitos do Código Penal que estabelecem princípios e regras alusivas ao cumprimento das penas (art. 30 e s.) e da Lei 3.274 de 2 de outubro de 1957 contendo normas gerais do regime penitenciário. No plano estadual, as leis locais e os provimentos do Poder Judiciário, completados pelos regimentos internos dos estabelecimentos, compõem o quadro normativo. Mas o avanço da doutrina e dos atuais projetos e diplomas legais no domínio do Direito de Execução Penal está exigindo um conjunto de textos fundamentais para orientar a execução de todas as penas e medidas de segurança, sem prejuízo de uma legislação supletiva que atenda às peculiaridades locais" (DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba: Edição Saraiva, 1980. p. 395).

30. No art. 1º da Lei 7.210/84, houve relevante proteção aos sentenciados, representando a busca de uma reintegração social harmônica do condenado ou internado à sociedade. Revela-se, portanto, um gradual "abandono" do caráter exclusivamente punitivo da pena, inserindo uma preocupação com o egresso ao ponto de reintegrá-lo ao meio social. Nesse sentido, preconiza Ricardo Augusto Schmitt: "Podemos afirmar que o atual sistema de execução de penas privativas de liberdade nos traz a certeza de que, independente do crime praticado, de sua natureza e de sua gravidade, mais cedo ou mais tarde (num determinado dia) o condenado irá retornar ao convívio social. Pois, se assim não o fosse, se nossa Carta Magna não partisse da premissa maior em busca da regeneração da pessoa humana (do condenado), nada impediria que inserisse nos seus mecanismos de inibição criminal o confinamento penitenciário perpétuo e até mesmo a pena capital, o que não o fez. E, com isso, se assim o constituinte não agiu, é porque o fez em homenagem ao princípio da individualização da pena, valorando e elevando, igualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), como forma de buscar sempre (e sempre) a regeneração do encarcerado. Diante disso, podemos concluir que a execução da pena está centrada num sistema de (re)inserção do condenado à vida em sociedade, revelando-se como a verdadeira mola mestre para realizar a harmônica (re) integração social do condenado (reeducando) ao convívio social" (SCHMITT, Ricardo Augusto. Princípio da individualização da pena: uma (re)leitura constitucional. In: FÖPPEL, Gamil (Coord.). *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio*: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 792).

Para tanto, a Lei 7.210/84 invoca direitos e deveres do condenado, de modo a incorporar determinadas garantias, tais como a assistência jurídica, médica, educacional, social e material, que consistem na ênfase dada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por outro lado, também incumbe aos órgãos estatais o papel de executar, de forma eficiente, as garantias e medidas de segurança do procedimento, dando, ao menos formalmente, a devida proteção aos condenados.

Assim, a referida norma evidencia um ideal de concretude na execução da pena que, por meio de um viés garantista, simboliza um notável avanço legislativo. A natureza humanista nos instrumentos por ela previstos proporciona à comunidade um sistema razoável, harmônico e proficiente[31]. Afinal, a política criminal na execução da pena "deve ser voltada à sua humanização, de forma a estimular instrumentos sancionatórios mais humanos e que evitem o máximo possível a privação da liberdade. E é aí que se encontra o maior paradoxo a ser enfrentado: a superpopulação carcerária é uma realidade e a criminalidade, principalmente a de massa, continua crescendo"[32]. Por tais motivos, exige-se, cada vez mais, que "o Estado execute políticas voltadas ao respeito à dignidade humana do recluso e lhe ofereça meios para que possa viver um tempo futuro fora das grades"[33].

Todavia, os direitos e obrigações dispostos nesta Lei não costumam ser praticados pelos sujeitos ao quais elas se destinam, criando um cenário fantasioso em que se finge o cumprimento das normas impostas pela LEP[34]. Como consequên-

31. Em consonância com as disposições constitucionais de aplicação de penas, cumprindo não apenas as garantias constitucionais, mas os próprios direitos do preso previstos na Lei de Execução Penal, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 804-813; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Op. cit., p. 118.

32. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. O sistema penitenciário e a política criminal na execução da pena. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica*: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 606.

33. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Loc. cit.

34. Conforme advoga Eduardo Pereira Santos: "A dramática realidade carcerária atual e a insegurança urbana, dois monstros que sufocam a comunidade, nada têm a ver com a Lei de Execução Penal. E tanto não têm que esta, na verdade, nunca foi cumprida na quase totalidade dos seus dispositivos. Fosse cumprida e certamente outro o quadro com que agora se depara. É inegável que o diploma é ainda hoje bom e adequado e passível de funcionamento, e a rigor nem precisaria de substancial reforma, senão de atualização e adequação em poucos pontos. Ninguém o levou a sério, entretanto, como

cia, há um desequilíbrio entre as relações de Estado e indivíduo, o que, por sua vez, inviabiliza o propósito produtivo almejado pela legislação[35]. A insuficiência de propostas que implementem as chamadas Casa do Albergado, como supracitado nos resultados, evidenciam uma despreocupação da atual política legislativa em viabilizar a correta execução do regime aberto.

Com previsão já na Lei 6.416/77[36], a prisão-albergue demanda por iniciativas para sua implementação, tal como versa em seu art. 30, § 6º, inciso II. Ainda, a Lei de Execução Penal, em seu art. 95, estabelece que "em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras. Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados".

Ocorre que, segundo dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, publicados em 2014, o País contava com apenas 57 casas do albergado masculinas e 07

---

era imperioso. Um diploma vital para a boa distribuição da justiça, para o correto dimensionamento da questão do homem preso, um guia seguro para resolver a contento o problema penitenciário, pleno de alternativas, que buscou a integração do corpo comunitário e prestigiou o poder discricionário do Juiz, criminosamente, não foi cumprido a sério pelas autoridades públicas" (SANTOS, Eduardo Pereira. Execução criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan.-mar. 2002. p. 109). No mesmo sentido, é o alerta de Amilton Bueno de Carvalho: "todos, absolutamente todos, sabemos que a vida prisional agride tanto a Constituição Federal, quanto a lei de Execução Penal. Na verdade, sinto-me muito mal em ter que procurar demonstrar isso. Todos, absolutamente todos, sabemos que as prisões brasileiras são, no mínimo, masmorras medievais. O grau de odiosidade é insuportável, agressivamente insuportável. São destinadas para a destruição do outro, embora se tenha discurso hipócrita da ressocialização: um sofrimento estéril, ensina Louk Houlsmann, a dor pela dor. A transformação do bicho-homem em homem-bicho" (CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 16).

35. Salo de Carvalho afirma que a perspectiva da ressocialização implementada pelas reformas de 1984 foi corrompida com as mudanças impostas por leis com mecanismos ideológicos distintos, sendo que o primeiro *golpe* ocorre com a promulgação da lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/1990) (CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 300-308).

36. BRASIL. Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6416.htm]. Acesso em: 31.01.2018.

femininas, totalizando 64 unidades[37]. A carência de estabelecimentos prisionais desse tipo e a falta de vagas nesses lugares fazem com que os detentos cumpram suas penas em penitenciárias comuns, em prisão domiciliar ou até mesmo em liberdade, havendo o descumprimento dos preceitos determinados em lei, o que demonstra o total descaso estatal sobre o tema.

Ainda nesse contexto de negligências, ressalta-se que do conjunto de projetos selecionados, apenas duas propostas, uma em cada ano estudado (2010 e 2014, respectivamente), apresentaram medidas voltadas, de alguma forma, à situação da mulher no cárcere. Não obstante estatísticas[38] demonstrarem que a maioria dos ingressos no Sistema Penitenciário são homens, quando comparados às mulheres, a condição destas nessa esfera possui particularidades importantes ligadas a condição de gênero[39], mas que são, evidentemente, menosprezadas por atores jurídicos[40]. Não por outra razão, Eduardo Pereira Santos afirma que "mesmo os dispositivos de alguma forma observados não atingem completamente o intuito do legislador, pela morosidade crônica dos órgãos de execução, pelas dificuldades burocráticas, pela ausência de estrutura, pela falta de visão de alguns operadores da área, dentre outros motivos"[41].

Dentre os diversos entraves à efetiva aplicação da Lei de Execução penal, merece especial destaque a chamada etapa pré-legislativa, posto que ela se consubstancia em um momento decisório do perfil de escolha político legislativa, conforme se apresenta adiante.

---

37. BRASIL,Governo.*Brasilpossui1478estabelecimentospenaispúblicos*.Disponívelem:[www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/brasil-possui-1478-estabelecimentos-penais-publicos]. Acesso em: 28.01.2018.

38. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização: Jun. 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 01.02.2018.

39. Ibidem, p. 19. "Em relação à destinação dos estabelecimentos por gênero, observa-se a tendência já expressa em levantamentos anteriores do Infopen19, de que a maior parte dos estabelecimentos penais foram projetados para o público masculino. 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 17% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino."

40. Algumas dessas mazelas são narradas por Drauzio Varella baseadas em sua experiência com trabalho médico voluntário no sistema prisional, em especial na Penitenciária Feminina de São Paulo, cf.: VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 13 e ss.

41. SANTOS, Eduardo Pereira. Op. cit., p. 115.

5. A construção legislativa e a legitimação da insegurança

A construção legislativa não se delimita apenas pelos moldes de regimentos internos. Ela está, em verdade, diretamente vinculada com a participação social e a discussão de temas ditos relevantes[42]. E por esse motivo, destaca-se que, no âmbito jurídico penal, as relações de poder existentes entre os atores políticos nacionais supervalorizam estratégias comunicacionais revestidas pela crença de que uma maior agressividade na criminalização seria a chave para a obtenção de segurança e resolução de problemas sociais.

Segundo versa Ana Claudia Cifali, "a etapa pré-legislativa é concluída quando uma insatisfação social em relação à ausência, presença ou modo de intervenção penal estabiliza-se e é conhecida pela sociedade de maneira geral. Ainda, tem-se que a insatisfação é potencializada quando carregada emocionalmente, em especial quando tal emoção assume a forma de medo em relação ao delito"[43]. A autora ainda observa que, muito embora a inflação legislativa não seja apenas uma realidade examinada na esfera do Direito Penal, constantemente a elegem como aquela que detém alçada para a resolução de casos de alarme social. São as políticas de controle penal que ganham destaque quando o assunto envolve conflitos sociais, e isso se deve, muitas vezes, à existência de um ambiente envolto por inseguranças. Consequentemente, as reivindicações de natureza repressiva e o seu grande atendimento pelos governantes propiciam o cenário perfeito para aqueles que visam proventos midiáticos e eleitoreiros[44].

Ocorre que a criação de normas penais fomentadas pelas inseguranças sociais e pelos anseios da comunidade é, em certa medida, algo compreensível. O problema se manifesta quando medidas de intervenção penal são legitimadas sem um diagnóstico aperfeiçoado da finalidade do problema a ser enfrentado, bem como das causas e efeitos dessa intervenção legislativa sobre a interação entre o corpo social e o sistema criminal. Dessa forma, não se trata somente de diplomas legislativos e sua aplicabilidade, mas sim de todo um sistema de critérios, princípios e valorações que o papel do legislador representa[45].

---

42. CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010. p. 205.
43. CIFALI, Ana Claudia. *A política criminal brasileira no Governo Lula (2003-2010)*: dizeres, reformas legais e impacto carcerário. São Paulo: IBCCRIM, 2016. p. 103.
44. Ibidem, p. 99.
45. Sobre o assunto: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*: práctica y teoría. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 27-30; CIFALI, Ana Claudia. *Loc. cit.*, p. 103-104.

6. Luz, câmara e inação

No cenário político, o legislador é aquele que recepciona as demandas sociais e as racionaliza em lei. A sua figura é traduzida, portanto, naquela que detém poder de formação de interesses. Todavia, a simples observação daquilo que a vontade geral manifesta, em verdade, não corresponde com o ideal exercício de seu papel[46].

Assim, o legislador deve ser aquele que, em primeira mão, subordina os interesses particulares em prol dos interesses públicos, de modo a analisar se o corpo social estará apto para suportar aquilo que objetiva seu texto normativo[47]. Nas palavras de Rousseau, "assim como, antes de erguer um grande edifício, o arquiteto observa e sonda o solo para verificar se sustentará o peso da construção, o instituidor sábio não começa por redigir leis boas em si mesmas, mas antes examina se o povo a que se destinam mostra-se apto a recebê-las"[48].

Muito embora esses atributos possam parecer óbvios, a discussão acerca do desempenho deste papel ainda paira sobre a sociedade, revelando-se em preocupação sobre quais desdobramentos que este poder, em demasia, pode acarretar.

Diante desse quadro, faz-se necessário destacar a elaboração do Projeto de Lei 4373/2016, que, apesar de não fazer parte da amostra deste estudo, é merecedor de aplausos porque dispõe sobre a criação da Lei de Responsabilidade Político-Criminal. De autoria do deputado federal Wadih Damous, cuida-se de projeto que visa a instauração de um Conselho de Análise de impacto social e orçamentário de propostas penais, com o propósito de "evitar o uso desmedido e irracional do direito penal"[49]. Relata o referido Deputado que aqueles projetos de lei que alteram o direito e o processo penal, de modo a tipificar condutas ou endurecer a execução da pena, são apresentados sem qualquer investigação empírica e, muitas vezes, votados sem que haja uma discussão sobre a proporção de seus impactos na sociedade.

Esse cenário permite inferir que, apesar de existir um processo legislativo que invoca anteparos, como garantia da segurança jurídica e proteção dos direitos

46. ZIMMERMANN JR., Giovani Luiz. A vontade geral e o papel do legislador em Rousseau. *Diaphonía*, Toledo, v. 2, n. II, 2016. p. 56.

47. Idem.

48. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 54.

49. BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4373/2016. *Cria a Lei de Responsabilidade Político-Criminal*. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077166]. Acesso em: 29.01.2018.

individuais, o conteúdo e o estudo das proposições, em matéria de direito e processo penal, é seriamente negligenciado no campo jurídico brasileiro. Essa visão distorcida impede que uma série de discussões relevantes seja feita antes do sancionamento da norma[50]. Desse modo, por mais que exista uma estratégia teórico-normativa definida pela Constituição, os atores jurídicos parecem se preocupar mais com a mera publicação da norma e seus holofotes midiáticos do que com a sua eficácia e impacto na sociedade.

Consequentemente, objetivando alcançar um efeito simbólico, sempre pululam, em épocas eleitorais, projetos e mais projetos sobre criminalização. É extremamente comum ver candidatos à Câmara dos Deputados com discurso de ódio e propagando a necessidade de incriminação de condutas e aumento da reprimenda penal estatal, demonstrando que o fetiche punitivo não é uma exclusividade do *decisionismo judicial*[51] que tanto contamina o atuar da magistratura.

Curiosamente, a ampliação da punição ocorre justamente após o marco democrático da Constituição de 1988. Como aponta Alberto Zacharias Toron, foi a partir da promulgação da Lei de Crimes Hediondos que ocorreu uma inversão dos compromissos assumidos com a reforma da década de 80 e se materializou uma filosofia punitiva no sistema penal pátrio[52]. O papel cada vez maior da mídia[53] no processo de multiplicação do fetiche punitivo resultou, igualmente, em

50. FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, mar. 2017. p. 141.

51. Aqui o termo é empregado para expressar o uso inadequado de ativismo judicial, conforme esclarece RAUPP, Maurício Santos. *Ativismo judicial*: características e singularidades – Do voluntarismo à concretização de direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 146-153. Destaca-se, a título explicativo, que há corrente doutrinária que valora negativamente as expressões do ativismo, fazendo classificações terminológicas mais precisas e completas, conforme se depreende de: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 589, rodapé 123.

52. TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*: o mito da repressão penal – Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: Ed. RT, 1996. p. 71.

53. Utilizado de forma desmedida a partir da alavancada midiática punitivista promovida sobre a Lei de Crimes Hediondos e sobre sua reforma com a edição da Lei 8.930/94, a qual, após a morte da atriz Daniella Perez, incluiu o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos. O papel da mídia foi gigantesco para pressionar a aprovação da lei. Além disso, há um fator que impulsiona a mídia em favor do movimento fetichista punitivo que corresponde ao enaltecimento do sofrimento da vítima. Marcus Alan Gomes define de forma pontual essa prática: "Uma das estratégias mais exploradas pela mídia para promover a espetacularização do delito é o enaltecimento da vitimização.

ampliação punitivista na esfera legislativa. Por certo, os princípios humanitários da LEP foram deixados de lado e suas premissas sequer foram cumpridas em mínimas determinações.

Assim, conforme exposto no início deste trabalho, o intuito da pesquisa consistiu em verificar se nos anos escolhidos, esse discurso sobre a implementação da LEP também deixou de ocorrer. Afinal, a pesquisa escolheu os anos indicados justamente para comprovar se existiram propostas legislativas de efetivação da LEP em anos eleitorais. Deste modo, chegou-se a duas conclusões: a) o abandono da LEP e de política públicas para sua efetivação corresponde a um modelo de política criminal escolhida pelos legisladores pesquisados; b) efetivar as determinações da LEP não promove votos, por isso são poucos os projetos avaliados como *positivos* nos anos de 2010 e 2014. Infelizmente, apenas uma parcela mínima dos legisladores levou em consideração que o caos penitenciário exige a implementação e efetivação dos direitos e garantias propostos pela LEP.

Em suma, verifica-se que na esfera da execução penal também se torna necessário denunciar a postura ideológica punitiva e fetichista, isto é, regressiva[54], o que resulta não apenas em um Direito Penal do inimigo, mas em uma execução penal do inimigo[55]. Nesse contexto, há, no mínimo, a exigência de que as normas da LEP fossem minimamente efetivadas, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em precedente exemplar[56].

A experiência vivida pela vítima, sua angústia, seu medo, sua revolta, suas perdas e sua dor são dramatizadas com o escopo de produzir no público sentimentos equivalentes e reter sua atenção. Midiatiza-se a vitimização com o reforço dos estereótipos do ofendido (inocente, desprotegido, ingênuo, injustiçado), que são contrapostos aos estigmas do criminalizado (culpado, agressor, imoral, desviado social), em um ciclo interminável que estimula a reprovação coletiva e engrossa as exigências por respostas punitivas imediatas e rigorosas". GOMES, Marcus Alan. *Mídia e sistema penal*: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 123.

54. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 172.

55. Sobre o assunto: PRADO, Florestan Rodrigo do. A desumanização das pessoas encarceradas e a legitimação da violência oficial nas prisões através da aplicação de um direito penitenciário do inimigo. *IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito* (IV SIACRID). Violência e Criminologia I. Jacarezinho: Instituto Ratio Juris, 2014. v. I. p. 151-172.

56. "Lei de Execução Penal. Legalidade: não se admite, no Estado Democrático de Direito, o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonegando-a quando lhe beneficie. Missão judicial: fazer cumprir, apesar de algum ranger de dentes, os direitos da pessoa – seja quem for, seja qual o crime cometido. À unanimidade, deram

Por certo, ainda que os dispositivos da LEP fossem devidamente aplicados, não deixariam de ser passíveis de críticas como aponta Salo de Carvalho, uma vez que, para este autor, o problema seria de ordem sistêmica e não apenas de materialização dos preceitos normativos[57]. No entanto, verifica-se que a questão político-criminal de urgência não seja essa, mas, sim, de reconhecer que a efetivação da LEP produziria uma proteção do débil[58], ou seja, "um maior bem-estar ao não desviante e o menor sofrimento possível ao desviante – a quem se deve permitir o gozo dos direitos, embora com alguma limitação"[59]. Em outras palavras, isso representaria, ao menos, um mínimo de esperança de materializar uma *execução penal humanizada* – por mais contraditória que a expressão possa parecer, haja vista que "na medida em que o direito se humana ele se fortalece e não se fragiliza"[60].

7. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

parcial provimento ao apelo para reduzir a pena do acusado. Por maioria, determinaram que o apenado cumpra pena em domicílio enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da LEP, vencido o Relator, que determinava a suspensão da expedição do mandado de prisão enquanto não houver estabelecimento que atenda a tais requisitos" (TJRS, Apelação Crime 70029175668, 5ª Câm. Criminal, rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 15.04.2009).

57. CARVALHO, Salo de. Execução da pena e sistema acusatório: Leitura desde o paradigma do garantismo jurídico-penal. In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito penal e processual penal*: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 216 e 224.

58. Aqui seguindo a orientação teórica de efetivação constitucional proposta por Luigi Ferrajoli: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias*: la ley del más débil. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 15 e ss. No mesmo sentido, a exata explicação de Aury Lopes Jr.: "O Estado só se justifica enquanto meio que tem como fim a tutela do homem e dos seus direitos fundamentais, porque busca o bem comum, que nada mais é do que o benefício de todos e de cada um dos indivíduos. Por isso, Ferrajoli fala da *Ley del más débil*. No momento do crime, a vítima é o hipossuficiente e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal, opera-se uma importante modificação: o mais fraco passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena" (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37).

59. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas*: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 47.

60. Ibidem, p. 49.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do preso e as leis do cárcere*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização: jun. 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 01.02.2018.

BRASIL. Governo. *Brasil possui 1478 estabelecimentos penais públicos*. Disponível em: [www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/brasil-possui-1478-estabelecimentos-penais-publicos]. Acesso em: 28.01.2018.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas*: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. Execução da pena e sistema acusatório: leitura desde o paradigma do garantismo jurídico-penal. In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito penal e processual penal*: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CIFALI, Ana Claudia. *A política criminal brasileira no Governo Lula (2003-2010)*: dizeres, reformas legais e impacto carcerário. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. *O fenômeno da globalização e seus reflexos nas ciências criminais*. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

DAVID, Décio Franco; SALOMÃO NETO, Antônio. Fetichismo e pena: reflexões sobre psicanálise no direito penal. *Revista O Mal-Estar no Direito*, v. 2, n. 2, p. 1-17, set. 2016.

DAVID, Décio Franco. *Simbolismo*: o hambúrguer do marketing político-criminal. Escola Superior de Direito Público – ESDP. 28.11.2016. Disponível em: [http://esdp.net.br/simbolismo-o-hamburguer-do-marketing-politico-criminal]. Acesso em: 13.02.2018.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*: práctica y teoría. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba: Edição Saraiva, 1980.

DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias*: la ley del más débil. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 137-180, mar. 2017.

FONTELLE, M. et al. *Metodologia da pesquisa científica*: diretrizes para a elaboração de um protocolo de pesquisa. Núcleo de bioestatística aplicado à pesquisa da Universidade da Amazônia – UNAMA, 2009.

FRANÇA, Leandro Ayres; STEFFEN NETO, Alfredo; ARTUSO, Alysson Ramos. *As marcas do cárcere*. Curitiba: iEA Sociedade, 2016.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*: a escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM, 2015.

GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

GOMES, Marcus Alan. *Mídia e sistema penal*: As distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de Bienes Jurídicos. Trad. Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.). *Pena y castigo*. Santiago: Conosur, 1995.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. O sistema penitenciário e a política criminal na execução da pena. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica*: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Florestan Rodrigo do. A desumanização das pessoas encarceradas e a legitimação da violência oficial nas prisões através da aplicação de um direito penitenciário do inimigo. *IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (IV SIACRID)*. Violência e Criminologia I. Jacarezinho: Instituto Ratio Juris, 2014. v. I.

RAUPP, Maurício Santos. *Ativismo judicial*: características e singularidades – Do voluntarismo à concretização de direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTOS, Eduardo Pereira. Execução criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 107-119, jan.-mar. 2002.

SANTOS, Thandara (Org.). *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: INFOPEN. Atualização: jun. 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Princípio da individualização da pena: uma (re)leitura constitucional. In: FÖPPEL, Gamil (Coord.). *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio*: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SMANIOTTO, João Vitor Passuello; DAVID, Décio Franco. Parcialidade e fetiche: Freud explica. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017.

SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*: o mito da repressão penal – Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: Ed. RT, 1996.

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal*: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZIMMERMANN JR., Giovani Luiz. A vontade geral e o papel do legislador em Rousseau. *Diaphonía*. Toledo: Universidade do Oeste do Paraná, 2016. v. 2. n. II.

A tabela com os dados informados no artigo está disponível em: [www.academia.edu/36539501/AN%C3%81LISE_DOS_PROJETOS_DE_LEI_APRESENTADOS_NO_ANO_DE_2010].

Análise dos Projetos de Lei apresentados no ano de 2010

As tabelas a seguir revelam projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados e Assembleia Legislativa do Paraná, seguindo critério de classificação conforme apontado no referido artigo. Ressalta-se que aquelas proposições que se repetiram estão assinaladas com o símbolo (*).

Câmara dos Deputados

Tabelas 01 – Regime aberto

Parâmetro de busca:	Regime aberto
Data de limitação da busca:	01.01.2010 a 31.12.2010
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	14
Número de projetos aplicáveis:	09

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7731/2010*	Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal	"O objetivo desta proposição é permitir ao juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, e especial gravidade do delito ou periculosidade do agente, fixar um tempo mínimo necessário para a progressão de regime. [...]"	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7815/2010*	Dispõe sobre o incentivo fiscal à cooperação na recuperação de presos e a reserva de vagas para presos e egressos nos contratos de prestação de serviços pela Administração Pública, alterando a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.	"O sistema penitenciário deve servir, fundamentalmente, para duas finalidades, quais sejam, retirar do convívio da sociedade uma pessoa para que ela não pratique outros crimes e, ainda, servir de instrumento eficiente para a ressocialização. [...]"	Arquivada.
POSITIVO	PL 6858/2010*	Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.	"Importa a complementação legislativa, na medida em que promoverá a manifestação obrigatória de uma comissão técnica de fora da estrutura formal das penitenciárias, com a capacitação profissional indispensável à avaliação das condições psico-sociais do preso quando este, por decisão da Justiça, puder estar em contato com a sociedade. Vale dizer, o projeto vem sanar aquilo que tem sido objeto de muitas críticas, mormente a de que o exame é um ponto frágil do sistema por promover falhas importantes no que concerne a segurança de decisões judiciais que autorizam a saída do condenado do sistema prisional. [...]"	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7368/2010*	Acrescenta um parágrafo único ao art. 70 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que "Institui a Lei de Execução Penal" para vincular o parecer do Conselho Penitenciário, nos casos em que se exige avaliação psiquiátrica, ao laudo sobre a saúde mental do preso.	"A Lei 10.792/2003, que alterou a LEP, instituindo o exame criminológico, parece prestigiar avaliações sobre o perfil de periculosidade do preso, estatuindo este dado como requisito para a progressão de regime, evoluindo para além das limitadas exigências de tempo e bom comportamento, contidas no texto original da lei de execuções. Cremos que a avaliação da periculosidade do preso vem, progressivamente, ganhando o consenso dos aplicadores da LEP. Seguindo esta mesma dinâmica, apresentamos um Projeto de Lei que, por reforçar o papel dos médicos psiquiátricos junto aos Conselhos Penitenciários, confere maior segurança aos pareceres consultivos oferecidos aos juízes das Varas de Execução Penal, a fim de resguardá-los de uma decisão que coloque a sociedade em risco. [...]"	Tramitando em Conjunto.
POSITIVO	PL 7824/2010*	Altera as Leis 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 11.096, de 13 de janeiro de 2005, para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo e por trabalho.	Sem justificativa.	Transformado em Norma Jurídica.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
NEGATIVO	PL 7357/2010*	Dispõe sobre o regime de provas, a alienação antecipada de bens apreendidos, a litigância de má-fé no processo penal e dá outras providências.	"Propõe-se o acréscimo ao Código de Processo Penal do art. 144-A para, dentre outras disposições, propor que, o juiz possa determinar a alienação antecipada de bens apreendidos ou seqüestrados sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. [...]"	Tramitando em conjunto.
NEGATIVO	PL 8006/2010*	Altera dispositivos do Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), da Lei 7.210, de 11 de julho de 1884 (Lei de Execuções Penais) e da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, relativamente aos crimes de quadrilha, associação para o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e contra o patrimônio praticados com grave ameaça ou violência à pessoa.	"O aumento da criminalidade violenta e as ações de quadrilhas organizadas nos centros urbanos brasileiros merecem especial atenção do legislador, aumentando-se o rigor penal em relação a crimes patrimoniais. A justificativa está no fato de que o sistema progressivo de execução de pena (privativa de liberdade) pressupõe o cumprimento da reprimenda em etapas, de modo que os benefícios devem ser concedidos paulatinamente na medida em que o apenado vá demonstrando maior senso de responsabilidade e autodisciplina. Dessa forma, não tem sentido o apenado obter o benefício de progressão de regime com 1/6 e, ao mesmo tempo, já poder ser agraciado com a benesse da saída temporária. A mudança sugerida no inciso II do artigo 123, portanto, é de extrema relevância, pois garante o caráter meritório do instituto. [...]"	Pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
NEGATIVO	PL 7137/2010*	Estabelece que o processo de expulsão de estrangeiro que estiver cumprindo pena no Brasil será antecipado quando o condenado passar a usufruir de benefícios prisionais	"O sistema penal do Brasil contradiz a fama de hospitalidade e simpatia que o país tem. Presos estrangeiros sofrem maus-tratos dentro das cadeias – até aí, seguem o roteiro destinado também aos brasileiros. Dificilmente, conseguem benefícios prisionais, como livramento condicional e progressão de regime, principalmente pela impossibilidade de comprovação de trabalho e residência fixa. Há, atualmente, 2.626 pessoas de outras nacionalidades cumprindo pena no Brasil. Um estudo apresentado na Universidade de São Paulo (USP) traçou o perfil desses detentos – a maioria sul-americana – e identificou os principais problemas que eles enfrentam. [...]"	Arquivada.
ALTERNATIVO	PL 6984/2010*	Dispõe sobre os benefícios e proteção aos acusados que tenham prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.	"A delação premiada tem sido utilizada com efetivo instrumento de combate ao crime, permitindo que co-autores ou partícipes cooperem, passando informações essenciais às investigações, que resultem na liberação de vítimas de sequestro, na recuperação de bens ou mesmo no desbaratamento de quadrilhas. Essa técnica é utilizada em diversos países como Espanha, Portugal, Alemanha, Colômbia, Estados Unidos e Itália. Em Portugal, a lei prevê a diminuição da pena ou, até mesmo, a	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
			isenção da pena ao delator, nos casos associação criminosa e de organizações terroristas. No Brasil, a Lei 8.072/90, prevê para o partícipante e para o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, a redução de pena de um a dois terços. Todavia, a Lei não explica em que consiste o desmantelamento, tendo a doutrina entendido tratar-se de interrupção das atividades da associação criminosa. [...]"	

Tabelas 02 – Regime semiaberto

Parâmetro de busca:	Regime semiaberto/ semi-aberto/ semi aberto
Data de limitação da busca:	01.01.2010 a 31.12/2010
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	06
Número de projetos aplicáveis:	06

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7731/2010*	Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei 7.210,	"O objetivo desta proposição é permitir ao juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, e especial gravidade do delito ou peri	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal	culosidade do agente, fixar um tempo mínimo necessário para a progressão de regime. [...]"	
POSITIVO	PL 7815/2010*	Dispõe sobre o incentivo fiscal à cooperação na recuperação de presos e a reserva de vagas para presos e egressos nos contratos de prestação de serviços pela Administração Pública, alterando a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.	"O sistema penitenciário deve servir, fundamentalmente, para duas finalidades, quais sejam, retirar do convívio da sociedade uma pessoa para que ela não pratique outros crimes e, ainda, servir de instrumento eficiente para a ressocialização. [...]"	Arquivada.
POSITIVO	PL 6858/2010*	Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.	"Importa a complementação legislativa, na medida em que promoverá a manifestação obrigatória de uma comissão técnica de fora da estrutura formal das penitenciárias, com a capacitação profissional indispensável à avaliação das condições psico-sociais do preso quando este, por decisão da Justiça, puder estar em contato com a sociedade. Vale dizer, o projeto vem sanar aquilo que tem sido objeto de muitas críticas, mormente a de que o exame é um ponto frágil do sistema por promover falhas importantes no que concerne a segurança de decisões judiciais que autorizam a saída do condenado do sistema prisional. [...]"	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7368/2010*	Acrescenta um parágrafo único ao art. 70 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que "Institui a Lei de Execução Penal" para vincular o parecer do Conselho Penitenciário, nos casos em que se exige avaliação psiquiátrica, ao laudo sobre a saúde mental do preso.	"A Lei 10.792/2003, que alterou a LEP, instituindo o exame criminológico, parece prestigiar avaliações sobre o perfil de periculosidade do preso, estatuindo este dado como requisito para a progressão de regime, evoluindo para além das limitadas exigências de tempo e bom comportamento, contidas no texto original da lei de execuções. Cremos que a avaliação da periculosidade do preso vem, progressivamente, ganhando o consenso dos aplicadores da LEP. Seguindo esta mesma dinâmica, apresentamos um Projeto de Lei que, por reforçar o papel dos médicos psiquiátricos junto aos Conselhos Penitenciários, confere maior segurança aos pareceres consultivos oferecidos aos juízes das Varas de Execução Penal, a fim de resguardá-los de uma decisão que coloque a sociedade em risco. [...]"	Tramitando em Conjunto.
NEGATIVO	PL 7357/2010*	Dispõe sobre o regime de provas, a alienação antecipada de bens apreendidos, a litigância de má-fé no processo penal e dá outras providências.	"Diante dessas considerações, propõe-se o acréscimo ao Código de Processo Penal do art. 144-A para, dentre outras disposições, propor que, o juiz possa determinar a alienação antecipada de bens apreendidos ou sequestrados sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. [...]"	Tramitando em conjunto.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
NEGATIVO	PL 7137/2010*	Estabelece que o processo de expulsão de estrangeiro que estiver cumprindo pena no Brasil será antecipado quando o condenado passar a usufruir de benefícios prisionais	"O sistema penal do Brasil contradiz a fama de hospitalidade e simpatia que o país tem. Presos estrangeiros sofrem maus-tratos dentro das cadeias – até aí, seguem o roteiro destinado também aos brasileiros. Dificilmente, conseguem benefícios prisionais, como livramento condicional e progressão de regime, principalmente pela impossibilidade de comprovação de trabalho e residência fixa. Há, atualmente, 2.626 pessoas de outras nacionalidades cumprindo pena no Brasil. Um estudo apresentado na Universidade de São Paulo (USP) traçou o perfil desses detentos – a maioria sul-americana – e identificou os principais problemas que eles enfrentam. [...]"	Arquivada.

Tabelas 03 – Regime fechado

Parâmetro de busca:	Regime fechado
Data de limitação da busca:	01.01.2010 a 31.12.2010
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	08
Número de projetos aplicáveis:	06

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7815/2010*	Dispõe sobre o incentivo fiscal à cooperação na recuperação de presos e a reserva de vagas para presos e egressos nos contratos de prestação de serviços pela Administração Pública, alterando a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.	"O sistema penitenciário deve servir, fundamentalmente, para duas finalidades, quais sejam, retirar do convívio da sociedade uma pessoa para que ela não pratique outros crimes e, ainda, servir de instrumento eficiente para a ressocialização. [...]"	Arquivada.
POSITIVO	PL 6858/2010*	Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.	"Importa a complementação legislativa, na medida em que promoverá a manifestação obrigatória de uma comissão técnica de fora da estrutura formal das penitenciárias, com a capacitação profissional indispensável à avaliação das condições psico-sociais do preso quando este, por decisão da Justiça, puder estar em contato com a sociedade. Vale dizer, o projeto vem sanar aquilo que tem sido objeto de muitas críticas, mormente a de que o exame é um ponto frágil do sistema por promover falhas importantes no que concerne a segurança de decisões judiciais que autorizam a saída do condenado do sistema prisional. [...]"	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7824/2010*	Altera as Leis 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 11.096, de 13 de janeiro de 2005, para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo e por trabalho.	Sem justificativa	Transformado em Norma Jurídica.
NEGATIVO	PL 7357/2010*	Dispõe sobre o regime de provas, a alienação antecipada de bens apreendidos, a litigância de má-fé no processo penal e dá outras providências.	"Diante dessas considerações, propõe-se o acréscimo ao Código de Processo Penal do art. 144-A para, dentre outras disposições, propor que, o juiz possa determinar a alienação antecipada de bens apreendidos ou sequestrados sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. [...]"	Tramitando em conjunto.
NEGATIVO	PL 8006/2010*	Altera dispositivos do Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), da Lei 7.210, de 11 de julho de 1884 (Lei de Execuções Penais) e da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, relativamente aos	"O aumento da criminalidade violenta e as ações de quadrilhas organizadas nos centros urbanos brasileiros merecem especial atenção do legislador, aumentando-se o rigor penal em relação a crimes patrimoniais. A justificativa está no fato de que o sistema progressivo de execução de pena (privativa de liberdade) pressupõe o cumprimento da reprimenda em	Pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		crimes de quadrilha, associação para o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e contra o patrimônio praticados com grave ameaça ou violência à pessoa.	etapas, de modo que os benefícias devem ser concedidos paulatinamente na medida em que o apenado vá demonstrando maior senso de responsabilidade e autodisciplina. Dessa forma, não tem sentido o apenado obter o benefício de progressão de regime com 1/6 e, ao mesmo tempo, já poder ser agraciado com a benesse da saída temporária. A mudança sugerida no inciso II do artigo 123, portanto, é de extrema relevância, pois garante o caráter meritório do instituto. [...]"	
ALTERNATIVO	PL 6984/2010*	Dispõe sobre os benefícios e proteção aos acusados que tenham prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.	"A delação premiada tem sido utilizada com efetivo instrumento de combate ao crime, permitindo que co-autores ou partícipes cooperem, passando informações essenciais às investigações, que resultem na liberação de vítimas de sequestro, na recuperação de bens ou mesmo no desbaratamento de quadrilhas. Essa técnica é utilizada em diversos países como Espanha, Portugal, Alemanha, Colômbia, Estados Unidos e Itália. Em Portugal, a lei prevê a diminuição da pena ou, até mesmo, a isenção da pena ao delator, nos casos associação criminosa e de organizações terroristas. No Brasil, a Lei 8.072/90, prevê para o participante e para o associado que denunciar à	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
			autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, a redução de pena de um a dois terços. Todavia, a Lei não explica em que consiste o desmantelamento, tendo a doutrina entendido tratar-se de interrupção das atividades da associação criminosa. [...]"	

Tabelas 04 – Prisão

Parâmetro de busca:	Prisão
Data de limitação da busca:	01.01.2010 a 31.12.2010
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	30
Número de projetos aplicáveis:	13

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7731/2010*	Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal	"O objetivo desta proposição é permitir ao juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, e especial gravidade do delito ou periculosidade do agente, fixar um tempo mínimo necessário para a progressão de regime. [...]"	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7815/2010*	Dispõe sobre o incentivo fiscal à cooperação na recuperação de presos e a reserva de vagas para presos e egressos nos contratos de prestação de serviços pela Administração Pública, alterando a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.	"O sistema penitenciário deve servir, fundamentalmente, para duas finalidades, quais sejam, retirar do convívio da sociedade uma pessoa para que ela não pratique outros crimes e, ainda, servir de instrumento eficiente para a ressocialização. [...]"	Arquivada.
POSITIVO	PL 6858/2010*	Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.	"Importa a complementação legislativa, na medida em que promoverá a manifestação obrigatória de uma comissão técnica de fora da estrutura formal das penitenciárias, com a capacitação profissional indispensável à avaliação das condições psico-sociais do preso quando este, por decisão da Justiça, puder estar em contato com a sociedade. Vale dizer, o projeto vem sanar aquilo que tem sido objeto de muitas críticas, mormente a de que o exame é um ponto frágil do sistema por promover falhas importantes no que concerne a segurança de decisões judiciais que autorizam a saída do condenado do sistema prisional. [...]"	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7824/2010*	Altera as Leis 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 11.096, de 13 de janeiro de 2005, para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo e por trabalho.	Sem justificativa.	Transformado em Norma Jurídica.
POSITIVO	PL 6828/2010*	*Altera a Lei 9.998, de 17 de agosto de 2000, que institui o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, para a oferta de cursos e programas a distância na modalidade de educação de jovens e adultos para a população prisional.*	"Atualmente, o sistema prisional brasileiro tem mais de 400 mil jovens e adultos em seus estabelecimentos. Segundo dados do Relatório Nacional pelo Direito Humano à Educação, aproximadamente 70% da população prisional não concluiu o ensino fundamental e outros 10% são analfabetos. Não obstante, apenas 17% desses jovens e adultos estudam. Há uma diminuta oferta de oportunidades educacionais para esse público, que tem reflexos sobre todo o processo de recuperação dos presos. [...]"	Tramitando em conjunto.
NEGATIVO	PL 7357/2010*	Dispõe sobre o regime de provas, a alienação antecipada de bens apreendidos, a litigância de má-fé no processo penal e dá outras providências.	"Diante dessas considerações, propõe-se o acréscimo ao Código de Processo Penal do art. 144-A para, dentre outras disposições, propor que, o juiz possa determinar a alienação antecipada de bens apreendidos ou sequestrados sempre que estiverem sujeitos a	Tramitando em conjunto.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
			qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. [...]"	
NEGATIVO	PL 8006/2010*	Altera dispositivos do Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), da Lei 7.210, de 11 de julho de 1884 (Lei de Execuções Penais) e da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, relativamente aos crimes de quadrilha, associação para o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e contra o patrimônio praticados com grave ameaça ou violência à pessoa.	"O aumento da criminalidade violenta e as ações de quadrilhas organizadas nos centros urbanos brasileiros merecem especial atenção do legislador, aumentando-se o rigor penal em relação a crimes patrimoniais. A justificativa está no fato de que o sistema progressivo de execução de pena (privativa de liberdade) pressupõe o cumprimento da reprimenda em etapas, de modo que os benefícias devem ser concedidos paulatinamente na medida em que o apenado vá demonstrando maior senso de responsabilidade e autodisciplina. Dessa forma, não tem sentido o apenado obter o benefício de progressão de regime com 1/6 e, ao mesmo tempo, já poder ser agraciado com a benesse da saída temporária. A mudança sugerida no inciso II do artigo 123, portanto, é de extrema relevância, pois garante o caráter meritório do instituto. [...]"	Pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
NEGATIVO	PL 7128/2010	Altera a Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, que instituiu o Código Eleitoral.	"Desobriga os presos provisórios do alistamento eleitoral e do voto. Este projeto tem por finalidade a solução do conflito decorrente da edição da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) 23.219, que determinou a instalação de urnas nos presídios e nos estabelecimentos de internação de menores infratores. Esta medida seria desnecessária, uma vez que a prisão constitucional e legal já permite ao juiz justificar a ausência do preso provisório no pleito eleitoral, porém para aperfeiçoar a legislação e sanar qualquer dúvida em relação à obrigação de votar e a consequente justificação, é que faz-se necessário a edição do presente diploma legal. [...]"	Arquivada.
NEGATIVO	PL 6774/2010	Modifica dispositivo da Lei 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal.	"Estabelece que o preso que dispõe de recursos financeiros próprios ressarcirá o Estado pelas despesas com ele efetuadas durante sua permanência em estabelecimento prisional. [...]"	Tramitando em conjunto.
NEGATIVO	PL 7167/2010	Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.	"Estabelece que, independentemente do exercício de atividade laboral, o condenado que dispuser de recursos arcará com as despesas correspondentes ao período em que esteve com a liberdade restrita. [...]"	Tramitando em conjunto.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
ALTERNATIVO	PL 7977/2010	Altera dispositivos da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal	"Estabelece normas relacionadas à execução penal, emissão de certidão de antecedentes criminais e atestados de penas a cumprir. [...]"	Pronta para Pauta no Plenário.
ALTERNATIVO	PL 8002/2010	Prevê em lei a implantação de CEAPAs. Explicação: Altera o Decreto-Lei 2.848, de 1940, para determinar a implantação de Centrais de Acompanhamento de Penas Alternativas.	"As penas alternativas atualmente são impostas a quase 600 mil pessoas no Brasil e cresceu substancialmente nos últimos dez anos. Contudo, falta uma estrutura para acompanhamento das mesmas, bem como a existência de uma previsão legal. Em razão disso, o Judiciário acaba aplicando pena de prisão quando cabível pena alternativa. Ademais, há forte interesses não expostos como empresas que fornecem marmitas, uniformes, constroem presídios ou setores que vendem serviços jurídicos e de segurança em manter este exército de presos, pois se aumentam os lucros destes setores, o qual em dez anos passou de 150 mil para quase 500 mil presos. [...]"	Arquivada.
ALTERNATIVO	PL 6984/2010*	Dispõe sobre os benefícios e proteção aos acusados que tenham prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.	"A delação premiada tem sido utilizada com efetivo instrumento de combate ao crime, permitindo que co-autores ou partícipes cooperem, passando informações essenciais às investigações, que resultem na liberação de vítimas de sequestro, na recuperação de bens	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
			ou mesmo no desbaratamento de quadrilhas. Essa técnica é utilizada em diversos países como Espanha, Portugal, Alemanha, Colômbia, Estados Unidos e Itália. Em Portugal, a lei prevê a diminuição da pena ou, até mesmo, a isenção da pena ao delator, nos casos associação criminosa e de organizações terroristas. No Brasil, a Lei 8.072/90, prevê para o participante e para o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, a redução de pena de um a dois terços. Todavia, a Lei não explica em que consiste o desmantelamento, tendo a doutrina entendido tratar-se de interrupção das atividades da associação criminosa. [...]"	

Tabelas 05 – Pena

Parâmetro de busca:	Pena
Data de limitação da busca:	01.01.2010 a 31.12.2010
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	149
Número de projetos aplicáveis:	17

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7731/2010*	Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal	"O objetivo desta proposição é permitir ao juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, e especial gravidade do delito ou periculosidade do agente, fixar um tempo mínimo necessário para a progressão de regime. [...]"	Arquivada.
POSITIVO	PL 6977/2010	Dispõe sobre o regime de trabalho dos presos. Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.	"Cremos que para que o problema carcerário comece a ser modificado, é preciso que se criem mecanismos de incentivo às atividades ressocializantes que podem ser feitas nas prisões. O trabalho é, em essência, aliado à educação, o melhor instrumento para a recuperação de quem delinquiu. Todavia, esse instrumento tem sido pouco ou mal utilizado pelos que administram o cumprimento das penas. Muitas vezes o trabalho oferecido é desinteressante, e as condições em que se propõem seja prestado colocam os condenados em situação semelhante à de escravos. [...]"	Tramitando em Conjunto.
POSITIVO	PL 6808/2010	Disciplina a organização e funcionamento da Administração Pública, para fins de absorção da mão de obra advinda do sistema prisional, nas parcerias contratuais	"É de extrema importância a adequação da prestação dos serviços penitenciários, como forma de garantir a eficiência do governo federal na gestão desses serviços. Torna-se imperiosa a promoção da dignidade da pessoa humana, enquanto presidiária e egressa,	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		e conveniais da Administração Pública Federal, direta ou indireta, pertinentes às obras e serviços.	concretizando o modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro. É fundamental o trabalho para o presidiário e para o egresso, como forma de garantir seus direitos fundamentais à ressocialização. [...]"	
POSITIVO	PL 7021/2010	Concede incentivo fiscal às empresas que firmarem convênios com presídios para emprego de mão de obra carcerária	"Representamos à matéria ao Congresso Nacional, porque partilhamos da mesma preocupação que o seu autor original e a vemos como atual e necessária. Infelizmente, a situação da população carcerária, nos últimos anos, só fez piorar, ajudando a jogar mais para cima ainda os níveis de violência na sociedade brasileira. [...] Reafirmamos, assim, a preocupação da proposta anterior no sentido de encarar o desafio de colocar profissionais que cumprem pena no mercado, lembrando novamente que a Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, em seu art. 28, garante o trabalho ao condenado com o dever social e condições de dignidade humana. [...]"	Devolvida ao autor.
POSITIVO	PL 7815/2010*	Dispõe sobre o incentivo fiscal à cooperação na recuperação de presos e a reserva de vagas para presos e egressos nos contratos de prestação de serviços pela	"O sistema penitenciário deve servir, fundamentalmente, para duas finalidades, quais sejam, retirar do convívio da sociedade uma pessoa para que ela não pratique outros crimes e, ainda, servir de instrumento eficiente para a ressocialização. [...]"	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		Administração Pública, alterando a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.		
POSITIVO	PL 6858/2010	Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.	"Importa a complementação legislativa, na medida em que promoverá a manifestação obrigatória de uma comissão técnica de fora da estrutura formal das penitenciárias, com a capacitação profissional indispensável à avaliação das condições psico-sociais do preso quando este, por decisão da Justiça, puder estar em contato com a sociedade. Vale dizer, o projeto vem sanar aquilo que tem sido objeto de muitas críticas, mormente a de que o exame é um ponto frágil do sistema por promover falhas importantes no que concerne a segurança de decisões judiciais que autorizam a saída do condenado do sistema prisional. [...]"	Arquivada.
POSITIVO	PL 7368/2010*	Acrescenta um parágrafo único ao art. 70 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que "Institui a Lei de Execução Penal" para vincular o parecer do Conselho	"A Lei 10.792/2003, que alterou a LEP, instituindo o exame criminológico, parece prestigiar avaliações sobre o perfil de periculosidade do preso, estatuindo este dado como requisito para a progressão de regime, evoluindo para além das limitadas exigências de	Tramitando em Conjunto.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		Penitenciário, nos casos em que se exige avaliação psiquiátrica, ao laudo sobre a saúde mental do preso.	tempo e bom comportamento, contidas no texto original da lei de execuções. Cremos que a avaliação da periculosidade do preso vem, progressivamente, ganhando o consenso dos aplicadores da LEP. Seguindo esta mesma dinâmica, apresentamos um Projeto de Lei que, por reforçar o papel dos médicos psiquiátricos junto aos Conselhos Penitenciários, confere maior segurança aos pareceres consultivos oferecidos aos juízes das Varas de Execução Penal, a fim de resguardá-los de uma decisão que coloque a sociedade em risco. [...]"	
POSITIVO	PL 7317/2010	Acrescenta o art. 24-A à Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que "Institui a Lei de Execução Penal" e dá outras providências. Adequa o sistema prisional feminino a modelos de terceirização já adotados em outros setores.	"Adequa o sistema prisional feminino a modelos de terceirização já adotados em outros setores. A maioria das prisões femininas está superlotada, embora em grau menor do que as prisões masculinas. Poucas prisões femininas, como os estabelecimentos de Natal e Brasília, atendem sua capacidade ideal, ou estão abaixo dela. Mas, ao contrário das prisões masculinas, a maioria das prisões femininas não conta com áreas destinadas a exercício físico e banho de sol. Muitas delas incluíam apenas pequenos pátios pavimentados. Surge	Pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
			então, desse contexto, a possibilidade de se adequar o sistema prisional feminino a modelos de terceirização já adotados em outros setores, que culminaram com o sucesso e a garantia de um atendimento eficaz ao cidadão na prestação do serviço público repassado à iniciativa privada. [...]"	
POSITIVO	PL 7824/2010*	Altera as Leis 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 11.096, de 13 de janeiro de 2005, para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo e por trabalho.	Sem justificativa.	Transformado em Norma Jurídica.
NEGATIVO	PL 7357/2010*	Dispõe sobre o regime de provas, a alienação antecipada de bens apreendidos, a litigância de má-fé no processo penal e dá outras providências.	" [...] Diante dessas considerações, propõe-se o acréscimo ao Código de Processo Penal do art. 144-A para, dentre outras disposições, propor que, o juiz possa determinar a alienação antecipada de bens apreendidos ou sequestrados sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. [...]"	Tramitando em conjunto.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
NEGATIVO	PL 8006/2010*	Altera dispositivos do Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), da Lei 7.210, de 11 de julho de 1884 (Lei de Execuções Penais) e da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, relativamente aos crimes de quadrilha, associação para o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e contra o patrimônio praticados com grave ameaça ou violência à pessoa.	"O aumento da criminalidade violenta e as ações de quadrilhas organizadas nos centros urbanos brasileiros merecem especial atenção do legislador, aumentando-se o rigor penal em relação a crimes patrimoniais. A justificativa está no fato de que o sistema progressivo de execução de pena (privativa de liberdade) pressupõe o cumprimento da reprimenda em etapas, de modo que os benefícias devem ser concedidos paulatinamente na medida em que o apenado vá demonstrando maior senso de responsabilidade e autodisciplina. Dessa forma, não tem sentido o apenado obter o benefício de progressão de regime com 1/6 e, ao mesmo tempo, já poder ser agraciado com a benesse da saída temporária. A mudança sugerida no inciso II do artigo 123, portanto, é de extrema relevância, pois garante o caráter meritório do instituto. [...]"	Pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).
NEGATIVO	PL 7823/2010	Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para elevar o período	Sem justificativa	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		mínimo de cumpri mento da pena na concessão do livramento condicional a condenados por crimes hediondos.		
NEGATIVO	PL 6794/2010	Dispõe sobre a doação de órgão por presidiário.	"A doação de órgãos é um gesto nobre passível de ser praticado por qualquer cidadão, que esteja em condições de fazê-lo, não se podendo excluir quem quer que seja. Deste modo, o presidiário que desejar doar órgão poderá assim proceder, sem qualquer embaraço, desde que o faça voluntariamente. [...]"	Tramitando em Conjunto.
NEGATIVO	PL 7137/2010*	Estabelece que o processo de expulsão de estrangeiro que estiver cumprindo pena no Brasil será antecipado quando o condenado passar a usufruir de benefícios prisionais	"O sistema penal do Brasil contradiz a fama de hospitalidade e simpatia que o país tem. Presos estrangeiros sofrem maus-tratos dentro das cadeias – até aí, seguem o roteiro destinado também aos brasileiros. Dificilmente, conseguem benefícios prisionais, como livramento condicional e progressão de regime, principalmente pela impossibilidade de comprovação de trabalho e residência fixa. Há, atualmente, 2.626 pessoas de outras nacionalidades cumprindo pena no Brasil. Um estudo apresentado na Universidade de São Paulo	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
ALTERNATIVO	PL 7977/2010*	Altera dispositivos da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal	(USP) traçou o perfil desses detentos – a maioria sul-americana – e identificou os principais problemas que eles enfrentam. [...]" Estabelece normas relacionadas à execução penal, emissão de certidão de antecedentes criminais e atestados de penas a cumprir.	Pronta para Pauta no PLENÁRIO.
ALTERNATIVO	PL 8002/2010*	Prevê em lei a implantação de CEAPAs. Explicação: Altera o Decreto-Lei 2.848, de 1940, para determinar a implantação de Centrais de Acompanhamento de Penas Alternativas.	"As penas alternativas atualmente são impostas a quase 600 mil pessoas no Brasil e cresceu substancialmente nos últimos dez anos. Contudo, falta uma estrutura para acompanhamento das mesmas, bem como a existência de uma previsão legal. Em razão disso, o Judiciário acaba aplicando pena de prisão quando cabível pena alternativa. Ademais, há forte interesses não expostos como empresas que fornecem marmitas, uniformes, constroem presídios ou setores que vendem serviços jurídicos e de segurança em manter este exército de presos, pois se aumentam os lucros destes setores, o qual em dez anos passou de 150 mil para quase 500 mil presos. [...]"	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
ALTERNATIVO	PL 6984/2010*	Dispõe sobre os benefícios e proteção aos acusados que tenham prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.	"A delação premiada tem sido utilizada com efetivo instrumento de combate ao crime, permitindo que co-autores ou partícipes cooperem, passando informações essenciais às investigações, que resultem na liberação de vítimas de sequestro, na recuperação de bens ou mesmo no desbaratamento de quadrilhas. Essa técnica é utilizada em diversos países como Espanha, Portugal, Alemanha, Colômbia, Estados Unidos e Itália. Em Portugal, a lei prevê a diminuição da pena ou, até mesmo, a isenção da pena ao delator, nos casos associação criminosa e de organizações terroristas. No Brasil, a Lei 8.072/90, prevê para o participante e para o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, a redução de pena de um a dois terços. Todavia, a Lei não explica em que consiste o desmantelamento, tendo a doutrina entendido tratar-se de interrupção das atividades da associação criminosa. [...]"	Arquivada.

Tabelas 06 – Albergado

Parâmetro de busca:	Albergado/ casa de albergado/ casa do albergado
Data de limitação da busca:	01.01.2010 a 31.12.2010
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	00
Número de projetos aplicáveis:	00

Assembleia Legislativa do Paraná – ALEP

Parâmetro de busca:	Segurança Pública
Data de limitação da busca:	01.01.2010 a 31.12.2010
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	17
Número de projetos aplicáveis:	02

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
ALTERNATIVO	Projeto de Lei 159/2010	Dispõe sobre a compensação social em municípios que abrigam estabelecimentos prisionais no estado do Paraná e dá outras providências.	"As consequências de construções de estabelecimentos prisionais nos Municípios são muitas, avultando a indignação popular e a sensação, justificada, do crescimento da insegurança, temerosa de fugas e da instalação,	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		(incentivos fiscais e obras compensatórias a municípios que sejam sede de penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, cadeia pública e local de internação de jovens para cumprimento de medidas sócio-educativas)	nas proximidades, de células de apoio ao crime organizado. Além dos temores diretos vindos da vizinhança de um estabelecimento prisional, a população do município ainda se depara com os custos indiretos como a forte desvalorização imobiliária e o alto custo ambiental, aqui considerando suas dimensões sociais e naturais, ambos de prejuízos inevitáveis para a cultura e economia local. [...] O número de detentos no nosso Estado tem aumentado consideravelmente. Dessa forma, o Poder Executivo vê a necessidade de construir presídios para abrigar o número crescente de condenados, entretanto, por motivos já citados, encontra impasse por parte dos municípios em permitir a edificação. [...]"	
ALTERNATIVO	Projeto de Lei 15/2010	Estabelece a possibilidade de compensação para os municípios que receberem ou vierem a receber unidades prisionais, penais e correcionais e possibilita a instituição de benefícios fiscais para empresas que ajudarem na ressocialização de presos.	"O presente projeto de Lei visa corrigir uma injustiça histórica que atinge os municípios que aceitaram a incumbência de receber em seu território uma penitenciária ou qualquer outro tipo de estabelecimento penal, sem ter a garantia legal de que receberá algum benefício concreto para sua população. [...]"	Arquivada.

Análise dos Projetos de Lei apresentados no ano de 2014

As tabelas a seguir revelam projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados e Assembleia Legislativa do Paraná, seguindo critério de classificação conforme apontado no referido artigo. Ressalta-se que aquelas proposições que se repetiram estão assinaladas com o símbolo (*).

Câmara dos Deputados

Tabelas 01 – Regime aberto

Parâmetro de busca:	Regime aberto
Data de limitação da busca:	01.01.2014 a 31.12.2014
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	19
Número de projetos aplicáveis:	05

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7945/2014*	Altera a redação do art. 112 da Lei 7.210/1984.	Objetiva a implantação de um exame criminológico detalhado para aferir, na fase de progressão de regime, se efetivamente o preso apresenta condições de convívio social sem riscos à sociedade.	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7500/2014	Acrescenta dispositivo ao art. 93 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, a fim de transferir para os presos em regime semiaberto e aberto e para os egressos do sistema prisional as vagas reservadas para beneficiários da Previdência Social reabilitados e pessoas com deficiência, habilitadas.	Visa contribuir para a reinserção dos presos em regime semiaberto e aberto, bem como egressos, na sociedade como plenos cidadãos.	Apensado ao PL 6014/2009.
NEGATIVO	PL 7936/2014*	Altera o art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.	Visa um endurecimento penal, determinando que a progressão de regime seja concedida após o cumprimento da metade da pena, e de 4/5, se reincidente.	Arquivada.
NEGATIVO	PL 7868/2014*	Reforma do Sistema Penal para aumentar sua eficácia no combate à violência, à corrupção e à impunidade, emprestando-lhe maior sistematicidade, criando novos delitos, agravando as penas e elevando seu limite, simplificando os ritos sem prejuízo do direito de	Busca abarcar propostas que atendam ao anseio popular de combate à violência, à corrupção e à impunidade, bem como a coerência, uniformização e proporcionalidade dos sistemas penal e processual penal.	Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		defesa, dificultando a prescrição, ampliando a possibilidade de decretação das prisões processuais, e estabelecendo requisitos mais rigorosos para o livramento condicional e a progressão de regime de cumprimento de pena.		
ALTERNATIVO	PL 8083/2014*	Altera os arts. 36 e 44 do Código Penal, bem como o art. 115 da Lei de Execução Penal, que tratam do regime aberto.	Observa-se que a eficácia das penas alternativas à privação da liberdade do indivíduo está sob constante risco. Ainda, são poucos os municípios do país que contam com casas do albergado e não há vagas suficientes para detentos do regime semiaberto em colônias penais ou industriais. Dessa forma, propõe-se a substituição da atividade do condenado em regime aberto pelo cumprimento de penas restritivas de direito.	Apensado ao PL 299/1999.

Tabelas 02 – Regime semiaberto

Parâmetro de busca:	Regime semiaberto/ semi-aberto/ semi aberto
Data de limitação da busca:	01.01.2014 a 31.12.2014
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	12
Número de projetos aplicáveis:	06

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7873/2014	Altera a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que dispõe sobre normas gerais para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública, para fixar reserva de vagas para apenados em regime semiaberto e egressos do sistema penitenciário nas contratações de serviços executados de forma contínua.	Os condenados a penas privativas de liberdade sofrem de um estigma social. Assim, a proposta visa responder ao chamado círculo vicioso de falta de oportunidades de trabalho aos apenados em regime semiaberto e aos egressos do sistema penitenciário, assegurando, portanto, a reserva de cinco por cento da mão de obra a ser utilizada no âmbito das contratações de serviços promovidas pela Administração Pública	Apensado ao PL 6901/2013.
POSITIVO	PL 7945/2014*	Altera a redação do art. 112 da Lei 7.210/1984.	Objetiva a implantação de um exame criminológico detalhado para aferir, na fase de progressão de regime, se efetivamente o preso apresenta condições de convívio social sem riscos à sociedade.	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7500/2014*	Acrescenta dispositivo ao art. 93 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, a fim de transferir para os presos em regime semiaberto e aberto e para os egressos do sistema prisional as vagas reservadas para beneficiários da Previdência Social reabilitados e pessoas com deficiência, habilitadas.	Visa contribuir para a reinserção dos presos em regime semiaberto e aberto, bem como egressos, na sociedade como plenos cidadãos.	Apensado ao PL 6014/2009.
POSITIVO	PL 7973/2014*	Dispõe sobre a remição da pena pela leitura.	Objetiva assegurar o direito à remição da pena pela leitura, a fim de incentivar que os apenados tenham mais um instrumento de educação à disposição, além de contribuir para a recuperação do preso e redução dos níveis de tensão nos estabelecimentos prisionais. Assim, a pena privativa de liberdade pode ser cumprida, de modo efetivo, na sua função ressocializante.	Apensado ao PL 1455/2007.
NEGATIVO	PL 7936/2014*	Altera o art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.	Visa um endurecimento penal, determinando que a progressão de regime seja concedida após o cumprimento da metade da pena, e de 4/5, se reincidente.	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
ALTERNATIVO	PL 8083/2014*	Altera os arts. 36 e 44 do Código Penal, bem como o art. 115 da Lei de Execução Penal, que tratam do regime aberto.	Observa-se que a eficácia das penas alternativas à privação da liberdade do indivíduo está sob constante risco. Ainda, são poucos os municípios do país que contam com casas do albergado e não há vagas suficientes para detentos do regime semiaberto em colônias penais ou industriais. Dessa forma, propõe-se a substituição das atividades do condenado em regime aberto pelo cumprimento de penas restritivas de direito.	Apensado ao PL 299/1999.

Tabelas 03 – Regime Fechado

Parâmetro de busca:	Regime fechado
Data de limitação da busca:	01.01.2014 a 31.12.2014
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	13
Número de projetos aplicáveis:	05

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7973/2014*	Dispõe sobre a remição da pena pela leitura.	Objetiva assegurar o direito à remição da pena pela leitura, a fim de incentivar que os apenados tenham mais um instrumento de	Apensado ao PL 1455/2007.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
			educação à disposição, além de contribuir para a recuperação do preso e redução dos níveis de tensão nos estabelecimentos prisionais. Assim, a pena privativa de liberdade pode ser cumprida, de modo efetivo, na sua função ressocializante.	
NEGATIVO	PL 7936/2014*	Altera o art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.	Visa um endurecimento penal, determinando que a progressão de regime seja concedida após o cumprimento da metade da pena, e de 4/5, se reincidente.	Arquivada.
NEGATIVO	PL 7868/2014*	Reforma do Sistema Penal para aumentar sua eficácia no combate à violência, à corrupção e à impunidade, emprestando-lhe maior sistematicidade, criando novos delitos, agravando as penas e elevando seu limite, simplificando os ritos sem prejuízo do direito de defesa, dificultando a prescrição, ampliando a possibilidade de decretação das prisões processuais, e estabelecendo requisitos mais	Busca abarcar propostas que atendam ao anseio popular de combate à violência, à corrupção e à impunidade, bem como a coerência, uniformização e proporcionalidade dos sistemas penal e processual penal.	Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		rigorosos para o livramento condicional e a progressão de regime de cumprimento de pena.		
NEGATIVO	PL 7192/2014*	Altera a Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984) para restringir os depósitos em contas bancárias relacionadas à remuneração e benefícios previdenciários inerentes à condição do presidiário.	Iniciativa que fomenta o respeito aos direitos do condenado ou preso provisório, e a segurança do cidadão comum, que passará a contar com mais um instrumento inibidor de condutas criminosas, evitando assim que contas bancárias relacionadas à remuneração e aos benefícios previdenciários inerentes à condição do condenado ou preso provisório sejam utilizadas para a prática de delitos.	Arquivada.
ALTERNATIVO	PL 8083/2014*	Altera os arts. 36 e 44 do Código Penal, bem como o art. 115 da Lei de Execução Penal, que tratam do regime aberto.	Observa-se que a eficácia das penas alternativas à privação da liberdade do indivíduo está sob constante risco. Ainda, são poucos os municípios do país que contam com casas do albergado e não há vagas suficientes para detentos do regime semiaberto em colônias penais ou industriais. Dessa forma, propõe-se a substituição das atividades do condenado em regime aberto pelo cumprimento de penas restritivas de direito	Apensado ao PL 299/1999.

Tabelas 04 – Prisão

Parâmetro de busca:	Prisão
Data de limitação da busca:	01.01.2014 a 31.12.2014
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	47
Número de projetos aplicáveis:	14

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 8241/2014*	Dispõe sobre o trabalho obrigatório para condenados que cumprem pena de privação de liberdade em todo o território nacional.	Tem por objetivo a ressocialização dos detentos criando meios de convívio social dentro da unidade prisional. Ainda, para além da redução de penas, a utilização da remuneração do trabalho visa contribuir para que o condenado realize o pagamento de suas despesas dentro do sistema prisional, desonerando os cofres públicos e auxiliando sua família.	Apensado ao PL 125/1999.
POSITIVO	PL 7500/2014*	Acrescenta dispositivo ao art. 93 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, a fim de transferir para os presos em regime semiaberto e aberto e para os egressos do sistema prisional as vagas reservadas para beneficiários da	Visa contribuir para a reinserção dos presos em regime semiaberto e aberto, bem como egressos, na sociedade como plenos cidadãos.	Apensado ao PL 6014/2009.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		Previdência Social reabilitados e pessoas com deficiência, habilitadas.		
POSITIVO	PL 7951/2014	Concede anistia, anula e revoga condenações, ações penais e inquéritos policiais contra pessoas e lideranças dos movimentos sociais, sindicais e estudantis que participaram de greves, ocupações de fábricas, ocupações de terras, ocupações de escolas, manifestações e atividades públicas, revoga a Lei de Segurança Nacional (LSN) e dá outras providências.	A crescente criminalização deve ser reconhecida como um empecilho para o desenvolvimento social, progresso e felicidade humana. O processo de endurecimento penal e repressivo fortalece a criminalização dos manifestantes e dos movimentos sociais na luta por direitos. Assim, busca-se por uma transformação na forma com que estes conflitos são tratados pelo sistema de justiça.	Aguardando Designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).
POSITIVO	PL 8066/2014*	Altera o parágrafo único do art. 20 da Lei 11.340, de 2006.	A seguinte Proposta visa alterar o texto da Lei Maria da Penha, para que haja respeito aos princípios constitucionais de presunção de inocência e do devido processo legal. Assim, busca-se pela alteração da redação do parágrafo único do art. 20, utilizando a expressão "deverá" em vez de "poderá".	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7675/2014*	Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, para permitir que empresas e instituições não governamentais possam contratar, sem vínculo empregatício, o egresso penitenciário pelo período de 5 anos.	Visa estimular a contratação de egressos do sistema prisional por pessoas jurídicas de direito privado e instituições não governamentais, com o benefício da não incidência dos encargos vinculados ao trabalhador com carteira assinada, ficando responsável apenas pelo pagamento do salário acordado entre as partes ao egresso penitenciário.	Apensado ao PL 6977/2010.
NEGATIVO	PL 7871/2014	Altera o Decreto-Lei 3689, de outubro de 1941, Código de Processo Penal.	O projeto visa resguardar a integridade física e psíquica do peso, ao determinar o prazo de vinte e quatro horas para a sua apresentação junto à autoridade judicial, após efetivada a prisão.	Apensado ao PL 8045/2010.
NEGATIVO	PL 7936/2014*	Altera o art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.	Visa um endurecimento penal, determinando que a progressão de regime seja concedida após o cumprimento da metade da pena, e de 4/5, se reincidente.	Arquivada.
NEGATIVO	PL 7868/2014*	Reforma do Sistema Penal para aumentar sua eficácia no combate à violência, à corrupção e à impunidade, emprestando-lhe maior sistematicidade, criando novos delitos, agravando as penas e elevando seu limite,	Busca abarcar propostas que atendam ao anseio popular de combate à violência, à corrupção e à impunidade, bem como a coerência, uniformização e proporcionalidade dos sistemas penal e processual penal.	Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		simplificando os ritos sem prejuízo do direito de defesa, dificultando a prescrição, ampliando a possibilidade de decretação das prisões processuais, e estabelecendo requisitos mais rigorosos para o livramento condicional e a progressão de regime de cumprimento de pena.		
NEGATIVO	PL 7192/2014*	Altera a Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984) para restringir os depósitos em contas bancárias relacionadas à remuneração e benefícios previdenciários inerentes à condição do presidiário.	Iniciativa que fomenta o respeito aos direitos do condenado ou preso provisório, e a segurança do cidadão comum, que passará a contar com mais um instrumento inibidor de condutas criminosas, evitando assim que contas bancárias relacionadas à remuneração e aos benefícios previdenciários inerentes à condição do condenado ou preso provisório sejam utilizadas para a prática de delitos.	Arquivada.
NEGATIVO	PL 8258/2014*	Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os	"[...] o homicídio praticado em face de agente público – representante da sociedade –, no exercício da função ou em razão dela, afigura-se como conduta detentora de extrema gravidade, posto que, a par de atingir a vida da	Apensado ao PL 3131/2008.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		crimes hediondos; a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal; e o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, que institui o Código de Processo Penal.	vítima, mostra ousadia, desprezo e indiferença para com os valores próprios de um Estado Social e Democrático de Direito, justificando, assim, a majoração da sanção ora cominada."	
NEGATIVO	PL 7034/2014	Impõe a decretação de prisão preventiva em caso de reincidência na prática de crimes dolosos contra a vida.	Busca-se determinar que a prisão preventiva seja decretada ao agente que recai indício suficiente de autoria de crime doloso contra a vida, quando este for reincidente. Ainda, deve ser decretada e mantida indefinidamente, exceto se houver modificação de suas condicionantes. Tais medidas buscam conferir maior segurança à população e ao curso investigação criminal.	Apensado ao PL 5305/2005
NEGATIVO	PL 7133/2014	Estende aos funcionários da Polícia Rodoviária Federal, ocupantes de cargos de atividade policial, o regime de prisão especial estabelecido pela Lei 4.878, de 3 de dezembro de 1965.	Busca-se evitar que o Policial Rodoviário Federal seja recolhido preso em unidades prisionais comuns, até mesmo junto com pessoas detidas por ele.	Pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
ALTERNATIVO	PL 7863/2014*	Dispõe sobre a aplicação das medidas cautelares prévia e alternativamente à restrição da liberdade.	Busca-se tornar obrigatório a manifestação fundamentada do juiz sobre a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, antes de decretar a prisão preventiva ou decidir sobre a prisão em flagrante.	Apensado ao PL 8045/2010.
ALTERNATIVO	PL 8083/2014*	Altera os arts. 36 e 44 do Código Penal, bem como o art. 115 da Lei de Execução Penal, que tratam do regime aberto.	Observa-se que a eficácia das penas alternativas à privação da liberdade do indivíduo está sob constante risco. Ainda, são poucos os municípios do país que contam com casas do albergado e não há vagas suficientes para detentos do regime semiaberto em colônias penais ou industriais. Dessa forma, propõe-se a substituição das atividades do condenado em regime aberto pelo cumprimento de penas restritivas de direito.	Apensado ao PL 299/1999.

Tabelas 05 – Pena

Parâmetro de busca:	Pena
Data de limitação da busca:	01.01.2014 a 31.12.2014
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	164
Número de projetos aplicáveis:	18

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7945/2014*	Altera a redação do art. 112 da Lei 7.210/1984.	Objetiva a implantação de um exame criminológico detalhado para aferir, na fase de progressão de regime, se efetivamente o preso apresenta condições de convívio social sem riscos à sociedade.	Arquivada.
POSITIVO	PL 8241/2014*	Dispõe sobre o trabalho obrigatório para condenados que cumprem pena de privação de liberdade em todo o território nacional.	Tem por objetivo a ressocialização dos detentos criando meios de convívio social dentro da unidade prisional. Ainda, para além da redução de penas, a utilização da remuneração do trabalho visa contribuir para que o condenado realize o pagamento de suas despesas dentro do sistema prisional, desonerando os cofres públicos e auxiliando sua família.	Apensado ao PL 125/1999.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7633/2014	Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências.	Busca-se pelo tratamento humanitário na assistência à mulher e ao concepto, como considerar uma ofensa verbal ou física a conduta de manter algemada, durante o trabalho de parto, parto e puerpério, a mulher que cumpre pena privativa de liberdade.	Apensado ao PL 6567/2013.
POSITIVO	PL 7500/2014*	Acrescenta dispositivo ao art. 93 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, a fim de transferir para os presos em regime semiaberto e aberto e para os egressos do sistema prisional as vagas reservadas para beneficiários da Previdência Social reabilitados e pessoas com deficiência, habilitadas.	Visa contribuir para a reinserção dos presos em regime semiaberto e aberto, bem como egressos, na sociedade como plenos cidadãos.	Apensado ao PL 6014/2009.
POSITIVO	PL 8066/2014*	Altera o parágrafo único do art. 20 da Lei 11.340, de 2006.	A seguinte Proposta visa alterar o texto da Lei Maria da Penha, para que haja respeito aos princípios constitucionais de presunção de inocência e do devido processo legal. Assim, busca-se pela alteração da redação do parágrafo único do art. 20, utilizando a expressão "deverá" em vez de "poderá".	Arquivada.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7120/2014	Altera a redação do art. 197 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, acrescenta os arts. 197-A a 197-G ao mesmo diploma legal, disciplinando o procedimento e julgamento do recurso de agravo de instrumento na Lei de Execução Penal.	"A possibilidade de apreciação de pedido liminar, que possibilita uma resposta célere às pretensões do agravante, evita encarceramentos indevidos e a liberação precoce de presos, afastando, assim, resultados negativos que já são de conhecimento público, como aumento do número de vítimas; elevado custo sobre o sistema prisional; superlotação nos presídios; e, morosidade na apreciação de processos. O que se pretende, portanto, é harmonizar dois direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal de 1988: por um lado, o respeito à integridade física e moral dos presos e, por outro, as liberdades e direitos fundamentais."	Arquivada.
POSITIVO	PL 7085/2014	Dispõe sobre o sistema de revista de visitantes nos estabelecimentos prisionais e dá outras providências.	"Seu objetivo é adequar o procedimento de revista de visitantes nos presídios aos princípios constitucionais, à Lei de Execuções Penais, às diretrizes de gestão prisional deliberadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), às tendências normativas já manifestadas em legislação federal, ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e em especial, aos princípios constitucionais da dignidade humana e legalidade, bem como à proteção da integridade moral e psicológica dos cidadãos em contato com o sistema prisional."	Apensado ao PL 107/1999.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 7602/2014	Acrescenta art. à Lei 7.120, de 1984 – Lei de Execução Penal.	Observa-se que no sistema prisional brasileiro as pessoas com deficiência cumprem penas nos mesmos estabelecimentos que os demais presos. Dessa forma, o projeto pretende conferir maior efetividade à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela ONU, que vigora no ordenamento pátrio sob a égide de mandamento constitucional.	Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).
POSITIVO	PL 7973/2014*	Dispõe sobre a remição da pena pela leitura.	Objetiva assegurar o direito à remição da pena pela leitura, a fim de incentivar que os apenados tenham mais um instrumento de educação à disposição, além de contribuir para a recuperação do preso e redução dos níveis de tensão nos estabelecimentos prisionais. Assim, a pena privativa de liberdade pode ser cumprida, de modo efetivo, na sua função ressocializante.	Apensado ao PL 1455/2007.
POSITIVO	PL 7675/2014*	Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, para permitir que empresas e instituições não governamentais possam contratar, sem vínculo empregatício, o egresso penitenciário pelo período de 5 anos.	Visa estimular a contratação de egressos do sistema prisional por pessoas jurídicas de direito privado e instituições não governamentais, com o benefício da não incidência dos encargos vinculados ao trabalhador com carteira assinada, ficando responsável apenas pelo pagamento do salário acordado entre as partes ao egresso penitenciário.	Apensado ao PL 6977/2010.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
POSITIVO	PL 8168/2014	Acrescenta os arts. 77-A e 86-A à Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que "Institui a Lei de Execução Penal", e dá outras providências.	"Propõe-se que serviços como assistência médica, jurídica, psicológica, de assistência social, de fornecimento de alimentação e vestuário, de limpeza e, ainda, de segurança possam ser prestados por empresas privadas especializadas em administração penitenciária e de custódia de menores, que possuam em seus quadros profissionais com treinamento específico para essas finalidades."	Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP).
NEGATIVO	PL 7936/2014*	Altera o art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.	Visa um endurecimento penal, determinando que a progressão de regime seja concedida após o cumprimento da metade da pena, e de 4/5, se reincidente.	Arquivada.
NEGATIVO	PL 7868/2014*	Reforma do Sistema Penal para aumentar sua eficácia no combate à violência, à corrupção e à impunidade, emprestando-lhe maior sistematicidade, criando novos delitos, agravando as penas e elevando seu limite, simplificando os ritos sem prejuízo do direito de defesa, dificultando a prescrição, ampliando a	Busca abarcar propostas que atendam ao anseio popular de combate à violência, à corrupção e à impunidade, bem como a coerência, uniformização e proporcionalidade dos sistemas penal e processual penal.	Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		possibilidade de decretação das prisões processuais, e estabelecendo requisitos mais rigorosos para o livramento condicional e a progressão de regime de cumprimento de pena.		
NEGATIVO	PL 7192/2014*	Altera a Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984) para restringir os depósitos em contas bancárias relacionadas à remuneração e benefícios previdenciários inerentes à condição do presidiário.	Iniciativa que fomenta o respeito aos direitos do condenado ou preso provisório, e a segurança do cidadão comum, que passará a contar com mais um instrumento inibidor de condutas criminosas, evitando assim que contas bancárias relacionadas à remuneração e aos benefícios previdenciários inerentes à condição do condenado ou preso provisório sejam utilizadas para a prática de delitos.	Arquivada.
NEGATIVO	PL 8258/2014*	Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos; a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal; e o	" [...] o homicídio praticado em face de agente público – representante da sociedade –, no exercício da função ou em razão dela, afigura-se como conduta detentora de extrema gravidade, posto que, a par de atingir a vida da vítima, mostra ousadia, desprezo e indiferença para com os valores próprios de um Estado Social e Democrático de Direito, justificando, assim, a majoração da sanção ora cominada."	Apensado ao PL 3131/2008.

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
		Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, que institui o Código de Processo Penal.		
NEGATIVO	PL 7123/2014	Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e dá outras providências.	"[...] essa norma possui um aspecto positivo ou de imposição, no sentido de que a pena deve ser necessariamente cumprida pelo condenado, valendo-se especialmente para a pena autônoma de multa, evitando-se com isso que se frustre de modo reprovável as finalidades da pena."	Apensado ao PL 3473/2000.
ALTERNATIVO	PL 7863/2014*	Dispõe sobre a aplicação das medidas cautelares prévia e alternativamente à restrição da liberdade.	Busca-se tornar obrigatório a manifestação fundamentada do juiz sobre a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, antes de decretar a prisão preventiva ou decidir sobre a prisão em flagrante.	Apensado ao PL 8045/2010.
ALTERNATIVO	PL 8083/2014*	Altera os arts. 36 e 44 do Código Penal, bem como o art. 115 da Lei de Execução Penal, que tratam do regime aberto.	Observa-se que a eficácia das penas alternativas à privação da liberdade do indivíduo está sob constante risco. Ainda, são poucos os municípios do país que contam com casas do albergado e não há vagas suficientes para detentos do regime semiaberto em colônias penais ou industriais. Dessa forma, propõe-se a substituição das atividades do condenado em regime aberto pelo cumprimento de penas restritivas de direito	Apensado ao PL 299/1999.

Tabelas 06 – Albergado

Parâmetro de busca:	Albergado/ casa de albergado/ casa do albergado
Data de limitação da busca:	01.01.2014 a 31.12/2014
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	01
Número de projetos aplicáveis:	01

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
ALTERNATIVO	PL 8083/2014*	Altera os arts. 36 e 44 do Código Penal, bem como o art. 115 da Lei de Execução Penal, que tratam do regime aberto.	Observa-se que a eficácia das penas alternativas à privação da liberdade do indivíduo está sob constante risco. Ainda, são poucos os municípios do país que contam com casas do albergado e não há vagas suficientes para detentos do regime semiaberto em colônias penais ou industriais. Dessa forma, propõe-se a substituição das atividades do condenado em regime aberto pelo cumprimento de penas restritivas de direito.	Apensado ao PL 299/1999.

Assembleia Legislativa do Paraná – ALEP

Parâmetro de busca:	Segurança Pública
Data de limitação da busca:	01.01.2010 a 31.12.2010
Tipo da Proposição:	PL – Projeto de Lei
Número de resultados:	08
Número de projetos aplicáveis:	01

Classificação adotada no estudo	Identificação da proposição	Ementa	Justificativa	Situação
ALTERNATIVO	PL 231/2014	Estabelece a execução, pelo estado, de ações compensatórias e de minimização dos efeitos negativos gerados por unidades prisionais nos municípios onde são instaladas, bem como da elaboração de estudos prévios de seus impactos.	Objetiva a implementação de medidas compensatórias à instalação de estabelecimento penal, como forma de atenuar os efeitos da existência de obras deste caráter.	Arquivada.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- 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); e
- Políticas públicas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do estado, de Pedro Marcondes – *RBCCrim* 43/248-260 (DTR\2003\195).

O encarceramento feminino no Brasil e a política legislativa brasileira em face das Regras de Bangkok

Female incarceration in Brazil and the Brazilian legislative policy compared to Bangkok rules

Douglas Bonaldi Maranhão

Doutorando em Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense pela USP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, área de concentração Direito Penal, pela UEM (2008). Especialista em Direito e Processo Penal pela UEL (2006). Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL (2004). Professor da Graduação e Pós-Graduação da UEL e UNIFIL. Membro do Conselho da Comunidade de Londrina. Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Paraná (Suplente). Membro associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Advogado.
douglasmaranhao@dbmadvocacia.com.br

Amanda Mendes Gimenes

Especialista em Direito e Processo Penal pela UEL (2017). Pós-Graduanda em Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (Idpee), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Membro da Comissão dos Advogados Criminalistas da subseção londrinense da OAB/PR. Advogada.
amanda@dbmadvocacia.com.br

Recebido em: 07.05.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 14.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo promove uma análise das condições do cárcere para as mulheres no Brasil. Essa análise é elaborada a partir de uma contraposição entre a Resolução 2010/16 da ONU, denominada como Regras de Bangkok, e a política legislativa brasileira voltada à execução penal. Assim, após uma breve exposição acerca dos dados do aprisionamento feminino no Brasil, trata-se do contexto no qual as Regras de Bangkok se inserem, em termos jurídicos, e a relevância

Abstract: This article promotes an analysis of prison conditions for women in Brazil. This analysis is based on a contrast between UN Resolution 2010/16, known as the Bangkok Rules and the Brazilian legislative policy focused on criminal enforcement. Thus, after a brief exposition of data on female imprisonment in Brazil, it treats about the context in which the Bangkok Rules are inserted, in legal terms, and the relevance of its implementation compared to the Brazilian legislator's

de sua implementação em contraposição à ausência de atenção do legislador brasileiro às questões nela tratadas. Enfim, com vistas a aproximar o leitor da realidade do encarceramento feminino no país, elabora-se uma minuciosa comparação entre as mais básicas diretrizes apresentadas pela Resolução 2010/16 e os instrumentos normativos pátrios, o que conduz a uma leitura das normativas estaduais, haja vista a grande disparidade existente entre as diferentes legislações estaduais que regem o tema. Nesse viés, é traçado um panorama acerca de toda a legislação brasileira referente ao encarceramento feminino, destacando-se a realidade vivida pelas mulheres presas no país e o distanciamento de sua situação das previsões constantes nas Regras de Bangkok.

Palavras-chave: Brasil – Cárcere – Gênero – Política Legislativa – Regras de Bangkok.

lack of attention to the issues adressed. Finally, in order to bring the reader closer to the reality of female imprisonment in the country, a thorough comparison is made between the most basic guidelines presented by Resolution 2010/16 and the national normative instruments, which leads to observe each state regulation, given the great disparity between the different states legislations that govern the theme. Thus, a panorama is outlined about all Brazilian legislation regarding female imprisonment, highlighting the reality lived by women prisoners in the country and the distance of their situation from the predictions contained in the Bangkok Rules.

Keywords: Bangkok Rules – Brazil – Genre – Legislative Policy – Prison.

Sumário: 1. Introdução. 2. As regras de Bangkok. 2.1. Natureza jurídica. 2.2. A questão de gênero. 3. A norma internacional em contraposição à política legislativa brasileira. 3.1. A omissão da legislação brasileira em relação às questões de gênero. 3.2. A Lei 7.210 de 1984. 3.3. As normativas estaduais. 3.4. As normas referentes às medidas não restritivas de liberdade. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

De acordo com os mais recentes dados oficiais apresentados pelo Governo Federal em 26 de abril de 2016, referentes a números coletados através do Infopen – dezembro 2014, no final do ano de 2014 o Brasil era o quarto país com o maior número absoluto de presos no mundo, com um ritmo de crescimento da população prisional de aproximadamente 7% ao ano, sendo que entre a população carcerária feminina, o aumento estava no patamar de 10,7% ao ano, tendo ocorrido um avanço de 12.925 mulheres encarceradas, em 2005, para 33.793[1], em dezembro de 2014[2].

1. Número de mulheres inseridas apenas no Sistema Prisional. Ademais dessas, havia ainda 2.702 mulheres em carceragens e delegacias. Assim, do total de 36.495 mulheres presas em dezembro de 2014, 7,4% estava em carceragens e delegacia, enquanto com relação aos homens, esse valor era de 4,7%.
2. BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro 2014*/Secretaria Geral da Presidência da

No mesmo sentido, em 23 de junho de 2015, já havia sido apresentado pelo Governo Federal o Infopen Mulheres – junho 2014, que, apesar de ainda se mostrar insuficiente, trouxe informações um pouco mais detalhadas sobre as condições do encarceramento feminino no Brasil. Neste relatório consta que entre os anos 2000 e 2014, a população carcerária masculina havia aumentado 220,20%, e a feminina 567,4%, sendo que 30% do total de 37.380 mulheres encarceradas no Sistema Penitenciário[3] ainda não possuíam condenação.

O relatório Infopen Mulheres – junho 2014 ainda trouxe alguns dados relevantes como a existência de mais estabelecimentos penais mistos, num total de 238 unidades, do que estabelecimentos penais femininos, perfazendo 103 unidades. Até aquela data, 49% das unidades femininas não tinham cela/dormitório adequado para gestantes, porcentagem que subia para 90%, nas unidades mistas. Da mesma forma, 48% das unidades femininas e 86% das mistas não possuíam berçário e 76% das unidades femininas e 89% das mistas não possuíam creche. O relatório também informou que 30% das mulheres inseridas no sistema prisional se encontravam trabalhando e 21,4% em atividades educacionais formais, sendo que 8,8% estavam trabalhando e estudando[4].

Partindo dos dados apresentados pelo Infopen, salta aos olhos que até a metade do ano de 2014, apesar de ter havido um crescimento acentuado do encarceramento feminino, pautado em uma política pública punitivista que muitas vezes ignora o contexto social e familiar em que se insere a mulher infratora, as unidades prisionais não possuíam qualquer estrutura para recebê-las.[5] O sistema pe-

---

República. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. – Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pd]. Acesso em: 03.06.2017. p. 6.

3. Não foram apresentados dados pelas Secretarias de Segurança Pública responsáveis por carceragens.

4. BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres – junho 2014*/Secretaria-Geral da Presidência da República. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. – Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 03.06.2017. p. 5, 18-19 e 32.

5. Nesse sentido, vale citar: "O elevado índice de encarceramento, reflexo de uma cultura punitivista gestada no escravismo, recrudesce um processo seletivo racista, misógino e classista, caracterizado por uma população carcerária majoritariamente composta por pessoas negras e pobres e que são atingidas pelas duras amarras da política criminal, principalmente referida aos conflitos relativos às drogas, adotada pelo país. Esse incremento emerge, mais do que nunca, como uma questão de ordem, haja vista a situação de maior vulnerabilidade delas, fadadas ao esquecimento e invisibilidade no sistema"

nal, elaborado por homens e para homens, definitivamente não se preparou para lidar com a existência da mulher no contexto criminal.[6]

É relevante, nesse contexto, perceber que a situação brasileira não é uma realidade isolada, mas condizente com diversos outros países. O aumento da criminalidade feminina, proporcionalmente mais elevado do que da masculina, é uma constante, assim como o grande número de mulheres que se envolve com a criminalidade por se ver responsável pelo sustento familiar em um novo modelo familiar, vindas de contextos sociais em que a pobreza é predominante e sobressaindo, em relação aos demais delitos perpetrados por elas, os relacionados ao tráfico de drogas.

Nesse contexto, também se observa que a ausência de infraestrutura para abrigar essas mulheres que passaram a ser encarceradas não é exclusividade de países como o Brasil, o que, inclusive, evidencia a importância da Resolução 2010/16 da ONU, uma vez que questões relacionadas especificamente à condição do gênero feminino, como a violência de gênero sofrida fora e dentro dos cárceres, assim como questões biológicas, como a menstruação e a maternidade, não costumam ser contempladas pelos diversos sistemas penitenciários existentes ao redor do mundo, que carregam o mesmo problema de ausência de percepção e planejamento em relação ao encarceramento feminino, reforçando a conclusão de que, socialmente, um comportamento problemático feminino, relacionado à criminalidade, não é esperado.[7]

(OLIVEIRA, Natacha Alves de; FERNANDES, Luciana Costa. Análise contextual da prisão de Adriana Ancelmo no combate à corrupção e ao superencarceramento feminino: raça, classe e gênero intermediando concessões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 134, ago. 2017. p. 196).

6. "A dominação masculina se projeta em todo um conjunto de instituições que mantém e reforça os papéis e estereótipos de gênero" (ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 25, n. 129, mar. 2017. p. 89). Vale ainda citar: "Os traços sócio-culturais machistas e patriarcais que ainda permeiam e predominam a sociedade brasileira, os estereótipos de mães e esposas falhas, que balizam a imagem da mulher 'delinquente' como uma dupla transgressora, e o caráter androcêntrico do ordenamento jurídico, são elementos que confluem para um deturpado entendimento de que o chamado 'Sistema de Justiça Criminal' (aparatos policial, judicial e penitenciário) está autorizado a punir e segregar ainda mais a mulher do que o homem" (CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; et al. A prisão dentro da prisão: sínteses de uma visão sobre o encarceramento feminino na 5ª região penitenciária do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 17, n. 79, jul.-ago. 2009. p. 274).

7. Tal afirmação dos dois últimos parágrafos se comprova através de diversos textos que trataram de questões semelhantes em diferentes países como Espanha, Argentina,

Diante disso, observando que a realidade brasileira se assemelha à de tantos outros países em aparente divergência com o que determinam as diretrizes internacionais de direitos humanos sobre o assunto, mais especificamente no que concerne às Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, reconhecidas como Regras de Bangkok e adotadas pela Assembleia Geral da ONU há mais de sete anos, conduz-se uma minuciosa análise da política legislativa brasileira, a fim de verificar se ao menos os instrumentos normativos pátrios, em sua sistematização, apresentam-se em conformidade com o ordenamento internacional, ou se de fato revelam o despreparo estatal para lidar com tantas mulheres em situação de conflito com a lei.

2. As regras de Bangkok

2.1. Natureza jurídica

Em 22 de julho de 2010, através da Resolução 2010/16, no 12º Congresso das Nações Unidas foram adotadas, pela Assembleia Geral da ONU, as Regras

Peru, Serra Leoa, Grécia, Estados Unidos da América do Norte e Inglaterra, conforme: CEREZO, Ana I. Women in Prison in Spain: The Implementation of Bangkok Rules to the Spanish Prison Legislation. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 22, n. 2, 20.07.2016. Disponível em: [www.uma.es/instituto-andaluz-de-criminologia/navegador_de_ficheros/publicaciones-/descargar/women-prison-pain.pdf]. Acesso em: 26.04.2018; GENTILE, María Florencia; TABBUSH, Constanza. Emotions behind Bars: The Regulation of Mothering in Argentine Jails. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 131-149, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670920]. Acesso em: 26.04.2018; BOURTRON, Camille; CONSTANT, Chloé. Gendering transnational criminality: the case of women's imprisonment in Peru. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 177-195, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670827]. Acesso em: 26.04.2018; MAHTANI, Sabrina. Women and the criminalization of poverty: perspectives from Sierra Leone. T*he University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 243-264, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670919]. Acesso em: 26.04.2018; FILI, Andriani. Women in prison: victims or resisters? Representations of agency in women's prisons in Greece. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 1-26, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670862]. Acesso em: 26.04.2018; HANEY, Lynne. Motherhood as punishment: the case of parenting in prison. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 105-130, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670815]. Acesso em: 26.04.2018; PEMBERTON, Sarah. Enforcing Gender: The constitution of sex and gender in prison regimes. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 151-175, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670828]. Acesso em: 26.04.2018.

das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, denominadas Regras de Bangkok.

As Regras de Bangkok não são um tratado ou convenção internacional dependente de ratificação para sua adoção pelos Estados membros da Organização das Nações Unidas. Consistem, na verdade, em um instrumento normativo internacional, sem força cogente, e alguns dizem, sem caráter "jurídico"[8], que visa de forma objetiva estabelecer parâmetros mínimos para o tratamento das mulheres infratoras, embasados pelos direitos humanos já consolidados através da Declaração Universal de Direitos Humanos e normas internacionais efetivamente cogentes, dela derivadas.

Nesse sentido, a própria resolução traz em seu bojo o reconhecimento de que existe uma grande variedade de fatores em todo o mundo, como aspectos jurídicos, sociais, econômicos e geográficos, que impossibilitaria uma aplicação homogênea e idêntica de todas as Regras em todos os países. Logo, este documento jamais poderia ser apresentado em um formato normativo rígido, que obrigasse uma implementação imediata, de forma que foi necessário trazê-lo à comunidade internacional sob a natureza jurídica de uma *soft law*, apresentando as Regras como "aspirações globais", ou seja, diretrizes, que visam garantir direitos e uma melhor condição de igualdade material entre os gêneros[9].

Ainda não existe na doutrina internacionalista uma conceituação adequada do que seja *soft law*, uma vez que os instrumentos assim denominados habitam uma região indeterminada entre o direito e o não direito. Todavia, pode-se afirmar que as normas de Direito Internacional que se enquadram como *soft law*, conforme expõe Mazzuoli[10], não são dotadas de obrigatoriedade, sendo diretivas que permitem aos seus destinatários uma "margem de apreciação" quanto ao cumprimento de seu conteúdo. Isso não implica a ausência de sanção diante de seu descumprimento, mas significa que esta se dará no campo moral e extrajurídico.

Nesse viés, a Resolução 2010/16 é bastante enfática ao ressaltar a necessidade de que os Estados membros da Organização das Nações Unidas dirijam sua atenção para a situação das mulheres encarceradas, considerando que as "Regras mínimas para o tratamento de reclusos", então existentes, apesar de válidas para todas as pessoas, datavam de 31 de agosto de 1955, não contemplando suficientemente as necessidades específicas das mulheres.

8. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 156.
9. CEREZO, Ana I. Op. cit., p. 134.
10. Ibidem, p. 156-158.

Diante dessa insuficiência e do aumento significativo do número de reclusas é que foi necessário elaborar as presentes Regras, dirigidas especificamente às mulheres. Tanto é assim que todas as diretivas da Resolução 2010/16 partem de itens correspondentes retirados das "Regras mínimas para o tratamento de reclusos", sempre "complementando" esses textos já existentes.

Nesse mesmo contexto, é de se registrar que a maior parte das disposições da Resolução 2010/16 expõe normativas aplicáveis a todos os reclusos e deveriam se estender a todos, independentemente de gênero, por se tratar de garantias mínimas. Isso se dá em parte porque as "Regras mínimas para o tratamento de reclusos" já se encontravam um pouco defasadas em 2010, tanto que foram revistas e atualizadas pela ONU nas atuais "Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos", também conhecidas como "Regras de Mandela", de 22 de maio de 2015.

No mais, quanto à efetividade, as Regras de Bangkok são dirigidas a agentes públicos de todos os níveis, Legislativo, Judiciário e Executivo, com o fim de incentivar e convidar a todos a participar de um melhoramento da situação carcerária da mulher, seja pela elaboração de leis, seja tomando medidas de política pública ou projetos de qualquer natureza que possam contribuir para esse fim, realmente possibilitando, através de diretrizes simples e aplicáveis, o seu cumprimento pelos Estados.

2.2. A questão de gênero

Quanto ao seu conteúdo, a Resolução 2010/16 vem sendo reconhecida no Brasil pelas Regras relativas à aplicação de sanções diversas da prisão para as mulheres. Ocorre que tais diretivas se referem apenas a uma seção da Resolução, composta por outras três seções, nas quais são apresentadas regras gerais aplicáveis na administração das unidades penais, regras especiais para presas condenadas e provisórias, além das regras sobre pesquisa, planejamento, avaliação e sensibilização pública, estas as mais importantes para direcionar as políticas públicas e alterações legislativas, sem dúvida.[11]

11. Nesse viés, a Regra 1 da Resolução 2010/16 é a mais clara e direta, merecendo especial destaque: "1. Princípio básico [Complementa a regra 6 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos] 6.1) As regras que se seguem devem ser aplicadas imparcialmente. Não haverá discriminação alguma com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra condição 2) Por outro lado, é necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso. Regra 1 A fim de que o princípio de não discriminação, incorporado na regra 6 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos, seja

De pronto, as Regras de Bangkok se iniciam impondo não a igualdade formal entre homens e mulheres, à qual a comunidade jurídica está acostumada, mas demandando a tomada de medidas que, embora possam diferenciar o encarceramento de homens e de mulheres, o farão sem caráter discriminatório, independentemente da igualdade formal, buscando igualdade material, não entre os sexos, mas entre os gêneros.

Em comparação, não obstante a Regra 6 das "Regras mínimas para tratamento de reclusos" rechaçasse a discriminação com base em diversos fatores, nenhuma menção havia sido feita sobre gênero, apenas sobre sexo. É nesse ponto que as Regras de Bangkok mais se distanciam não apenas das normativas internacionais anteriores, que trataram sobre o encarceramento, mas principalmente da legislação brasileira e sua aplicação pelo Judiciário.

De se ver, que mesmo em termos de direitos humanos e declarações internacionais que versam sobre o tema, a mulher e o debate de gênero sempre foram temas espinhosos. É importante lembrar que dos três mais importantes documentos da história dos Direitos Humanos, dois se referiram exclusivamente aos homens, a Declaração dos Direitos da Virginia (EUA) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo que mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, decretada pela ONU em 1948[12], embora não trate mais dos direitos do homem apenas, não trouxe ainda questões de gênero, referindo-se a direitos pontuais de igualdade formal entre homens e mulheres.

Quanto à legislação brasileira, embora tenha avançado bastante nos últimos anos no que concerne a questões de gênero, a exemplo de leis como a 11.340/06, ainda existe uma grande dificuldade por parte da comunidade jurídica, com destaque para os que atuam na Justiça Criminal, em compreender a diferença entre gênero e sexo, entre conflitos relacionados ao que hoje se entende por gênero e não apenas por sexo biológico[13].

Da mesma forma, considerando a força de bancadas religiosas e conservadoras, existe uma barreira para se tratar de questões de gênero no legislativo

---

posto em prática, deve-se ter em consideração as distintas necessidades das mulheres presas na aplicação das Regras. A atenção a essas necessidades para atingir igualdade material entre os gêneros não deverá ser considerada discriminatória".

12. COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio. Os direitos humanos e as questões de gênero. *História Revista – Revista da Faculdade de História e do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Goiás*, Goiânia, v. 19, n. 3, 2014. p. 34-35. Disponível em: [www.revistas.ufg.br/historia/article/view/32992]. Acesso em: 03.06.2017.

13. PEMBERTON, Sarah. Op. cit., p. 157 e 159.

brasileiro, uma vez que, conforme resta claro do texto de Costa[14], a discussão sobre gênero pode levar a outros debates, como o do direito ao aborto ou de garantias a pessoas transgêneras, e mesmo possuir intersecção com outros discursos como classe, religião e raça, assuntos realmente sensíveis para os congressistas.

Mas o fato é que o medo ou o cuidado dos legisladores em tratar do tema gênero e atribuir-lhe um conceito legal tem resultado em sérios problemas normativos, a exemplo de confusões como a da redação do tipo penal de feminicídio, em que claramente a lei visava tratar da violência em razão do gênero, mas insiste em utilizar o termo "sexo feminino" ou "condições de sexo feminino" ou da completa ausência de dispositivos que deveriam existir, como é o caso das questões referentes a gênero na LEP – Lei de Execução Penal Brasileira (7.210/84).

Já nas discussões internacionais sobre direitos humanos, o termo "gênero" – construído por cientistas sociais a fim de evidenciar determinações e estereotipizações do masculino e do feminino entre as décadas de 60 e 70[15] – é usado há algum tempo, em especial quando se trata dos direitos da mulher. A reflexão acerca do conceito de gênero foi realizada na Conferência Mundial sobre as Mulheres, promovida pela ONU na cidade de Pequim, em 1995, como um marco, pois pela primeira vez em uma Conferência Mundial sobre as Mulheres, os organismos internacionais entenderam pela necessidade de se alterar o foco da mulher para o conceito de gênero[16], e desde então se admite que a análise dos direitos da mulher imprescindivelmente atravessa uma perspectiva de gênero.

Quanto a isso, na mencionada Conferência de Pequim, houve o questionamento por parte das comissões de alguns países, acerca de qual seria o entendimento que se daria à expressão "gênero". O Anexo IV da Declaração de Pequim esclarece que o sentido é o mesmo conceito que já vinha sendo usado em todos os fóruns e conferências das Nações Unidas, sem, contudo, definir essa noção de gênero.

14. COSTA, Suely Gomes. Estudos de gênero em cena: história, historiografia e pesquisa. *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*. Florianópolis, v. 8, v. 2, p. 104-124, 2011. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2011v8n2p104/20570]. Acesso em: 04.06.2017. p. 21.

15. BUGLIONE, Samantha. O dividir da execução penal: olhando mulheres, olhando diferenças. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 144.

16. UNITED NATIONS DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION. *The Four Global Womens' Conferences 1975 – 1995: Historical Perspective*. maio 2000. Disponível em: [www.un.org/womenwatch/daw/followup/session/presskit/hist.htm]. Acesso em: 04.06.2017.

Destaca-se, assim, a dificuldade em se firmar internacionalmente o conceito de gênero, uma vez que países em que certas religiões são umbilicalmente ligadas à Constituição do Estado, como países mulçumanos e o próprio Vaticano, não admitiam o conceito de gênero normalmente adotado nessas conferências e debates internacionais de direitos humanos, uma vez que, no seu entendimento, o sentido de gênero é uma questão meramente biológica[17].

Não obstante, em 17 de julho de 1998 foi aprovado o Estatuto de Roma, que prevê a criação do Tribunal Penal Internacional e em seu artigo 7º, item 3, define que para os fins daquele Estatuto, "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade. Esse Estatuto foi promulgado no Brasil pelo Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002 e demonstra exatamente o caráter de categoria social que a denominação gênero tem e que vai além do sexo biológico.

Nesse viés, nas palavras de Buglione[18], pode-se entender a denominação gênero como "uma categoria de análise social que serve para determinar 1. os papéis sociais historicamente construídos e 2. os valores agregados a cada papel, resultando em desigualdade". É sobre este conceito de "gênero", comumente adotado em diálogos e conferências internacionais, que foram estabelecidas as Regras de Bangkok, uma vez que o texto da Resolução 2010/16 não se resume a tratar das condições biológicas que afetam as mulheres, mas aborda problemas relacionados ao gênero, decorrentes das relações e interações entre os gêneros e as implicações sociais delas decorrentes.

3. A norma internacional em contraposição à política legislativa brasileira

3.1. A omissão da legislação brasileira em relação às questões de gênero

No Brasil, conforme o artigo 24 da Constituição Federal de 1988, compete à União, concorrentemente com os Estados e o Distrito Federal, legislar sobre o direito penitenciário. Assim, atualmente, as principais normas que regem a execução da pena no país são a LEP e as normas estaduais, que deveriam se encontrar estabelecidas em estatutos penitenciários estaduais ou instrumentos normativos

17. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. As diretrizes nacionais para investigação do feminicídio na perspectiva de gênero. *Sistema penal e violência*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, jan.-jun. 2016. p. 96. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/23899/14747]. Acesso em: 03.06.2017.

18. BUGLIONE, Samantha. Op. cit., p. 140.

semelhantes, mas que, registre-se, ainda não foram elaborados por todos os estados brasileiros, evidenciando a ausência de uma política legislativa nacional, voltada à execução penal.

Começando pela LEP, essa foi promulgada em 11 de julho de 1984, pelo então presidente João Figueiredo, ainda na vigência da Ditadura Militar, quatro anos antes da elaboração da Constituição Federal. A LEP não conta com um único capítulo sequer voltado exclusivamente às mulheres encarceradas, da mesma forma que não faz nenhuma menção a gênero em seus 204 artigos, o que significa que, até hoje, nenhuma lei incluiu as questões de gênero na legislação federal que versa acerca da execução de pena no Brasil.

O fato de a principal lei que rege a execução da pena no Brasil ignorar a existência dessa categoria de análise social que é o gênero, ou mesmo a existência de relações de gênero, é problemática em diversos aspectos. O principal problema decorre da inafastabilidade do papel de gênero, diferenciador do comportamento masculino e feminino, idealizado durante todo o processo de criminalização e no momento do encarceramento.[19]

Assim, quando a legislação simplesmente desconsidera tal existência, também não observa que a mulher é penalizada a fim de ser reeducada para se moldar ao padrão feminino ideal[20]. Em razão disso, a mulher que comete um delito é duplamente penalizada, ao mesmo tempo em que tem suas diferenças ignoradas e é submetida a padrões criados para atender a um ideal de gênero masculino, existindo uma contradição invencível entre o que dela se espera e a realidade penal que lhe é imposta.

De se pontuar que o ideal feminino, inúmeras vezes se confunde com outros padrões como os de ordem racial e socioeconômica, sendo impossível, inclusive, tratar a questão do gênero de forma homogênea entre todas as mulheres, uma vez que esses padrões, interseccionados, revelam que mulheres pertencentes a determinados grupos étnicos, socioeconômicos, religiosos, afetivos, entre outros, podem sofrer com níveis ainda mais profundos de criminalização e penalização,

19. "A operacionalidade seletiva do sistema penal não se restringe às camadas economicamente desprivilegiadas, nem às minorias étnico-raciais. Leva em conta, também, a organização social de gênero, aprisionando aqueles que contrariam os preceitos da estrutura patriarcal. Por conseguinte, a inferiorização dos negros e dos pobres é acompanhada por uma inferiorização das mulheres [...]" (ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 25, n. 129, mar. 2017. p. 96).

20. Ibidem, p. 96.

tendo ainda mais direitos suprimidos no ambiente carcerário ou de cumprimento de sua pena, de uma forma geral.[21]

Pois a LEP, já em seu artigo 3º, parágrafo único, completamente destoante do que apresentam as Regras de Bangkok, ao zelar pelo princípio da igualdade e pela não discriminação entre os condenados ou internados, não menciona o fator sexo ou gênero. A redação do artigo assegura que não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política entres os condenados e internados, claramente desconsiderando a parcela de mulheres encarceradas que poderia sofrer com discriminação ou tratamento desigual não apenas formalmente, mas também materialmente, em razão do seu gênero, sendo dependente inclusive de políticas afirmativas para o fim de se aproximar de um modelo de igualdade material.

A redação do artigo 3º, parágrafo único, da LEP, demonstra desde logo o caráter do inteiro teor desse diploma legal, o qual apenas reflete uma invisibilidade histórica das mulheres encarceradas[22], que sempre foram intrusas dentro do sistema penal elaborado e gerido por homens e para homens, na maior parte do tempo retirando do estado a responsabilidade pelo encarceramento e a delegando a instituições de caráter religioso que geriam a prisão feminina mediante o entendimento de que a natureza da mulher, diante do papel de gênero que lhe era – e talvez ainda seja – conferido, impedia que ela, de fato, se voltasse para a esfera criminal, devendo mais receber um tratamento religioso de ordem moral do que uma resposta estatal de ordem legal[23].

Em verdade, esse antigo tratamento penal diferenciado, marcado por um ideal de gênero feminino, também traduz uma responsabilidade penal discriminatória, uma vez que destina às mulheres o descrito tratamento penal diferenciado, paternalista e cavalheiresco, por diversos motivos, que vão desde a consideração de que a criminalidade feminina seja fruto de uma falha na condição biológica

21. A exemplo do exposto: HALEY, Sarah. "Like i was a man": chain gangs, gender, and the domestic carceral sphere in Jim CrowGeorgia. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 53-77, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670769]. Acesso em: 26.04.2018.

22. GELTNER, Guy. A Cell of Their Own: The Incarceration of Women in Late Medieval Italy. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, set.-dez. 2013. p. 30-31. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670768]. Acesso em: 26.04.2018.

23. AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 50-52.

daquela mulher[24], até o ideal de fragilidade e passividade que pode ser observado, ainda hoje, em certos discursos[25].

Ocorre que esse tratamento somente lhe é dispensado quando inserida na seara delitiva através da prática de crimes relacionados à natureza feminina ideal como aborto, infanticídio e alguns crimes passionais[26], uma vez que, diversamente disso, quando a mulher se envolve com a criminalidade entendida como tipicamente masculina, como é o tráfico de drogas ou o roubo, o que se vê é exatamente a reafirmação de sua penalização através da desconsideração das questões de gênero em que está inserida, a exemplo do texto do artigo 3º, parágrafo único, da LEP.

Ainda pelo viés histórico, quando não gerido por instituições religiosas[27], o cárcere feminino sempre foi tido como um apêndice do masculino, tão ínfimo, que não merecia atenção própria. A formalização através de um estatuto legal determinando o cumprimento de pena pelas mulheres em estabelecimentos exclusivamente femininos é extremamente recente. Conforme expõe Angotti[28], o Código Penal de 1940, em seu artigo 29, § 2º, foi o primeiro a prever tais estabelecimentos, determinando ainda que quando assim não fosse possível, que ao menos fossem reservados espaços próprios para as mulheres, nos estabelecimentos mistos, os quais, como se vê, perduram até os dias atuais.

3.2. A Lei 7.210 de 1984

Diante de tudo isso, não causa surpresa a omissão da LEP, que ainda hoje trata especificamente da mulher encarcerada em seus artigos 14, § 3º; 19, parágrafo

24. FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero. *Revista Ártemis*, v. XVIII, n. 1, jul.-dez. 2014. p. 216. Disponível em: [http://periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/viewFile/22547/12510]. Acesso em: 03.06.2017.
25. FILI, Andriani. op. cit., p. 3-4.
26. RAMOS, Luciana de Souza. *O reflexo da criminalização das mulheres delinqüentes pela ausência de políticas públicas de gênero*. Em questão: os direitos sexuais e reprodutivos. 2010. p. 1205. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+-de+2010).pdf]. Acesso em 26.02.2018.
27. A destinação das mulheres ao cárcere em conventos e instituições geridas por religiosos não é uma exclusividade brasileira, conforme expõem BOURTRON e CONSTANT acerca da realidade peruana: BOURTRON, Camille; CONSTANT, Chloé. Op. cit., p. 179.
28. ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do estado e de Deus*: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012. p. 65.

único; 77, § 2º; 82, § 1º; 83, § 2º e 89. Destes, apenas o parágrafo único do artigo 19 e o § 2º do artigo 77 contam com suas redações originais, dispostas à época da elaboração deste diploma legal.

O artigo 19 da LEP determina que o ensino profissional deve ser ministrado aos presos ou internados em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico, e seu parágrafo único menciona que "a mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição". A redação do artigo é obviamente problemática, uma vez que a educação e o ensino profissional não deveriam possuir qualquer distinção, tampouco existem ensinos profissionais que não caibam às mulheres, mas apenas aos homens.

Através de uma análise do discurso, o que se observa da expressão "condição de mulher" é que ela está associada ao papel geralmente designado à mulher na divisão social do trabalho, relacionado normalmente a funções domésticas e artesanais. Logo, o próprio texto legal atribui aos agentes da execução penal determinarem o que é ou não adequado à mulher encarcerada aprender. Diante disso, é óbvio que à mulher será imposto um ensino profissional que se entenda apto a moldar e disciplinar o seu comportamento feminino, obviamente tomando por base, de uma forma potencializada, o que se considera o papel ideal do feminino, em uma inegável situação de discriminação de gênero[29], resultado da própria cultura disseminada na sociedade.

Logo, o texto legal ao invés de trazer uma discriminação positiva, assegurar um direito ou simplesmente se calar, vai na contramão do combate à discriminação de gênero. Registre-se, ainda, que a Lei 13.163/2015, que alterou a Seção de Assistência Educacional da LEP, embora mencione em todos os seus artigos o termo "presos e presas", numa tentativa de trazer inclusão às mulheres encarceradas, não revogou o parágrafo único do artigo 19, apesar de seu tom discriminatório e totalmente contrário à política de igualdade material de gêneros que as Regras de Bangkok tentam trazer, desde 2010.

Outro artigo da LEP a tratar da mulher é o 77, em seu § 2º, o qual determina que apenas pessoal do sexo feminino trabalhe nos estabelecimentos penitenciários destinados às mulheres, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado. Este artigo contempla um mínimo de segurança às encarceradas, a fim de evitar os mais diversos tipos de abusos que poderiam ocorrer se homens atuassem, por exemplo, como agentes penitenciários de unidades femininas.

29. COSTA, Suely Gomes. Estudos de gênero em cena: história, historiografia e pesquisa. *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*. Florianópolis, v. 08, v. 02, 2011. p. 62-66. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2011v8n2p104/20570]. Acesso em: 04.06.2017.

Contudo, a ressalva em relação ao pessoal técnico especializado pode ser um problema quando se pensa em quais profissionais integrariam esse quadro. No caso de psicólogos, médicos, mesmo diretores ou funcionários da área administrativa, esta ressalva se faz desnecessária, uma vez que existem mulheres que desempenham tais funções e que ocupando esses cargos representariam uma segurança física e psicológica muito maior para as encarceradas.

Nesse sentido, a Resolução 2010/16 da ONU traz em sua Regra 10, item 2, que se a mulher presa solicitar ser examinada por uma médica ou enfermeira, o pedido deve ser atendido na medida do possível, com exceção às situações de urgência que exijam a intervenção médica; registra ainda que, se em contrário à vontade da mulher presa, um médico for conduzir o exame, uma funcionária deve estar presente durante o atendimento.

Ademais, as Regras 29 a 35 abordam a necessidade de capacitação e as diretrizes de comportamento que devem ser adotadas pelos funcionários/as que atuarão nas unidades prisionais e prezam, inclusive, pela igualdade de gênero em relação às funcionárias para que tenham o mesmo acesso à capacitação que servidores homens e que igualmente possam ascender a cargos superiores.

As Regras ainda se preocupam com a capacitação dos funcionários/as quanto a questões de gênero, saúde da mulher, saúde mental, saúde de crianças e proibição de discriminação e assédio sexual e também com a elaboração de regulamentos e políticas sobre a conduta dos funcionários/as, a fim de promover a proteção das encarceradas contra violências físicas e verbais motivadas por razões de gênero, bem como abuso e assédio sexual[30].

Logo, o que se observa é que apesar de não contrariar nesse texto os parâmetros internacionais, a LEP ainda se mostra muito aquém do que deveria prever.

A LEP, em sua redação original de 1984, trazia no artigo 82, § 1º, a determinação de que a mulher fosse recolhida em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. Em 1997, a Lei 9.460 alterou essa redação, acrescentando que o recolhimento a estabelecimento próprio deveria se estender aos maiores de sessenta anos. Logo, novamente a Lei trabalha com o mínimo, que significa não

30. Essa preocupação expressa através das Regras de Bangkok se revela extremamente importante e se justifica nos diversos relatos de abusos físicos e psicológicos ou mesmo abusos de poder sofridos por mulheres encarceradas perpetrados pelos funcionários das unidades prisionais, a exemplos dos relatados por Gentile e Tabbush, Haney e Mahtani, respectivamente nos Estados Unidos da América do Norte, na Argentina e em Serra Leoa: GENTILE, María Florencia; TABBUSH, Constanza. Op. cit., p. 139; HANEY, Lynne. Op. cit.; e MAHTANI, Sabrina. Op. cit., p. 245.

alocar na mesma unidade penal homens e mulheres, pelas possíveis violências às quais as mulheres estariam sujeitas.

Entre as Regras de Bangkok não chega a constar uma determinação expressa nesse sentido, uma vez que se trata de um pressuposto realmente básico, mas a Regra 4 expõe a necessidade de que a mulher permaneça o mais próximo possível do seu seio familiar ou local de reabilitação social, sopesando-se suas responsabilidades como fonte de cuidado, sua preferência pessoal e disponibilidade de programas e serviços apropriados a ela.

Já o artigo 89 da LEP também teve sua redação original alterada, mas apenas por ocasião da Lei 11.942 de 2009. Este artigo mencionava que além dos demais requisitos exigidos por aquele diploma legal, as "penitenciárias de mulheres" poderiam, não se tratava de uma exigência, mas poderiam ser dotadas de seção para gestante e parturiente e de creche, a fim de assistir os recém-nascidos e as crianças cuja responsável estivesse presa.

Como novamente se observa, a LEP claramente era voltada ao público masculino. Conforme expõem Peres e Santos[31] em relação ao universo prisional, a penitenciária é uma verdadeira "casa de homens", em que se reforçam através do discurso os parâmetros de gênero, em especial a masculinidade. Partindo dessa premissa, fica mais claro o entendimento de que, sendo a criminalidade própria do universo do ideal de gênero masculino, quando se volta para a mulher, dificilmente se desprende de seus paradigmas para acolher as demandas relacionadas ao gênero feminino, resultando em omissões ou em diretrizes também pautadas na discriminação pela manutenção da mesma idealização em relação ao papel que deveria ser desempenhado por essa mulher ideal.[32]

---

31. PERES, Wiliam Siqueira; SANTOS, Cíntia Helena. Tecnologias de gênero, masculinidades e aprisionamentos na execução penal. *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*. Florianópolis, v. 08, v. 01, 2011. p. 190. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2011v8n1p185/18431]. Acesso em: 04.06.2017.

32. "Para além das necessidades masculinas, no que se refere aos recursos materiais exigidos a uma subsistência digna – alimentação, vestuário, higiene –, as mulheres possuem necessidades peculiares. Significativo exemplo é o relacionado aos ciclos menstruais. A ausência, a carência e inclusive a perversa recusa de bens materiais que satisfaçam essas necessidades são, portanto, formas ampliadas de controle disciplinar e de desumanização nos universos carcerários femininos" (CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier et al. A prisão dentro da prisão: sínteses de uma visão sobre o encarceramento feminino na 5ª região penitenciária do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 17, n. 79, jul.-ago. 2009. p. 272).

Felizmente, a nova redação do artigo determinou que além dos demais requisitos, a penitenciária "de mulheres" seja dotada da referida seção para gestante e parturiente, e também de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Ademais, acrescentou um parágrafo único, com dois incisos, impondo as condições básicas para tais seções e para a creche, exigindo "atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas" e horário de funcionamento que atenda às necessidades da criança e da responsável.

No mesmo sentido, a redação original da LEP nada trazia, mas foi adicionado pela Lei 9.046/97, e alterado pela Lei 11.942/09, o § 2º ao artigo 83, designando que os estabelecimentos penais destinados a mulheres possuam berçário onde as encarceradas possam cuidar de seus filhos e amamentá-los até aos seis meses. Esta lei criou ainda um § 3º para o artigo, o qual exige que apenas agentes do sexo feminino atuem na segurança das dependências internas desses estabelecimentos destinados a mulheres.

Ainda referente à maternidade no cárcere, a Lei 11.942/09 criou o § 3º para o artigo 14 da LEP, expressamente assegurando acompanhamento médico à mulher, principalmente durante o período pré-natal e pós-parto, estendendo-se o acompanhamento ao recém-nascido.

Conforme se observa desses três artigos, tudo o que foi acrescentado ou alterado pela Lei 11.942/09 não se refere à mulher de forma geral, mas à mulher na condição de gestante, no contexto da maternidade no cárcere. É certo que as alterações garantiram condições mínimas, antes simplesmente ignoradas, mas ainda não se referiram a todos os cuidados de que as mulheres inseridas no referido contexto necessitam, nem asseguraram aos infantes que nascem e crescem no cárcere, qualquer direito ou tratamento específico.[33]

Nesse viés, as Regras de Bangkok trazem de forma esparsa, em diversos artigos, a necessidade de atenção especial a esses infantes. Um exemplo é a Regra 5, que trata da higiene pessoal, mas acrescenta cuidados específicos para mulheres gestantes, lactantes e para as crianças. Outro exemplo é a Regra 9, que inserida nas diretrizes referentes ao exame médico de ingresso na unidade prisional,

33. Tem-se que "A vulnerabilidade das mulheres encarceradas é ainda mais acentuada para as detentas grávidas e para aquelas que, tendo dado à luz seus filhos durante o encarceramento, vivem com eles em prisões insalubres, sob a vigilância constante e num contexto incompatível com um desenvolvimento afetivo, motor e psicossocial harmonioso" (SIMAS, Luciana et al. A jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 22, jul.-dez. 2015. p. 551).

indica que estando a mulher presa acompanhada de criança, esta também deve passar por exame médico, preferencialmente por um pediatra. Da mesma forma a Regra 22 que, cuidando da disciplina, expressa que as sanções de isolamento não devem ser aplicadas a mulheres gestantes, com filhos, ou em período de amamentação.

De outra parte, na Seção II, que traz Regras aplicáveis a categorias especiais, na Subseção A, de presas condenadas, o item 3 cuida especificamente das mulheres gestantes, com filhos/as e lactantes na prisão. Ainda, na Seção III, de medidas não restritivas de liberdade, o item 2 novamente se refere a esse grupo de mulheres.

O item 3 da seção 2 contempla as Regras 48 a 52 e estabelece, como mínimos, os seguintes parâmetros: que as mulheres gestantes ou lactantes devem receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa acompanhado por profissional da saúde qualificado, bem como devem receber alimentação adequada e pontual, em um ambiente saudável, com oportunidades regulares para praticarem exercícios físicos, assim como seus infantes; que não devem ser desestimuladas a amamentar seus filhos, salvo razões de saúde assim o determine; que as mulheres presas que tenham dado à luz recentemente devem ter suas necessidades médicas e nutricionais atendidas, ainda que seus filhos não estejam mais com elas; que as crianças jamais sejam tratadas como presas e a decisão de sua permanência com as mães se paute em seu melhor interesse; que as presas cujos filhos estão na prisão, passem a maior parte possível de tempo com eles; que essas crianças tenham acesso aos devidos serviços de saúde e educação; que assim como a permanência, a separação da mãe e seu filho também se paute no melhor interesse do infante, sendo a remoção da criança da prisão conduzida com delicadeza e apenas quando houver alternativas de cuidado da criança, sendo consultados os funcionários consulares quando a presa for estrangeira; e que uma vez separadas, seja oportunizado às mães o encontro com seus filhos, atendendo ao melhor interesse da criança e à segurança pública.

Já a Regra 64 não se refere às condições do cárcere, mas estabelece a preferência de que sejam aplicadas às mulheres gestantes ou com filhos dependentes, sempre que possível e apropriado, penas não privativas de liberdade, sendo a pena de prisão considerada apenas quanto a crimes graves ou violentos, em que a mulher represente ameaça contínua, garantindo, ainda assim, à criança, que seja atendido o seu melhor interesse e tomadas todas as medidas para seus cuidados.

Diante dessas contraposições, resta clara a desconformidade da LEP com os parâmetros atribuídos pelas Regras de Bangkok, demonstrando que a legislação federal referente às mulheres encarceradas é basicamente insuficiente e omissa, não se prestando a garantir um mínimo de direitos a esse grupo.

3.3. As normativas estaduais

Conforme mencionado, não apenas a LEP estabelece normas para o cumprimento de pena no Brasil, mas também as legislações estaduais, que apresentam peculiaridades regionais, a fim de aproximar a execução da pena ao máximo da realidade social, cultural e histórica de cada estado brasileiro.

Nesse viés, cumpre aos estatutos penitenciários e aos regimentos internos, gerais ou regulamentos das unidades penitenciárias de cada estado complementar a lei nacional, de forma que tudo aquilo que não está discriminado na LEP pode e deve ser disciplinado pelas normas estaduais. Isso ocorre, por exemplo, com as diretivas atinentes à disciplina das unidades penais, uma vez que as faltas de natureza leve e média não são tipificadas pela lei federal, exigindo que as normas estaduais as denotem para que possam ser aplicadas aos encarcerados.

Não obstante, alguns estados ainda não elaboraram estatutos penitenciários, tampouco norma semelhante, elaborando em seu lugar regimentos que se referem exclusivamente à questão disciplinar. Quando isso acontece, uma vez mais se deixa de proteger e contemplar a mulher encarcerada, pois não são disciplinadas questões essenciais que a própria LEP não regula.

Sob este prima, as Regras de Bangkok apresentam diretrizes para: ingresso; registro; alocação; higiene pessoal; serviços de cuidados à saúde – exame médico no ingresso; atendimento médico específico para mulheres; cuidados com a saúde mental; prevenção do HIV, tratamento, cuidado e apoio; programas de tratamento do consumo de drogas; prevenção ao suicídio e às lesões autoinfligidas; serviços preventivos de atenção à saúde –; segurança e vigilância – revistas; disciplina e sanções; instrumentos de contenção; informações para as presas e queixas recebidas delas; vistorias -; contato com o mundo exterior; funcionários penitenciários e sua capacitação das mulheres encarceradas, além de Regras específicas para presas condenadas – quanto a sua classificação e individualização; regime prisional; relações sociais e assistência posterior ao encarceramento –, para mulheres gestantes, com filhos e lactantes; para estrangeiras e para minorias e povos indígenas. Todas as Regras, diga-se, pautadas na finalidade de atingir a igualdade material entre os gêneros.

Já a lei federal brasileira ignora questões de gênero, podendo-se dizer que atenta, em seus seis artigos dedicados às mulheres encarceradas, a cuidados com a alocação e saúde da mulher encarcerada que se resumem em determinar que a mulher habite em estabelecimento apropriado à sua condição pessoal, havendo acompanhamento médico à mulher, primando pelo período de pré-natal e pós-gestacional. No mais, a LEP traz artigos que se referem à criança que nasce e vive no cárcere.

Diante dessa completa invisibilidade da mulher encarcerada trazida pela legislação federal, seguindo a mesma diretriz, nenhuma norma estadual apresenta o termo gênero em sua redação, tampouco se ocupa das questões de gênero. Muitos estatutos penitenciários, regimentos e regulamentos repetem parte do texto da LEP. A título exemplificativo, as normas dos estados do Ceará[34], Sergipe[35] e Rio Grande do Norte[36] tem disposições semelhantes ao artigo 77, § 2º, da LEP, e a norma do Distrito Federal[37] e Alagoas[38] replicam o texto do artigo 19, parágrafo único.

Nesse contexto, repise-se que a educação profissional oferecida nas unidades penais, em atenção à essa disposição do parágrafo único do artigo 19 da LEP, também presente em diversos estatutos penitenciários, é mais uma forma de manutenção de papéis de gênero que rotulam atividades em adequadas ao gênero feminino ou masculino, quando na verdade deveriam estar voltadas para a melhora do grau de educação das mulheres que se encontram encarceradas, a fim de prepará-las não apenas para desenvolver trabalhos manuais e braçais quando egressas, mas para se inserirem no mercado de trabalho, exercendo também atividades de melhor remuneração.

Para além desses artigos, os institutos normativos estaduais existentes apresentaram, de forma recorrente, textos que prezam pela existência na unidade prisional de espaço adequado para gestantes e recém-nascidos, além de atendimento médico adequado para a mulher nessas condições, como se vê, também seguindo uma diretriz existente na LEP.

---

34. CEARÁ. Decreto Estadual 27.385, de 02 março de 2004. Aprova o regulamento da secretaria da justiça e cidadania (Sejus). *Diário Oficial do Estado do Ceará*, Fortaleza, 02.03.2004.

35. SERGIPE. Lei 6.533, de 18 de dezembro de 2008. Institui o Regulamento Disciplinar Penitenciário do Estado de Sergipe, define as faltas médias e leves, estabelece procedimento para apuração das infrações disciplinares, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado do Sergipe*, Aracaju, n. 25663, 22.12.2008.

36. RIO GRANDE DO NORTE. Secretaria da Justiça e da Cidadania do Estado do Rio Grande do Norte. Portaria 072/2011, de 28 de março de 2011. Institui o Regimento Interno Único dos Estabelecimentos Prisionais do Estado do Rio Grande do Norte. *Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte*, Natal.

37. DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal. Portaria 001, de 11 de janeiro de 1988. Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais da Secretaria de Segurança Pública. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Brasília, 11.01.1998.

38. ALAGOAS. Decreto Estadual 38.295, de 14 de fevereiro de 2000. Dispõe sobre o Regulamento do Sistema Penitenciário do Estado de Alagoas e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de Alagoas*, Maceió, 15.02.2000.

Os estados do Amazonas[39], Amapá[40] e Paraná[41], por exemplo, preveem em suas normas que o estabelecimento destinado às mulheres deve dispor de dependência dotada de material obstétrico para atender a grávida, a parturiente e a convalescente sem condições de ser transferida à unidade hospitalar para atendimento apropriado, em caso de emergência, bem como berçário onde a assistida possa amamentar seus filhos.

De outra parte, os estados de Alagoas, Bahia[42], Espírito Santo[43], Maranhão[44], Mato Grosso do Sul[45] e São Paulo[46] garantem à mulher presa, em caso de gravidez, assistência pré-natal; parto a ser realizado em hospital da rede pública; e guarda do recém-nascido durante o período de lactância, variando entre o mínimo de quatro e seis meses de permanência do bebê com a mãe. Já Rio Grande do Norte, Sergipe e Ceará mencionam em suas legislações apenas a obrigatoriedade de existência de uma creche em que o recém-nascido de até seis meses possa permanecer com a sua mãe, o que também é garantido pelo estado do Maranhão.

Assim, de forma geral, os estatutos observam a necessidade de existência de berçário ou creche em que o bebê possa permanecer junto à mãe pelo período

39. AMAZONAS. Lei 2.711, de 28 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o Estatuto Penitenciário do Estado do Amazonas. *Diário Oficial do Estado do Amazonas*, Manaus, 28.12.2001.

40. AMAPÁ. Lei 0692, de 11 de junho de 2002. Dispõe sobre normas de execução penal no Estado do Amapá e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado do Amapá*, Macapá, n. 2821, 08.07.2002.

41. PARANÁ. Decreto Estadual 1.276, de 31 de outubro de 1995. Aprova o Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná. *Diário Oficial do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 4625, 31.10.1995.

42. BAHIA, Decreto 12.247, de 08 de julho de 2010. Aprova o Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia. *Diário Oficial do Estado da Bahia*, Salvador, 08.07.2010.

43. ESPÍRITO SANTO. Secretaria da Justiça. Portaria 332, de 02 de julho de 2003. *Diário Oficial de Justiça do Estado do Espírito Santo*, Vitória, 02.07.2003.

44. MARANHÃO. Decreto 31.356, de 20 de novembro de 2015. Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar Prisional – REDIPRI aplicável às Unidades Prisionais da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEJAP. *Diário Oficial do Estado do Maranhão*, São Luís, 20.11.2015.

45. MATO GROSSO DO SUL. Decreto 12.140, de 17 de agosto de 2006. Dispõe sobre o regimento interno básico das Unidades Prisionais do Estado de Mato Grosso do Sul. *Diário Oficial do Estado do Mato Grosso do Sul*, Campo Grande, n. 6.792, 18.08.2006.

46. SÃO PAULO. Secretaria da Administração Penitenciária. Resolução nº 144, de 29 de junho de2010. Institui o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, São Paulo, 30 jun. 2010. Seção I.

de lactação, em um mínimo de quatro meses, sendo mais comum a menção de permanência até os seis meses e também de prorrogação desse tempo por igual período, de forma que os infantes, hoje, poderiam permanecer com as mães até completarem um ano de idade. Destoam desse tempo os estados do Amapá, Paraná e Rio de Janeiro[47], uma vez que em suas normativas, os três determinam a existência de creche nas unidades penais em que as crianças possam permanecer com as mães até os seis anos de idade. Ademais, o estado da Bahia admite que, em casos excepcionais, a criança possa permanecer até os sete anos de idade, tempo máximo previsto pela LEP.

Nesse contexto, resta óbvio que as normativas estaduais não se encontram minimamente próximas de garantir às mulheres todas as prescrições apresentadas no texto das Regras de Bangkok, dispendendo atenção tão somente à situação estrutural mínima da gestação e maternidade no cárcere que, sabe-se, na realidade não é efetivada, sem qualquer preocupação com as questões de gênero e até mesmo com as responsabilidades de cuidado das mulheres encarceradas com seus filhos, após a saída deles do cárcere, ou dos filhos que deixam em liberdade, quando são presas.

Não obstante essa conclusão geral, importante destacar o instrumento normativo do Estado do Maranhão. O Decreto 31.356/2015 do Estado do Maranhão dispõe sobre o Regulamento Disciplinar Prisional aplicável às Unidades Prisionais da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária e, em seu artigo 5º, dispõe: "São assegurados, também, além dos direitos constantes no artigo 4º deste Decreto, outros que se aplicam à gravidez, ao parto, ao cuidado com os filhos e à atenção básica às necessidades da mulher presa [...]", sendo que após a normativa passa a especificar diversos direitos[48].

---

47. RIO DE JANEIRO. Decreto Estadual 8.897, de 31 de março de 1986. Regulamento do Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 31.03.1986.

48. Art. 5º [...] IV – tratamento preventivo, curativo e de acompanhamento de Doenças Sexualmente Transmissíveis e outras; V – ações para detecção e controle de doenças predominantes no grupo feminino, principalmente o câncer do colo do útero e da mama; VI – ações de planejamento familiar e acesso aos métodos anticoncepcionais existentes; VII – atenção psicológica e social especializadas, destinadas ao atendimento das necessidades da mulher presa; VIII – às gestantes, puerperais e aos recém-nascidos são assegurados também: *a)* atendimento pré-natal e pós-parto especializado para os casos de transmissão verticalizada de doenças, principalmente HIV, tétano neonatal e sífilis congênita; *b)* alimentação e dieta nutricional específica, visando o desenvolvimento saudável da gravidez, das condições do parto, da lactação, do puerpério e do recém-nascido; *c)* realização do "teste do pezinho" para identificar eventual existência de

Conforme se observa, embora não trate em nenhum momento da questão de gênero, diretamente, este é o texto que mais se aproxima das diretrizes apresentadas pelas Regras de Bangkok, expressando a preocupação não apenas com questões básicas relacionadas à gestação no cárcere, mas com a saúde física e mental da mulher, uma questão recorrente na Resolução da ONU, além de considerar a especificidade que deve acompanhar questões de trabalho e assistência à mulher para seu retorno ao convívio social.

No mais, cabe observar que o Regulamento Penitenciário Federal[49] não faz absolutamente nenhuma menção à mulher, tampouco a questões de gênero, bem como as quatro penitenciárias federais hoje existentes no Brasil são destinadas aos encarcerados do sexo masculino, embora haja indicações de que algumas mulheres já chegaram a permanecer em tais unidades prisionais.

3.4. As normas referentes às medidas não restritivas de liberdade

A Resolução 2010/16 da ONU traz em sua Seção III, as Regras 57 a 62, as quais têm como diretriz a substituição para as mulheres de medidas restritivas de liberdade por medidas não restritivas de liberdade, sempre que possível. Trata-se de uma verdadeira política de não encarceramento que incentiva a previsão nas legislações nacionais de alternativas à prisão, considerando especialmente o histórico de vitimização das mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

A Regra 60, em especial, indica que devem ser disponibilizados recursos para elaborar opções satisfatórias às mulheres infratoras, que consistam em medidas não privativas de liberdade, mas combinadas com intervenções que busquem resolver as causas que costumam levar as mulheres à criminalidade. Assim, às medidas devem ser somadas intervenções terapêuticas, orientações para vítimas de violência doméstica, tratamento para transtornos mentais e programas de educação e capacitação para melhorar possibilidade de emprego, sempre considerando as responsabilidades de cuidados das mulheres.

---

fenilcetonúria; do teste para detectar eventual hipotireoidismo e outros testes preventivos necessários; *d)* acesso à imunização. Parágrafo único. A atenção básica especializada, destinada ao atendimento das necessidades da mulher presa, consiste, também, na assistência material, social, educacional e de trabalho, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e as facilidades necessárias para seu retorno ao convívio social; os cuidados com sua saúde física e mental e a preservação moral, intelectual e social, em todos os estágios do cumprimento de sua pena.

49. BRASIL. Decreto 6.049, de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28.02.2007. p. 3.

Em correspondência a essas Regras, no Brasil foi possível observar a mudança apresentada pela Lei 13.257/16 que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. Essa lei alterou o Código de Processo Penal em quatro artigos, enfatizando que na fase investigatória, desde o primeiro contato policial, seja em uma situação de flagrante, seja em interrogatório de pessoa indiciada, deve ser questionado à pessoa sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem qualquer tipo de deficiência, bem como o contato de eventual responsável pelos cuidados desses filhos.

Esses questionamentos claramente visam instruir uma decisão, seja da autoridade policial, seja do magistrado, para a concessão de medidas cautelares alternativas à prisão. E, nesse sentido, foi inclusive alterado o artigo 318 do Código de Processo Penal, para o fim de acrescentar às hipóteses cabíveis de substituição de prisão preventiva por domiciliar a mulher gestante, com filho de até 12 anos incompletos, e mesmo o homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos incompletos.

As alterações trazidas ao Código de Processo Penal, além de atenderem a parte das Regras que prezam pela aplicação às mulheres de medidas não privativas de liberdade, também contemplam a Regra 2, em relação à permissão às mulheres de tomarem providências necessárias em relação à responsabilidade pelos seus filhos. Nesse viés, embora ainda não tenha sido incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, a Regra 2 ainda inclui a possibilidade de se suspender a medida privativa de liberdade por um período razoável, tendo em vista o melhor interesse das crianças, para que cuidados com a guarda dos infantes sejam tomados pela mulher.

Por outra perspectiva, os decretos de indulto e comutação, conforme mencionado, são parte integrante e indissociável da questão prisional no Brasil e, certamente, merecem destaque, uma vez que podem ser utilizados em benefício das mulheres, para o fim de reduzir o encarceramento desnecessário, na hipótese de delitos de reduzido potencial ofensivo, cometidos sem violência ou grave ameaça, como é o caso da maioria das mulheres encarceradas no país, hoje, pela prática de pequenos tráficos.

Registra-se, nesse viés, em um quadro comparativo, que o Decreto 8.940/2016, que concedeu o indulto natalino daquele ano, em diversos aspectos mostrou-se mais restritivo que o Decreto 8.615/2015. Em relação às mulheres, especificamente, o Decreto de indulto natalino de 2016 deixou de prever uma série de situações que, no ano anterior, as havia beneficiado, como a possibilidade de indulto para mulheres condenadas a pena superior a 08 anos de prisão, ainda que por crime cometido com violência ou grave ameaça, que tivesse filho menor de 18 anos de idade ou com doença crônica grave ou deficiência que necessitasse

de seus cuidados e que até o dia 25.12.2015 tivessem cumprido 1/4 da pena se não reincidentes, ou 1/3, se reincidentes.

Em outros casos, o Decreto de 2016 previu de forma mais rígida e para todos, benefícios que anteriormente eram exclusivos das mulheres e mais facilmente obtidos, como por exemplo, diversas situações que em 2015 previam fração menor para a concessão de benefícios a mulheres com filhos de até 18 anos, passaram a atender homens e mulheres, mas apenas para filhos de até 12 anos de idade.

Outro ponto que atingiu a grande massa de mulheres encarceradas foi a determinação de que para condenados pela prática do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, apenas seria concedido o benefício de indulto para as pessoas que se enquadrassem no rol do § 1º do artigo 1º do Decreto, o que felizmente abrangia mulheres grávidas e pessoas com filho de até 12 anos de idade ou com doença crônica grave ou com deficiência que necessitasse de seus cuidados diretos, ainda assim, apenas quando a condenação tivesse reconhecido a primariedade do agente, seus bons antecedentes e a ausência de dedicação a atividades criminosas ou inexistência de participação em organização criminosa, além de cumpridos, até o dia 25.12.2016, 1/4 da pena.

Veja-se que em 2015 essas pessoas, independentemente da idade de seus filhos, uma vez reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a não hediondez do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, poderiam alcançar o benefício com uma fração menor de cumprimento de pena e sem as exigências em relação à sentença de sua condenação.

Contudo, um dos fatores mais impactantes do Decreto de 2016 foi, sem dúvida, a ausência de previsão de comutação para qualquer pessoa. A ausência de comutação era algo que não ocorria desde 1974, quando Ernesto Geisel também impôs um decreto que não concedia o benefício, embora no ano anterior, em 1973, Emílio Garrastazu Médice tivesse previsto o benefício.

Há de se reconhecer, todavia, que não obstante essas situações, um ponto positivo foi a inclusão de gestantes no rol de condenados com menos restrições para a concessão de indulto no Decreto de 2016, o que não havia ocorrido no Decreto de 2015, assim como uma fração menor de cumprimento de pena para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça cuja condenação fosse de até 12 anos de prisão, à exceção de alguns crimes, como os relacionados na Lei de Drogas, inclusive o § 4º do artigo 33, já mencionado.

Contudo, diante de um panorama anteriormente negativo, em 12 de abril de 2017 lançou-se um novo decreto de indulto e comutação, por ocasião do Dia das Mães, em atendimento específico às mulheres. O novo Decreto, sem dúvida, atende às diretrizes da redução de encarceramento em relação às mulheres,

prevista nas Regras de Bangkok, posto que privilegia a situação de mulheres que respondem por delitos cometidos sem violência ou grave ameaça e que, em sua maior parte, têm responsabilidade de cuidados em relação a seus filhos.

Ademais, além da previsão de indulto em diversas situações, inclusive reduzindo a fração de cumprimento de pena exigida para mulheres que cumprem pena decorrente de condenação nos termos do § 3º do artigo 33 da Lei de Drogas, reduzida para 1/6 da pena, voltou a haver previsão do benefício de comutação.

De se observar, todavia, que uma pequena incongruência do texto legislativo prevê a possibilidade de que a mulher reincidente condenada a pena inferior a oito anos de prisão, por cometimento de crime sem violência ou grave ameaça, obtenha a comutação de 1/4 de sua pena, quando não traz nenhuma previsão para a mulher, na mesma condição, que seja não reincidente. De se estranhar porque é comum, no ordenamento jurídico pátrio e mesmo nos decretos de indulto e comutação, que certos benefícios sejam concedidos às pessoas não reincidentes com maior facilidade do que às reincidentes e, no presente caso, o benefício não se apresenta para as não reincidentes.

Independentemente dessa observação, obviamente o Decreto de indulto natalino se opunha de diversas formas às previsões trazidas pelas Regras de Bangkok, todavia, poucos meses após, foi lançado o Decreto de indulto e comutação do Dia das Mães de 12 de abril de 2017, que claramente atende a diretrizes lançadas pelo mesmo instituto normativo internacional.

Logo, embora haja a satisfação das Regras de Bangkok através do decreto mais recente, infelizmente fica claro que não existe uma política pública continuada, tampouco um trabalho pautado no ideário de substituição de medidas de prisão por não privativas de liberdade, que deveria fundamentar o lançamento seriado de instrumentos normativos como os decretos de indulto e comutação e efetivar a política de desencarceramento e observância das questões de gênero.[50]

50. "Em realidade os encaminhamentos políticos-criminais e penitenciários – acaso queiram avançar em sendas de redução das perversidades e de potencialização de práticas humano-dignificantes – devem se dirigir em outro sentido, este, pautado essencialmente na premissa de redução ao máximo das práticas de encarceramento – haja vista os inerentes efeitos perversos das instituições prisionais e o antagonismo destas em relação a qualquer perspectiva de estabelecimento ou reprodução de condições mínimas de sociabilidade saudável –, e no compromisso de respeito (também em seu grau máximo possível) da integridade física e psicossocial dos(as) encarcerados(as), o que implica em se dimensionar os ambientes prisionais às estruturas físicas, dotadas de recursos humanos qualificados, condizentes com a preservação maximizada de identidades e integridades (físicas, psicológicas, morais)" (CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana

4. Considerações finais

Diante dos pontos levantados, o que se pôde depreender desta pesquisa foi que a política legislativa brasileira, definitivamente, não alcança os padrões mínimos de direitos humanos propostos pela Organização das Nações Unidas através das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

De início, as Regras de Bangkok já esclarecem que têm por princípio a igualdade, o que significa a elaboração de leis e observância a medidas que supram necessidades específicas apresentadas pelas mulheres, primando pela igualdade material entre os gêneros, uma vez que a preocupação quanto a essas questões de gênero é recorrente em toda a Resolução.

Opostamente, a LEP, 16 anos mais antiga que as Regras de Bangkok, atualizada pontualmente, não corresponde às diretrizes da normativa internacional. A lei brasileira se refere a um período em que a criminalidade feminina representava ainda uma tímida parcela do total e que o debate de gênero ainda não havia alcançado as proporções que tem hoje.

Ressalta-se, contudo, que isso apenas demonstra o enorme abismo existente entre o que preveem as Regras de Bangkok e a realidade encontrada nas penitenciárias brasileiras. Se a LEP se mostrou insuficiente diante das diretrizes apresentadas nas Regras de Bangkok, pior ainda é a realidade, pois os dados oficiais escancaram que nem mesmo as insuficientes disposições da lei federal são cumpridas.

O grande problema diante disso é que, passados sete anos desde a apresentação das Regras de Bangkok, nenhuma alteração legal foi feita ainda na LEP e se mesmo políticas pautadas na legislação nacional vigente encontram dificuldades em ser implementadas, o que dizer então de diretrizes, tidas como garantias mínimas pelo instrumento de direitos humanos internacional, mas sequer previstas na norma federal.

Seguindo a legislação federal, as normativas estaduais se mostram, quando existentes, omissas em relação à situação da mulher encarcerada, destacando-se como exceção a normativa maranhense, que mais se aproxima das diretrizes internacionais, mas que não evidencia uma verdadeira política legislativa voltada à adequação das normas nacionais.

Luisa Xavier et al. A prisão dentro da prisão: sínteses de uma visão sobre o encarceramento feminino na 5ª região penitenciária do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 17, n.79, jul.-ago. 2009. p. 279).

Aliás, embora os instrumentos estaduais tragam previsões básicas – como a existência de espaços adequados para gestantes e lactantes, em que recém-nascidos possam permanecer ao menos até os quatro meses de vida com a mãe –, sequer estas são aplicadas, chamando a atenção para a situação de mulheres que têm de passar pela experiência do início da maternidade dentro do cárcere.

Outrossim, o que se depreende é que atualmente, no Brasil, as Regras que realmente estão sendo implementadas e que receberam destaque por parte do judiciário e dos legisladores para as mulheres infratoras concernem às medidas não restritivas de liberdade. Essa Seção das Regras de Bangkok busca apresentar opções diversas do encarceramento para as mulheres, considerando o contexto peculiar de violência de gênero que geralmente se relaciona aos tipos penais praticados pelas mulheres e vislumbrando resultados em termos de política criminal mais eficientes e menos traumáticos com a imposição de medidas diversas da prisão para essas mulheres, garantida, ainda, a atenção aos direitos humanos desse grupo. Isso se depreende de alterações pontuais implantadas no Código de Processo Penal e do Decreto de Indulto mencionado.

Ante o resultado dessa pesquisa, o que se vê é que uma vez mais as questões diretamente relacionadas ao cárcere não são observadas. As normas brasileiras relacionadas às mulheres infratoras, hoje se dividem em instrumentos que tratam dos atos de encarceramento e desencarceramento, os quais demonstram uma tentativa paulatina das autoridades em atenderem a medidas internacionais de desencarceramento e instrumentos que regem a forma como o encarceramento deve se dar. Neste ponto, as autoridades têm sido completamente negligentes, tanto na efetivação das poucas regulamentações previstas no ordenamento jurídico brasileiro, quanto na atualização das legislações vigentes, a fim de incorporar aos institutos jurídicos pátrios os direitos mínimos que deveriam ser garantidos à mulher encarcerada, relacionadas às questões de gênero, que não podem mais ser ignoradas, nos termos do quanto preveem das Regras de Bangkok.

5. Referências bibliográficas

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 25, n. 129, p. 69-105, mar. 2017.

ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do estado e de Deus*: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BOURTRON, Camille; CONSTANT, Chloé. Gendering transnational criminality: the case of women's imprisonment in Peru. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 177-195, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670827]. Acesso em: 26.04.2018.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro 2014 / Secretaria Geral da Presidência da República. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf]. Acesso em: 03.06.2017.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres – junho 2014 / Secretaria Geral da Presidência da República. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 03.06.2017.

BUGLIONE, Samantha. O dividir da execução penal: olhando mulheres, olhando diferenças. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. As diretrizes nacionais para investigação do feminicídio na perspectiva de gênero. *Sistema penal e violência*, Porto Alegre, v. 8, n.1, p. 94-106, jan.-jun. 2016. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/23899/14747]. Acesso em: 03.06.2017.

CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; et al. A prisão dentro da prisão: sínteses de uma visão sobre o encarceramento feminino na 5ª região penitenciária do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 17, n.79, p. 251-280, jul.-ago. 2009.

CEREZO, Ana I. Women in Prison in Spain: The Implementation of Bangkok Rules to the Spanish Prison Legislation. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 22, n. 2, 20.06.2016. Disponível em: [www.uma.es/instituto-andaluz-de-criminologia/navegador_de_ficheros/publicaciones-/descargar/women-prison-pain.pdf]. Acesso em: 26.04.2018.

COSTA, Diego Lacerda. *Gênero e prisão*: o discurso jurídico sobre a mulher presa. Dissertação (Pós-Graduação em Letras e Linguística) – Universidade Federal de Alagoas, 2016. Disponível em: [www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/1343/1/G%C3%AAnero%20e%20pris%C3%A3o%20o%20discurso%20jur%C3%ADdico%20sobre%20a%20mulher%20presa.pdf]. Acesso em: 04.06.2017.

COSTA, Suely Gomes. Estudos de gênero em cena: história, historiografia e pesquisa. *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*. Florianópolis, v. 08,

v. 02, p. 104-124. 2011. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2011v8n2p104/20570]. Acesso em: 04.06.2017.

COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio. Os direitos humanos e as questões de gênero. *História Revista – Revista da Faculdade de História e do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Goiás*, Goiânia, v. 19, n. 3, p. 33-57, 2014. Disponível em: [www.revistas.ufg.br/historia/article/view/32992]. Acesso em: 03.06.2017.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero. *Revista Ártemis*, v. XVIII, n. 1, p. 212-227, jul.-dez. 2014. Disponível em: [http://periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/viewFile/22547/12510]. Acesso em: 03.06.2017.

FILI, Andriani. Women in prison: victims or resisters? Representations of agency in women's prisons in Greece. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 1-26, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670862]. Acesso em: 26.04.2018.

GELTNER, Guy. A cell of their own: the incarceration of women in late medieval Italy. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 27-51, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670768]. Acesso em: 26.04.2018.

GENTILE, María Florencia; TABBUSH, Constanza. Emotions behind Bars: the regulation of mothering in argentine jails. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 131-149, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670920]. Acesso em: 26.04.2018.

HALEY, Sarah. "Like i was a man": chain gangs, gender, and the domestic carceral sphere in Jim CrowGeorgia. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 53-77, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670769]. Acesso em: 26.04.2018.

HANEY, Lynne. Motherhood as punishment: the case of parenting in prison. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 105-130, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670815]. Acesso em: 26.04.2018.

MAHTANI, Sabrina. Women and the criminalization of poverty: perspectives from Sierra Leone. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 243-264, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670919]. Acesso em: 26.04.2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

OLIVEIRA, Natacha Alves de; FERNANDES, Luciana Costa. Análise contextual da prisão de Adriana Ancelmo no combate à corrupção e ao superencarceramento feminino: raça, classe e gênero intermediando concessões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 189-217, ago. 2017.

PEMBERTON, Sarah. Enforcing gender: the constitution of sex and gender in prison regimes. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 39, n. 1, p. 151-175, set.-dez. 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670828]. Acesso em: 26.04.2018.

PERES, Wiliam Siqueira; SANTOS, Cíntia Helena. Tecnologias de gênero, masculinidades e aprisionamentos na execução penal. *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*. Florianópolis, v. 08, v. 01, p. 185-199, 2011. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2011v8n1p185/18431]. Acesso em: 04.06.2017.

RAMOS, Luciana de Souza. *O reflexo da criminalização das mulheres delinqüentes pela ausência de políticas públicas de gênero*. Em questão: os direitos sexuais e reprodutivos. 2010. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%-2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf]. Acesso em: 26.02.2018.

SIMAS, Luciana et al. A jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 22, p. 547-571, jul.-dez. 2015.

UNITED NATIONS DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION. *The Four Global Womens' Conferences 1975-1995*: historical perspective. maio 2000. Disponível em: [www.un.org/womenwatch/daw/followup/session/presskit/hist.htm]. Acesso em: 04.06.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A internalização das Regras de Bangkok e seus efeitos na execução da pena por mulheres no Brasil: limites e desafios no contexto de encarceramento em massa, de Luciana Costa Fernandes e Mariana Paganote Dornellas – *RBCCrim* 145/209-240 (DTR\2018\17970); e
- Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero, de Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Carmen Hein de Campos – *RBCCrim* 146/273-303 (DTR\2018\18282).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2017\490431; JRP\2018\376127 e JRP\2018\89441.

A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do *compliance* decorrente da relação de criptomoedas como os *bitcoins* e a lavagem de dinheiro

The necessary reflection on the legislative expansion of the compliance arising from the relationship of cryptocurrencies like the bitcoins and the money laundering

Douglas Sena Bello

Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Processo Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu/IBCCrim e em Direito Penal Empresarial pela PUCRS. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado Criminalista.
senabello@gmail.com

Giovani Agostini Saavedra

Doutor em Direito e em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main (Alemanha). Mestre em Direito e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Professor de Direito Penal, *Compliance* e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da PUCRS, professor e coordenador da Especialização em *Compliance* da PUCRS, professor dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Criminais e em Direito da PUCRS (Mestrado e Doutorado). É Professor convidado em diversos cursos de pós-graduação *lato sensu*, Pesquisador do Institut für Sozialforschung (Alemanha, Frankfurt am Main) no período de 2005 a 2008, Secretário Geral do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), Coordenador do Núcleo de Pesquisa em *Compliance*, Governança Corporativa & Inovação.
giovani.saavedra@saavedra.adv.br

Recebido em: 30.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 09.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: As criptomoedas têm assumido um papel relevante na economia mundial, e no Brasil a situação não é diferente. Tal avanço decorre, em grande medida, de suas características principais como extraoficialidade e a dificuldade de identificação de seu real proprietário. Desse modo,

Abstract: Cryptocurrencies have been assumed an important role in the global economy and in Brazil, the situation is no different. Such progress is largely due to its main features as unofficial character and the hardship of identifying its real owner. Thus, it is imperative to analyze

Bello, Douglas Sena; Saavedra, Giovani Agostini. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do *compliance* decorrente da relação de criptomoedas como os *bitcoins* e a lavagem de dinheiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 147. ano 26. p. 251-272. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

torna-se imperioso analisar a necessidade de expansão legislativa em relação à aplicação do compliance às administradoras de bitcoins, com o intuito de fiscalizar e reprimir a eventual lavagem de dinheiro por meio de criptomoedas, como os bitcoins. Nesse sentido, o presente excerto abordará, a partir da análise do bitcoin, as principais peculiaridades das criptomoedas, bem como tratará, de forma introdutória, acerca do compliance e dos deveres da Lei 9.613/98. Adentrará na relação entre as administradoras de bitcoins (bitcoins exchanges) e o instituto em questão e a regulamentação das moedas virtuais no Banco Central do Brasil e no European Central Bank. Por fim, a partir da análise das características dos bitcoins relevantes sob a ótica do branqueamento de capitais, verificar-se-á os desafios trazidos pelas criptomoedas a política legislativa penal brasileira.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro – Criptomoedas. – *Bitcoins* – Deveres de informação.

the need for legislative expansion regarding the application of compliance to bitcoins administrators, aiming to control and repress possible money laundering through crypto-coins such as bitcoins. In this sense, this excerpt will present, by bitcoin analysis, the main traits of the cryptoccurrencies, as well as an introductory approach on compliance and the duties of Law 9.613/98. It will get into the relationship between the bitcoins administrators (bitcoins exchanges) and the institute in question and the regulation of virtual currencies at the Central Bank of Brazil and at the European Central Bank. Finally, through the bitcoins characteristics analysis, relevant from the perspective of money laundering, the challenges brought by the cryptocurrencies to Brazilian legislative policy will be inspected.

Keywords: Money laundering – Crypto currency – *Bitcoins* – Duties of information.

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é *bitcoin*. 3. *Compliance* e os deveres da Lei 9.613/98. 4. *Bitcoins exchanges* e *compliance*. 5. A regulamentação das moedas virtuais no Banco Central do Brasil e no *European Central Bank*. 6. As características do *bitcoin* relevantes sob a perspectiva do branqueamento de capitais. 7. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A partir das inegáveis transformações econômicas mundialmente enfrentadas, bem como da intensificação do ideário de um livre mercado, sem as amarras estatais, é possível perceber que o sistema financeiro tem enfrentado profundas alterações em sua raiz, ao passo que atualmente tem-se vislumbrado a expansão da virtualização desse sistema, através de bancos e principalmente moedas virtuais, não vinculadas a ordenamento jurídico algum, seja ele nacional ou estrangeiro, como, por exemplo, os *bitcoins*. Tal situação vem se perfectibilizando de maneira cada vez mais acelerada, embora amparada, como no caso das criptomoedas, em algo extremamente volátil, cuja variação transita entre patamares inimagináveis para a "precificação" de uma moeda.

Além disso, a adesão a essa nova forma econômica, qual seja, pautada principalmente pela virtualização da moeda, reflete de maneira interessante nas formas de prevenção a ilícitos econômicos, como a lavagem de dinheiro. A prevenção

ao branqueamento de capitais, no Brasil, rotineiramente adequa-se a disposições internacionais sobre o tema. Nesse ponto, faz-se imperioso referir que o Brasil, atendendo a diretrizes internacionais de combate e prevenção a lavagem de dinheiro, editou a Lei 9.613/98, que trata da fiscalização e persecução criminal do referido ilícito. Ocorre que tal dispositivo legal foi alterado em 2012, novamente com o intuito de atender a disposições internacionais e equalizar o combate ao branqueamento de capitais. A partir dessa alteração legislativa, perfectibilizada por meio da Lei 12.683/2012, incrementou-se, dentre outros itens, os mecanismos de controle às pessoas físicas ou jurídicas que tenham como atividade a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira[1].

Nesse caminho, o Banco Central do Brasil passou a editar algumas normas administrativas, como Resoluções e Circulares, especificando e orientando as instituições financeiras na condução e implementação de programas de *compliance*, a fim de viabilizar o combate e a persecução ao branqueamento de capitais por meio de tais instituições. Ocorre que, ao que se percebe, a legislação brasileira possui como pano de fundo um momento da economia que atualmente encontra-se, em certa medida, desfigurado, uma vez que a utilização de criptomoedas em transações e, principalmente, como forma de investimento vem ocupando cada vez mais espaço na sociedade.

Desse modo, considerando que a legislação brasileira foi desenvolvida tendo por pressuposto a utilização de moeda regulada por um Estado, a utilização do *bitcoin* desperta especial interesse e aponta para a necessidade de discussão acerca dos reflexos e responsabilidades penais decorrentes dessa conduta. No presente excerto, a análise concentrar-se-á nos desafios que o tema acarreta à política legislativa penal, a partir da relação entre os deveres de *compliance* previstos na Lei 9.613/98 e as *bitcoins exchanges* (administradoras de *bitcoins*).

Sob esse ponto, faz-se imperioso observar que, embora tenha-se ciência de que a legislação penal não tem a mesma velocidade no que tange às suas alterações, a reflexão acerca da expansão do *compliance*, vislumbrado como instituto de combate e persecução ao branqueamento de capitais, em certa medida decorrente do reconhecimento estatal de que não possui condições de exercer tal

1. Disposição expressamente prevista no art. 9º, I, da Lei 9.613/98, que dispõe *in verbis:* Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: I – a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; [...].

atividade de maneira isolada, torna-se relevante na medida em que órgãos internacionais cientes da expansão das criptomoedas têm analisado o tema e emitido comunicados de grande relevância, os quais não apenas relegam a segundo plano as criptomoedas, apresentando apenas os riscos decorrentes da sua volatilidade como argumento de persuasão para a sua não utilização. Assim, assume papel de relevo, sob a perspectiva da política legislativa penal, a análise acerca dessa evolução da economia decorrente do incremento da utilização de criptomoedas, como o *bitcoin*, em transações financeiras e investimentos.

2. O QUE É *BITCOIN*

A análise a que se propõe o presente trabalho deve partir da identificação e delimitação do que constitui uma criptomoeda e, a fim de melhor elucidar as questões, terá como base a sua principal espécie, qual seja, o *bitcoin*. Desse modo, de plano é importante perceber que *bitcoin* é uma dentre várias moedas virtuais, a qual se toma por base para a discussão aventada no presente excerto em decorrência da sua visibilidade em escala mundial.

Adentrando-se mais especificamente na análise da criptomoeda em questão, faz-se imperioso referir que o *bitcoin* não possui um criador identificado, apenas um pseudônimo (Satoshi Nakamoto), e sua origem, segundo algumas fontes[2], remonta ao ano de 2009. Em que pese a ausência de fonte confiável acerca da origem desta espécie de criptomoeda[3], o que se percebe é que o seu surgimento em grande medida decorre da intenção de se facilitar transações eletrônicas, equiparando-as àquelas em que se utilizam cédulas, ou seja, onde não existem intermediários e em uma velocidade absurdamente maior.

O *bitcoin* "é uma tecnologia digital que permite reproduzir em pagamentos eletrônicos a eficiência dos pagamentos com cédulas [...] Pagamentos com *bitcoins* são rápidos, baratos e sem intermediários"[4]. Outrossim, a referida moeda "possibilita a realização de transações *on-line* sem a necessidade de intermediários, como o governo ou as instituições financeiras centralizadoras oficiais"[5].

2. O que é *Bitcoin*? *Bitcoin Brasil*, [S.l., 2018]. Disponível em: [www. bitcoinbrasil.com.br/o-que-e-bitcoin/]. Acesso em: 17.04.2018.

3. Acerca da origem do *bitcoin*, sugere-se o documentário disponível no Netflix denominado *Banking on bitcoin*.

4. O que é *Bitcoin*? *Bitcoin Brasil*, [S.l., 2018]. Disponível em: [www. bitcoinbrasil.com.br/o-que-e-bitcoin/]. Acesso em: 17.04.2018.

5. AKAMINE, Alicia Yukari Lima; MACHADO, Ulisses Alves de Levy; ZACKSESKI, Cristina Maria. *Bitcoin*: um estudo sobre a legalidade da criptomoeda no Brasil. *Revista de Estudos*

Não se pode olvidar que não ser controlada, por exemplo, pelo Banco Central, é uma característica relevante do *bitcoin* e isso se deve ao fato de que ela é produzida por inúmeros computadores de maneira descentralizada ao redor do mundo[6]. Sobre esse ponto, faz-se imperioso observar a exposição de Alicia Ukamine, Ulisses Machado e Maria Zackseski[7] abaixo transcrita:

> Na era digital as pessoas são constantemente surpreendidas por inovações e uma das mais recentes, advinda do desenvolvimento dos sistemas computacionais, é a moeda virtual, cujo exemplar mais conhecido e popular vem a ser o *Bitcoin*. Essa moeda revolucionou a forma de se realizarem transações econômicas, na medida em que, após o longo processo mundial de centralização bancária havida a partir do início do século XX (como forma de descomoditização das moedas, de aumento do controle econômico e do empoderamento estatal), veio a ser a primeira moeda descentralizada, ou seja, sem um intermediário para operá-la.

Adentrando-se na descentralização do *bitcoin* é preciso compreender que o "Projeto *Bitcoin*"[8] trata-se de "uma rede ponto a ponto, na qual as pessoas podem compartilhar entre si recursos computacionais pela Internet, sem a necessidade da coordenação de um servidor central"[9]. Tal característica, como será abordado

---

Criminais, Porto Alegre, v. 16, n. 66, jul.-set. 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138495]. Acesso em: 10.04.2018. p. 62.

6. AZEVEDO, Rita. Entenda o que é *bitcoin*. *Revista Exame*, São Paulo, 14.03.2018. Disponível em: [https://exame.abril.com.br/mercados/entenda-o-que-e-bitcoin/]. Acesso em: 11.04.2018.
7. AKAMINE, Alicia Yukari Lima; MACHADO, Ulisses Alves de Levy; ZACKSESKI, Cristina Maria. *Bitcoin*: um estudo sobre a legalidade da criptomoeda no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 66, jul.-set. 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138495]. Acesso em: 10.04.2018. p. 62.
8. AKAMINE, Alicia Yukari Lima; MACHADO, Ulisses Alves de Levy; ZACKSESKI, Cristina Maria. *Bitcoin*: um estudo sobre a legalidade da criptomoeda no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 66, jul.-set. 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138495]. Acesso em: 10.04.2018. p. 62.
9. AKAMINE, Alicia Yukari Lima; MACHADO, Ulisses Alves de Levy; ZACKSESKI, Cristina Maria. Bitcoin: um estudo sobre a legalidade da criptomoeda no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 66, jul.-set. 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138495]. Acesso em: 10.04.2018. p. 62.

ao longo do presente trabalho, possui imbricações relevantes sob a perspectiva da lavagem de dinheiro.

No entanto, ainda em relação às noções introdutórias acerca dessa moeda virtual, impende observar que a aquisição de *bitcoins*, por sua vez, se dá através da denominada "mineração", forma pela qual os computares ficam conectados produzindo a moeda, através da aquisição em casas de câmbio específicas ou por meio da aceitação de *bitcoins* em negociações.[10]

Deve-se ter em mente a volatidade desta criptomoeda, haja vista que "Nos primeiros cinco meses de 2017, o interesse pela *bitcoin* explodiu. No dia 1º de janeiro, a moeda era negociada a pouco mais de mil dólares. No final de maio, já valia mais de 2,4 mil dólares"[11]. Outrossim, tem-se vislumbrado a crescente utilização dos *bitcoins* como forma de investimento, no entanto, não se pode olvidar que a referida criptomoeda contribui para a ocultação de valores ilícitos, ao passo que uma de suas características é a não identificação de seu "proprietário", apenas de seu "portador".[12] Em síntese, o *bitcoin* tem como principais características/vantagens:

> operações realizadas de forma segura; significativa redução dos custos de transação e agilidade, já que uma pessoa pode transferir *Bitcoins* diretamente para outra em qualquer lugar do mundo, sem precisar pagar taxas a um terceiro e esperá-lo efetuar a transação; dificilmente será falsificada, em contraposição à maior facilidade de falsificação do papel-moeda; e proporciona uma oferta inelástica, pois sua criação é limitada ao número de 21 milhões, o que impossibilita a criação de reservas fracionárias capazes de gerar crises econômicas ou "bolhas".[13]

10. AZEVEDO, Rita. Entenda o que é *bitcoin*. *Revista Exame*, São Paulo, 14.03.2018. Disponível em: [https://exame.abril.com.br/mercados/entenda-o-que-e-bitcoin/]. Acesso em: 11.04.2018.
11. AZEVEDO, Rita. Entenda o que é *bitcoin*. *Revista Exame*, São Paulo, 14.03.2018. Disponível em: [https://exame.abril.com.br/mercados/entenda-o-que-e-bitcoin/]. Acesso em: 11.04.2018.
12. Para compreender melhor, sugere-se a leitura do texto disponível em: [www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2014/01/bitcoin-o-que-e.html]. Acesso em: 06.07.2017.
13. AKAMINE, Alicia Yukari Lima; MACHADO, Ulisses Alves de Levy; ZACKSESKI, Cristina Maria. *Bitcoin*: um estudo sobre a legalidade da criptomoeda no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 66, jul.-set. 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138495]. Acesso em: 10.04.2018. p. 65.

Ocorre que algumas organizações se têm especializado na administração de *bitcoins*, bem como em sua comercialização, funcionando como se casas de câmbio fossem. Essas empresas são denominadas de *bitcoins exchanges* (administradoras de *bitcoins*). Dessa feita, em decorrência da similaridade com as pessoas obrigadas previstas no art. 9º, I, da Lei 9.613/98 e da crescente utilização desta criptomoeda, torna-se relevante a análise acerca dos desafios que tal transformação acarreta à política legislativa penal, a partir do estudo sobre a aplicabilidade dos deveres de *compliance*, previstos na lei de branqueamento de capitais, às *bitcoins exchanges*.

Por fim, não se pode olvidar o alerta apresentado por Alicia Ukamine, Ulisses Machado e Maria Zackseski[14] em relação a eventual criminalização do *bitcoin*:

> Como todo instrumento ou como todo objeto de conduta ilícita (facas, armas, moeda legal, drogas, integridade física, propriedade), o *Bitcoin* constitui ferramenta que pode ser utilizada para diversos propósitos. A escolha que se faça por sua criminalização (ou pela criminalização das diversas condutas que lhe são correlatas, como o uso a título de meio de pagamento, intermediação, porte, mineração, etc.) é absolutamente política e atende, conforme o caso, a interesses simplificadores da adoção de soluções que equivalem, alegoricamente, a 'matar o mensageiro, por não gostar da mensagem'.

Nesse ponto se insere o presente excerto, ao passo que a partir da compreensão das características das criptomoedas, mais especificamente, dos *bitcoins*, analisar-se-á a eventual expansão do *compliance* às moedas virtuais, sob a perspectiva da repressão à lavagem de dinheiro.

3. Compliance e os deveres da Lei 9.613/98

Assim como a economia, o direito penal vem gradativamente ocupando-se de novos objetos de estudo, situação que ensejou a crescente abordagem acerca do *compliance*, o qual possui íntima relação com algumas das transformações econômicas vislumbradas em nível mundial. O *compliance* surge a partir da busca por uma resposta ao clamor por justiça decorrente da crise financeira enfrentada em nível mundial, que despertou na sociedade o anseio por punição aos agentes

14. AKAMINE, Alicia Yukari Lima; MACHADO, Ulisses Alves de Levy; ZACKSESKI, Cristina Maria. Bitcoin: um estudo sobre a legalidade da criptomoeda no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 66, jul.-set. 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138495]. Acesso em: 10.04.2018. p. 62.

que conduziam suas atividades pautadas pela falta de transparência. Nesse contexto, quando efetivamente se concretiza uma crise financeira nas proporções como essa recentemente enfrentada em nível mundial, grande parcela da sociedade coloca em cheque a política de desregulação do sistema financeiro, bem como seu descontrole, questionando de maneira mais fervorosa as condutas dos operadores econômicos.[15]

A partir disso, percebe-se a necessidade de troca de rumo na política econômica, ao que surge "la idea de que el funcionamiento razonable de una economía de mercado debe observar numerosos valores capaces de asegurar la equidad y transparencia em los intercambios económicos"[16]. Esse é o pano de fundo do surgimento do *compliance*, uma vez que dá início à ideia de responsabilização dos agentes por falta de transparência[17].

Nesse sentido, é possível perceber que o *compliance* surge para auxiliar o Estado na transparência das relações econômicas, em certa medida, em contraste com o objetivo de criação das moedas virtuais, as quais, como visto anteriormente, tem como principal característica a falta de transparência de suas transações. A partir disso, surge a necessidade de analisar-se mais detidamente em que consiste o *compliance*, bem como os seus deveres, para, a partir da sua base normativa, identificar a eventual necessidade de aperfeiçoamento da política legislativa penal sobre o tema.

Desse modo, o *compliance* guarda íntima relação com o ideário de prevenção, pois a partir dele, empresas se organizam a fim de instituir um sistema de prevenção de responsabilidade, bem como de cumprimento da legislação. Dessa feita, verifica a relação do *compliance* com o direito penal, uma vez que aquele enseja uma nova análise, a qual passa a englobar não só a defesa em processo criminal, mas a evitação desse.[18]. Com isso, adentra-se em uma nova face à repressão criminal a alguns ilícitos, onde o Estado, ao se dar conta da sua incapacidade para reprimir,

15. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 13
16. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Lavado de dinero, criminal compliance y omisión impropria: líneas generales para una propuesta de sistematización. In: DÍAZ, Juan Elías Carrion; VIVEIROS, Carlos. *El delito de lavado de activos:* aspectos sustantivos, procesales y de política criminal. Lima: Grijley, 2017. t. 3. p. 149
17. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 14
18. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 22

opta por transferir aos particulares, como, por exemplo, as instituições financeiras, o combate a esses ilícitos, como é o caso da lavagem de dinheiro. Nesse ponto, destaca-se a posição de Andrei Zenkner Schimidt[19] acerca dessa terceirização alhures referida, senão vejamos

> Paralelo a este fenómeno – de fundamentación primordialmente económica –, se inauguró, quizá debido a su influencia, una gradual percepción de que el Estado no dispone de mecanismos eficaces para la represión de desviaciones (penales y extrapenales) verificadas en el contexto de las prácticas económicas. El cambio se inaugura con la transferencia selectiva de la competencia de fiscalización – antes monopolizada por los organismos estatales – hacia las corporaciones privadas que participan de los intercambios económicos, en relación a las prácticas adoptadas por sus propios agentes y, en algunos casos, por terceros.

Assim sendo, o *compliance* assume um papel auxiliar ao direito penal em relação a alguns ilícitos, como é o caso da lavagem de dinheiro, uma vez que visa extinguir as válvulas de escape utilizadas para a transformação de valores ilícitos em lícitos, com a devida reinserção na economia. Após compreender alguns fatores que ensejaram o surgimento do *compliance*, passa-se à análise acerca da sua origem na legislação brasileira.

Compliance surge na década de 90[20] e assume papel de relevo sob a perspectiva criminal a partir da Lei 9.613/98, ou seja, com a lei de lavagem de dinheiro, bem como com a Resolução 2.554/98 do Conselho Monetário Nacional.[21] No entanto, foi a Lei 12.683/12 que, ao modificar a lei de lavagem de capitais, expandiu o rol de pessoas obrigadas e inseriu novos deveres. A partir disso, inúmeras disposições extrapenais editadas pelo Banco Central do Brasil, COAF, CVM e diversos outros órgãos passaram a integrar o arcabouço jurídico sobre o tema, sendo

19. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Lavado de dinero, criminal compliance y omisión impropria: líneas generales para una propuesta de sistematización. In: DÍAZ, Juan Elías Carrion; VIVEIROS, Carlos. *El delito de lavado de activos:* aspectos sustantivos, procesales y de política criminal. Lima: Grijley, 2017. t. 3. p. 149.

20. SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance* e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, jul.-set. 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108707]. Acesso em: 05.11.2017. p. 169.

21. SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance* e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, jul.-set. 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108707]. Acesso em: 05.11.2017. p. 169.

constantemente atualizado, o que, em certa medida, dificulta a menção exaustiva a todas de maneira detalhada.

No entanto, é a partir dessas disposições nacionais e internacionais que se extraem os principais deveres de *compliance*, embora seja a Lei 9.613/98 a principal fonte de deveres de *compliance* relacionados à prevenção ao branqueamento de capitais, de onde se extrai o dever que maior relação guarda com as criptomoedas, qual seja, o dever de identificação dos efetivos beneficiários das transações. Assim, o que se percebe é que tais deveres pautam-se pelo ideário do "*know your customes* (conheça o seu cliente)"[22] e "*know your customer's customer* (conheça o cliente do seu cliente)"[23]. Nesse sentido, "em relação à lavagem de dinheiro, o Estado mostra que sua atuação é pautada na repressão *ex ante* do fato ilegal, incidindo diretamente sobre transações suspeitas e atos afins que comumente servem para a prática do delito"[24].

Em síntese, a legislação mencionada anteriormente apresenta deveres que colidem com as principais características das moedas virtuais, as quais são atrativas aos indivíduos que optam por tal moeda.

4. *Bitcoins exchanges* e *compliance*

A persecução criminal em face da lavagem de dinheiro, a partir de diretrizes internacionais, transfere a alguns particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, a fiscalização em relação ao ilícito penal em comento. Nesse sentido, Wunderlich/Estellita[25] salientam que a ampliação do rol das pessoas obrigadas

22. ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. *Criminal compliance* e lavagem de dinheiro: tendências político-criminais atuais gestadas pelos Centros Legislativos Comunitários. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 63, out.-dez. 2016. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=132679]. Acesso em: 27.01.2018. p. 24.
23. ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. *Criminal compliance* e lavagem de dinheiro: tendências político-criminais atuais gestadas pelos Centros Legislativos Comunitários. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 15, n. 63, out.-dez. 2016. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=132679]. Acesso em: 27.01.2018. p. 24.
24. MOREIRA, Arthur da Silva. *Criminal compliance, lavagem de dinheiro e imputação objetiva*. São José dos Pinhais: Editora Plena, 2016. p. 112
25. WUNDERLICH, Alexandre; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, deveres de informação e advocacia na Lei de Lavagem de Dinheiro. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Livro homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. p. 24.

decorre também de orientação internacional, como mencionado anteriormente, e que com isso "o Brasil impôs uma espécie de cooperação privada obrigatória para o controle dos processos de lavagem de dinheiro, justamente para pessoas físicas e jurídicas que atuam em setores importantes na captação e transferência de recursos financeiros ou como *gatekeepers*".

A cooperação alhures mencionada é denominada de deveres de *compliance*, elencados nos arts. 10 e 11 da Lei 9.613/98, podem ser sintetizados em quatro deveres, a saber: "[...] identificar e cadastrar clientes [...], registrar operações [...], prestar informações requisitadas pelas autoridades financeiras [...] e, principalmente comunicar, independentemente de provocação pelas autoridades a prática de operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou simplesmente valor elevado [...]"[26]

Não se pode olvidar que o branqueamento de valores, em sua essência, é realizado de maneira escamoteada, situação que exige do Estado uma atuação prévia, ou seja, antes do mascaramento da origem ilícita, como bem assevera Gloeckner[27]. Desse modo, percebendo a impossibilidade de reprimir a lavagem de dinheiro, o Estado optou por transferir a fiscalização àquelas pessoas elencadas no art. 9º, dentre as quais as que trabalham com "a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira"[28].

Contudo, no caso dos *bitcoins*, trata-se de moeda virtual administrada pelas denominadas *bitcoins exchanges*. A peculiaridade das moedas virtuais é que, salvo melhor juízo, não se amoldam à descrição contida no art. 9º, I, da Lei 9.613/98, ao passo que não se tratam de moeda nacional ou estrangeira, haja vista a sua desvinculação a qualquer Estado.

Com isso, considerando-se a inegável discrição na negociação dos *bitcoins*, sendo inclusive um dos fundamentos das *bitcoins exchanges* para a adesão dos interessados, somada à "isenção de impostos", esse trânsito de valores à margem do sistema financeiro subsume-se à lavagem de dinheiro na forma de ocultação,

26. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de *compliance*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 226, set. 2011. p. 13.

27. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance*, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do* nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a]. Acesso em: 05.07.2017.

28. BRASIL. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm]. Acesso em: 06.07.2017.

contudo, não incidindo os deveres de informação em face dos administradores de *bitcoin*, não seria esse um mercado fértil para a transformação de valores ilícitos em lícitos?

A discussão acerca da relação dos *bitcoins* com a lavagem de dinheiro já fora objeto de análise pelo judiciário dos Estudos Unidos em um processo em que se discutia a legalidade de transações envolvendo *bitcoins*, mais precisamente a aquisição de objetos ilícitos e a venda de *bitcoins* com lucro[29]. No referido processo, o julgador manifestou-se, no que tange à lavagem de dinheiro, no sentido de que não houve tal ilícito, uma vez que *bitcoin* não é, de fato, dinheiro.[30]

Nesse sentido, importante referir que, no caso do Brasil, mais relevante ainda é esse argumento, tendo em vista que aqui o princípio da legalidade tem base constitucional e é um dos fundamentos do Direito Penal, e, em função disso, tendo em vista que há previsão expressa no dispositivo legal em comento (art. 9º, I, da Lei 9.613/98) do termo "moeda nacional ou estrangeira" e considerando-se o *bitcoin* como uma moeda virtual desvinculada de qualquer sistema financeiro, alargar a incidência da norma supracitada configuraria analogia *in malam partem,* vedada no direito penal/processual penal brasileiro.

5. A regulamentação das moedas virtuais no Banco Central do Brasil e no European Central Bank

O Banco Central do Brasil, em 19 de fevereiro de 2014, disponibilizou o Comunicado 25.306[31], no qual apenas apresenta os riscos da utilização das denominadas moedas virtuais. Contudo, no item 7 menciona expressamente que "esses instrumentos virtuais podem ser utilizados em atividades ilícitas, o que pode dar ensejo a investigações conduzidas pelas autoridades públicas"[32].

29. ERB, Kelly Phillips. Miami judge rules that bitcoin is not money. *Forbes*, [S.l.], 27 jul. 2016. Disponível em: [www.forbes.com/sites/kellyphillipserb/2016/07/27/miami-judge-rules-that-bitcoin-is-not-money/#182c24b24a6d]. Acesso em: 11.04.2018.
30. ERB, Kelly Phillips. Miami judge rules that bitcoin is not money. *Forbes*, [S.l.], 27 jul. 2016. Disponível em: [www.forbes.com/sites/kellyphillipserb/2016/07/27/miami-judge-rules-that-bitcoin-is-not-money/#182c24b24a6d]. Acesso em: 11.04.2018.
31. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado 25.306, de 19 de fevereiro de 2014*. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas "moedas virtuais" ou "moedas criptografadas" e da realização de transações com elas. Disponível em: [www3.bcb.gov.br/normativo/detalhar Normativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277]. Acesso em: 11.04.2018.
32. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado 25.306, de 19 de fevereiro de 2014*. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas "moedas virtuais" ou "moedas

Ademais, o comunicado mencionado anteriormente ratifica o entendimento de que as moedas virtuais, como é o caso do *bitcoin*, não podem ser consideradas como nacional ou estrangeira, ao passo que no item 3 o Bacen afirma que

> As chamadas moedas virtuais não são emitidas nem garantidas por uma autoridade monetária. Algumas são emitidas e intermediadas por entidades não financeiras e outras não têm sequer uma entidade responsável por sua emissão. Em ambos os casos, as entidades e pessoas que emitem ou fazem a intermediação desses ativos virtuais não são reguladas nem supervisionadas por autoridades monetárias de qualquer país[33].

Recentemente o Banco Central do Brasil divulgou novo comunicado sobre o tema, qual seja, o Comunicado 31.379/2017, onde consta, no item 4, que

> As empresas que negociam ou guardam as chamadas moedas virtuais em nome dos usuários, pessoas naturais ou jurídicas, não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central do Brasil. Não há, no arcabouço legal e regulatório relacionado com o Sistema Financeiro Nacional, dispositivo específico sobre moedas virtuais. O Banco Central do Brasil, particularmente, não regula nem supervisiona operações com moedas virtuais[34].

Além disso, tal comunicado serve de alerta aos indivíduos que optam pela utilização das moedas virtuais e, por fim, afirma que não foi identificada a necessidade de regulamentação desses ativos.

O *European Central Bank*[35], ao abordar a questão das moedas virtuais, apresentou três riscos que a referida moeda apresenta ao sistema financeiro, bem

---

criptografadas" e da realização de transações com elas. Disponível em: [www3.bcb.gov.br/normativo/detalhar Normativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277]. Acesso em: 11.04.2018.

33. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado 25.306, de 19 de fevereiro de 2014*. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas "moedas virtuais" ou "moedas criptografadas" e da realização de transações com elas. Disponível em: [www3.bcb.gov.br/normativo/detalhar Normativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277]. Acesso em: 11.04.2018.
34. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado 31.379, de 16 de novembro de 2017*. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: [www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=31379&tipo=Comunicado&data=16/11/2017]. Acesso em: 11.04.2018.
35. EUROPEAN CENTRAL BANK. *Virtual currency schemes:* a further analysis. Germany, Feb. 2015. Disponível em: [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf]. Acesso em: 11.04.2018.

como ao financiamento do terrorismo e a lavagem de dinheiro, sendo eles: a) não há registro das transações e usuários, devido a sua natureza descentralizada, tornando difícil sua fiscalização; b) dificuldade de aplicação das leis e regulamentos em relação à lavagem de dinheiro, em decorrência da complexa infraestrutura utilizada nas transferências; e c) os provedores de moeda virtual encontram-se espalhados pelo mundo, dificultando, dessa feita, o controle efetivo.

Além disso, em comunicado de 12 de outubro de 2016, o *European Central Bank*[36] demonstra maior preocupação com o uso das moedas virtuais, ao passo que vislumbra o risco da sua utilização para atividades ilícitas e, assim sendo, orienta a elaboração de diretivas para a regulamentação de tais moedas, bem como menciona que o tema vem sendo revisitado pelo GAFI[37] ao indicar três manifestações desse, a saber: a) *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation* (Padrões Internacionais de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação); b) *Virtual Currencies – Key Definitions and Potential AML/CFT Risks* (Moedas virtuais – definições fundamentais e principais riscos para a prevenção do branqueamento de capitais e a luta contra o financiamento do terrorismo); c) *Guidance for a Risk-Based Approach – Virtual Currencies* (Orientações do GAFI para uma abordagem baseada no risco – moedas virtuais), todos disponíveis no site no GAFI.

Isso posto, é possível perceber a proporção que a discussão acerca da relação entre moedas virtuais e lavagem de dinheiro tem assumido em escala mundial. Assim, a partir das disposições contidas na regulamentação brasileira, até então vigente, a questão que novamente se apresenta envolve a necessidade de reflexão acerca da política legislativa penal brasileira no que pertine à aplicação dos

36. BANCO CENTRAL EUROPEU. Parecer do Banco Central Europeu de 12 de outubro de 2016. Sobre uma proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera a Diretiva 2009/101/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, Frankfurt am Main, 12.10.2016. Disponível em: [www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_52016ab0049_pt_txt.pdf]. Acesso em: 11.04.2018.

37. BANCO CENTRAL EUROPEU. Parecer do Banco Central Europeu de 12 de outubro de 2016. Sobre uma proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera a Diretiva 2009/101/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, Frankfurt am Main, 12.10.2016. Disponível em: [www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_52016ab0049_pt_txt.pdf]. Acesso em: 11.04.2018.

deveres de *compliance* às criptomoedas. Desse modo, adentrar-se-á, no próximo item, nas características dos *bitcoins* que apresentam maior similaridade àquelas buscadas por indivíduos que pretendem transformar valores ilícitos em lícitos.

6. As características do bitcoin relevantes sob a perspectiva do branqueamento de capitais

A tipificação da lavagem de dinheiro no Brasil surgiu a fim de atender anseios internacionais de prevenção ao tráfico de drogas[38] e, nos moldes de outros países[39], o tipo penal em questão não se encontra no Código Penal, mas na legislação esparsa, mais precisamente na Lei 9.613/98. Outrossim, é possível perceber que a lavagem de dinheiro enseja algumas discussões doutrinárias de grande relevância para a sua tipificação, como, por exemplo, a indefinição acerca do bem jurídico por ela tutelado. Nesse contexto, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini[40] salientam a existência de três correntes, a saber: a) o mesmo bem jurídico do crime antecedente, b) a administração da justiça e c) a ordem econômica ou socioeconômica. Porém, não se pode olvidar que autores como José Paulo Baltazar Junior[41], manifestam-se no sentido de que, a lavagem de dinheiro se trata de um "crime pluriofensivo [...], atingindo a ordem econômica, a administração da justiça e o bem jurídico protegido pela infração penal antecedente".

Após mapear os possíveis bens jurídicos tutelados pelo tipo penal em comento, deve-se compreender no que consiste o referido ilícito, e nesse ponto André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber[42], posicionam-se da seguinte forma: "A palavra *lavar* vem do latim *lavare*, e significa expurgar, purificar, reabilitar, daí a ideia de tornar lícito o dinheiro advindo de atividades ilegais e reinseri-lo no mercado como se lícito fosse". Pierpaolo Cruz Bottini[43], por sua vez, assevera que:

38. CERVINI SÁNCHEZ, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais:* Comentários a Lei n. 9613/98, aspectos criminológicos e político-criminais, tipologia da lavagem de capitais... São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 318.
39. AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007. p. 52.
40. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: Aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 51.
41. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1105.
42. CALLEGARI. André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.
43. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: Aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 23.

> Lavagem de dinheiro é o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude.

Isso posto, é possível identificar que a lavagem de dinheiro tem como ponto de partida o "lucro" obtido por meio de uma infração penal antecedente, o qual será ocultado ou dissimulado, a fim de reinseri-lo na economia formal.[44] Ou seja, "A criação desse tipo penal parte da ideia de que o agente que busca proveito econômico na prática criminosa precisa disfarçar a origem dos valores, ou seja, desvincular o dinheiro da sua procedência delituosa [...]"[45], para viabilizar a sua utilização.[46]

Após analisar de maneira sucinta o tipo penal de lavagem de dinheiro é possível perceber a sua principal característica, qual seja, a utilização de mecanismos para escamotear valores obtidos por meio ilícito, a fim de posteriormente mascará-los e reinseri-los na economia como se lícitos fossem. É nesse ponto que as criptomoedas começam a ser vislumbradas com bons olhos para os indivíduos que cogitam a prática do ilícito em questão.

Faz-se imperioso observar que as criptomoedas, via de regra, são comercializadas por intermédio das denominadas *bitcoins exchanges*, basicamente em decorrência da segurança oferecida por essas empresas. Porém,

> Para tornar-se um usuário de *bitcoin*, o indivíduo primeiramente deve transferir e instalar em seu computador o programa correlato, que usa chaves de criptografia para automaticamente gerar um endereço eletrônico de *bitcoins*, que será utilizado para realizar suas transferências eletrônicas. O endereço é uma sequência única de 36 caracteres de letras e números, gravada na carteira virtual do usuário ou em seus arquivos pessoais. O usuário pode criar tantos endereços de *bitcoins* quantos desejar para realizar cada uma de suas transações, circunstância que torna ainda mais dificultosa qualquer tentativa de rastrear operações realizadas através da criptomoeda.

44. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: Aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 25.
45. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1104.
46. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1104.

> O sistema *Bitcoin* objetiva conferir às pessoas controle amplo e irrestrito sobre seu dinheiro. Nenhum sistema que dependa do governo ou de políticas monetárias oficiais pode ser considerado completamente livre.[47]

Ocorre que há a necessidade de apresentação de alguns documentos, bem como o preenchimento de alguns formulários. No entanto, essas empresas não são fiscalizadas por nenhum órgão regulamentador, como ocorre, por exemplo, com as instituições financeiras, as quais, mesmo sob forte fiscalização, são constantemente utilizadas para o branqueamento de valores.

Assim, percebe-se que a rastreabilidade do real "proprietário" das criptomoedas é tarefa quase impossível, principalmente, a nosso juízo, em decorrência da extraoficialidade das moedas virtuais. Nesse diapasão, basta perceber a postura do Banco Central, alhures mencionada, no sentido de apenas alertar para os riscos presentes no investimento em criptomoedas.

Outrossim, assume posição de destaque a ressalva de Ricardo Jacobsen Gloeckner[48] no sentido de que seria necessário, com o intuito de prevenir o ilícito em comento, uma atuação estatal que possibilitasse a detecção da conduta delitiva em momento anterior ao mascaramento da origem dos bens ou valores objetos da lavagem. O legislador brasileiro, em 2012, optou por extirpar o rol de crimes antecedentes desencadeando situações grotescas como a admissão de infrações de menor potencial ofensivo como crime antecedente da lavagem de dinheiro[49], em um momento em que as criptomoedas já estavam surgindo. No entanto, cabe a ressalva de que, por óbvio, deve o legislador em matéria criminal ser lento, não cedendo a pressões momentâneas ou por vezes midiáticas, contudo a reflexão exposta anteriormente mostra o despreparo daquele em matéria penal, embora não seja esse o enfoque do presente excerto.

Retornando, sem sombra de dúvidas a exposição de Ricardo Jacobsen Gloeckner nos abre um espectro de discussão acerca da relação intrínseca entre as

47. MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. O fenômeno da lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas na *Deep Web*: avanço da criminalidade virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 125, nov. 2016. p. 341.

48. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, *lavagem de dinheiro e o processo de relativização do* nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a]. Acesso em: 05.06.2017.

49. ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, SP, n. 237, v. 20, 2012. p. 5; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 67, p. 167, 2015.

criptomoedas e a lavagem de dinheiro, ao passo que, embora seja ideal que o Estado detecte a prática da lavagem de dinheiro antes do mascaramento, nas moedas virtuais a situação é praticamente inviável, em razão de o anonimato ser, na sociedade atual, o cartão de visitas.

Em síntese, percebe-se que as moedas virtuais não foram desenvolvidas para a prática da lavagem de dinheiro, no entanto, não se pode olvidar que as suas características, mais precisamente o anonimato, a extraoficialidade e a volatilidade, relacionam-se de maneira intrínseca com os anseios dos indivíduos que pretendem praticar o referido ilícito, ao passo que quanto mais anônimo, extraoficial e volátil for o meio pelo qual o dinheiro será lavado, mais seguro será o aniquilamento do seu rastro e, como se sabe, *pecunia non olet*, ou seja, o dinheiro não tem cheiro. Dessa feita, após o investimento dos valores ilícitos em moedas virtuais, enquanto os órgãos de fiscalização e controle brasileiros não se atentarem para isso, como têm feito o *European Central Bank* e o *Financial Action Task Force – FATF/GAFI*, a investigação e elucidação do tipo penal em comento se torna praticamente inviável.

7. Considerações finais

A legislação brasileira, mais precisamente normas de órgãos como o Banco Central do Brasil, vem destinando esforços ao acompanhamento da evolução das criptomoedas, como se percebe através da edição de comunicados como o Comunicado 25.306/2014, apresentando apenas os riscos da utilização dessa espécie de moeda. Contudo, não se pode olvidar que internacionalmente o aprofundamento tem sido maior, principalmente com o viés de coibir a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo, cientes da inegável facilidade que as moedas virtuais proporcionam ao desenvolvimento de atividades ilícitas, como se percebe das disposições de órgãos internacionais como o *European Central Bank* e o *Financial Action Task Force – FATF/GAFI*.

Ocorre que a legislação brasileira, em seu estado atual, pautando-se pelo princípio da legalidade, s.m.j., não permite a aplicação dos deveres de informação às *bitcoins exchanges*, ao passo que, inegavelmente, as moedas virtuais, como é o caso dos *bitcoins*, não podem ser interpretadas como moeda nacional ou estrangeira e, dessa forma, não se subsumem às disposições contidas no inciso I do art. 9º da Lei 9.613/98. Percebe-se também que não basta a simples regulamentação por parte do Banco Central do Brasil, sendo necessária a previsão expressa na legislação, uma vez que não há possibilidade para que se enquadre como moeda nacional ou estrangeira uma moeda virtual, haja vista as suas peculiaridades, principalmente a sua dissociação de qualquer sistema financeiro formal. Nesse

ponto, é importante destacar que no Brasil, segundo a Lei 9.069/95, mais precisamente em decorrência do seu art. 1º, a moeda considerada nacional é o Real.[50]

No entanto, novamente percebe-se a carência legislativa que a persecução ao branqueamento de capitais rotineiramente enfrenta, o que, por certo, em alguns anos será suprida por uma norma que não refletirá as discussões necessárias acerca da fiscalização das transações através de moedas virtuais, apenas tentará sufragá-la por meio de uma repressão incondicionada, por vezes transferida ao particular, haja vista o ideário de terceirização desta tarefa em relação à lavagem de dinheiro, como visto anteriormente. Sobre as contínuas mutações na legislação referente ao ilícito em comento, Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini[51] asseveram que:

> Uma das mais importantes inovações do legislador em relação ao antigo texto legal foi a ampliação desse rol de entidades, na linha de expansão seguida por outros países. Isso não surpreende. A rigidez dos controles impostos em determinados setores levou à transposição das atividades de lavagem de dinheiro para outros, menos fiscalizados. Para um controle mais efetivo, ampliou-se o leque de regras administrativas, que passaram a abranger esses novos setores. No futuro, é possível que mais uma vez os atos de reciclagem deixem tais searas e sejam realizados em outros campos ainda não fiscalizados, cuja regulação será necessária. As contínuas mutações no marco legal do combate à lavagem de dinheiro serão sempre pautadas por esse movimento de progressiva ampliação das esferas de reciclagem, das entidades obrigadas e dos âmbitos afetados.

Não se pode olvidar que isso não significa que o mascaramento de valores ilícitos por meio de transações envolvendo *bitcoins* não possa ser considerado como lavagem de dinheiro, em sua modalidade ocultação, no entanto, a persecução criminal desse ilícito torna-se, a meu sentir, extremamente complexa, ao passo que as transações envolvendo essas criptomoedas caracterizam-se pela dificuldade, senão impossibilidade, de rastreamento, bem como pela ocultação dos envolvidos.

50. AKAMINE, Alicia Yukari Lima; MACHADO, Ulisses Alves de Levy; ZACKSESKI, Cristina Maria. Bitcoin: um estudo sobre a legalidade da criptomoeda no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 66, jul.-set. 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138495]. Acesso em: 10.04.2018. p. 63.

51. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro:* Aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 39.

Nesse ponto, o *compliance* assume papel de relevo, uma vez que surgiu e é aplicado através da Lei 9.613/98 como um mecanismo de transparência, ou seja, o Estado transfere às pessoas obrigadas, como as instituições financeiras, a obrigação de cadastrar, fiscalizar e comunicar, atendidas algumas condições, as transações por elas realizadas. Assim, tendo por base que as transações envolvendo criptomoedas, como os *bitcoins*, são perfectibilizadas através de administradoras, por vezes denominadas de *bitcoins exchanges*, a aplicação dos deveres de *compliance* a essas "empresas" se apresenta como um desafio à política legislativa penal brasileira. Nesse sentido, cumpre observar a existência de manifestações legislativas acerca das moedas objeto do presente trabalho, como o Projeto de Lei 2.303/2015, o qual reforça o que se expôs até o momento, uma vez que iniciou com o intuito de regulamentar as criptomoedas e, por meio, da análise do relator acabou por se transformar em uma pura e simples criminalização. Por fim, aguarda-se a evolução legislativa sobre o tema, ao mesmo tempo em que se espera a adoção de uma posição coerente que não se destine a sufragar a evolução da economia através das criptomoedas.

Referências

AKAMINE, Alicia Yukari Lima; MACHADO, Ulisses Alves de Levy; ZACKSESKI, Cristina Maria. Bitcoin: um estudo sobre a legalidade da criptomoeda no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 66, jul.-set. 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138495]. Acesso em: 10.04.2018.

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Criminal *compliance* e lavagem de dinheiro: tendências político-criminais atuais gestadas pelos Centros Legislativos Comunitários. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 63, out.-dez. 2016. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=132679]. Acesso em: 27.01.2018.

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 237, v. 20, p. 5, 2012.

AZEVEDO, Rita. Entenda o que é *bitcoin*. *Revista Exame*, São Paulo, 14.03.2018. Disponível em: [https://exame.abril.com.br/mercados/entenda-o-que-e-bitcoin/]. Acesso em: 11.04.2018.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro:* Aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BANCO CENTRAL EUROPEU. Parecer do Banco Central Europeu de 12 de outubro de 2016. Sobre uma proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera a Diretiva 2009/101/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, Frankfurt am Main, 12 out. 2016. Disponível em: [www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_52016ab0049_ pt_txt.pdf]. Acesso em: 11.04.2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 67, 2015.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CERVINI SÁNCHEZ, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais:* Comentários a Lei n. 9.613/98, aspectos criminológicos e político-criminais, tipologia da lavagem de capitais... São Paulo: Ed. RT, 1998.

ERB, Kelly Phillips. Miami judge rules that bitcoin is not money. *Forbes*, [S.l.], 27 jul. 2016. Disponível em: [www.forbes.com/sites/kellyphillipserb/2016/07/27/miami-judge-rules-that-bitcoin-is-not-money/#182c24b24a6d]. Acesso em: 11.04.2018.

EUROPEAN CENTRAL BANK. *Virtual currency schemes:* a further analysis. Germany, Feb. 2015. Disponível em: [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/ other/virtualcurrencyschemesen.pdf]. Acesso em: 11.04.2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance*, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do* nemo tenetur se detegere*:* cultura do controle e política criminal atuarial. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a]. Acesso em: 05.07.2017.

MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. O fenômeno da lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas na *Deep Web*: avanço da criminalidade virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 125, nov. 2016.

MOREIRA, Arthur da Silva. Criminal compliance, *lavagem de dinheiro e imputação objetiva*. São José dos Pinhais: Editora Plena, 2016.

O que é *Bitcoin*? *Bitcoin Brasil*, [S.l., 2018]. Disponível em: [www. bitcoinbrasil.com.br/o-que-e-bitcoin/]. Acesso em: 17.04.2018.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance* e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, jul.-set. 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108707]. Acesso em: 05.11.2017.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de *compliance*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 226, set. 2011.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Lavado de dinero, criminal compliance y omisión impropria: líneas generales para una propuesta de sistematización. In: DÍAZ, Juan Elías Carrion; VIVEIROS, Carlos. *El delito de lavado de activos:* aspectos sustantivos, procesales y de política criminal. Lima: Grijley, 2017. t. 3.

WUNDERLICH, Alexandre; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, deveres de informação e advocacia na Lei de Lavagem de Dinheiro. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior.* Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- As criptomoedas, *o Initial Coin Offering* (ICO) e os aspectos regulatórios – Em que estágio está o Brasil em relação ao resto do mundo, de Carlos Alexandre Rodrigues – *RT* 995 (DTR\2018\18337);
- Bitcoins – os lados desta moeda, de Bruno Balduccini, Raphael Palmieri Salomão, Rosine Kadamani e Leonardo Baracat Bedicks – *RT* 953/19-33 (DTR\2015\1544); e
- Gabriel e a moeda, de Marcos Cavalcante de Oliveira – *RDB* 64/125-145 (DTR\2014\5052).

Legislação penal do medo: compreendendo os impactos e as distorções do medo do crime na atividade legislativa penal

Criminal law of fear: understanding the impacts and distortions of the fear of crime in criminal legislative activity

Eduardo Bolsoni Riboli

Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Criminais) pela Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal), em 2017. Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil), em 2017. Bacharel em Direito pela PUCRS, em 2013. Advogado.
eduardoriboli@gmail.com

Andressa Batista Lopes

Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais, com menção em Direito Laboral, pela Universidade de Coimbra (Portugal), em 2018. Bacharel em Direito pelas Faculdades Rio-Grandenses, em 2014. Advogada.
andressalopes.a@gmail.com

Recebido em: 01.05.2018
Aprovado em: 05.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O advento e a vasta adesão das ferramentas de comunicação social são exemplos de fatores que aproximaram mais as pessoas e promoveram a quebra do monopólio informativo. Com isso, disseminaram-se também os medos e as angústias da população, a qual passa a, cada vez com mais frequência, formar opiniões sobre assuntos antes raramente debatidos (como políticas públicas e decisões judiciais). O mesmo ocorreu na esfera penal, com a intensificação da propagação do sentimento de insegurança na população brasileira (e ao redor do nosso planeta). O medo do crime trata-se de um fenômeno social de difícil mensuração, originado a partir de uma complexa interação entre diferentes variáveis

Abstract: The advent and broad adherence of social media tools are examples of factors that brought people closer together and broke the information monopoly. As a result, the fears and anxieties of the population have been disseminated, which are increasingly being used to form opinions on matters that were previously rarely discussed (such as public policies and judicial decisions). The same happened in the criminal area, with the intensification of the propagation of the feeling of insecurity in the Brazilian population (and around our planet). Fear of crime is a social phenomenon of difficult measurement, originated from a complex interaction between different individual, contextual and discursive

individuais, contextuais e discursivas, capaz de gerar uma gama de disfunções que corroem as estruturas da racionalidade jurídico-penal. O presente estudo busca a elucidação da trajetória utilizada pelo medo do crime até a atividade legislativa penal, com o auxílio de exemplos doutrinários e legislativos, brasileiros e estrangeiros, para demonstrar a sua influência na elaboração das leis penais e expor as distorções por ele causadas na racionalidade legislativa, principalmente quanto à ruptura que causa a preceitos basilares que deveriam servir de critério valorativo no momento de definição ou modificação do ordenamento jurídico penal.

Palavras-chave: Medo do crime – Ouroboros discursiva do medo do crime – Populismo punitivo – Legislação penal – Direito penal.

variables, capable of generating a range of dysfunctions that erode the structures of legal-penal rationality. The present study seeks to elucidate the course of fear of crime as a social problem to the criminal legislative activity, with the aid of Brazilian and foreign doctrinal and legislative examples to demonstrate its influence in the elaboration of criminal laws and to expose the distortions caused by it in the legislative rationality, mainly as to the rupture that it causes to basic precepts that should serve as value criteria at the moment of definition or modification of the criminal legal order.

Keywords: Fear of crime – Discursive ouroboros of fear of crime – Penal populism – Criminal legislation – Criminal law.

Sumário: 1. Introdução. 2. A equação do problema: a infiltração do medo do crime e das reivindicações públicas por segurança na legislação penal. 3. O medo do crime. 4. A Ouroboros discursiva do medo do crime. 5. Racionalidade legislativa, leis penais e medo do crime. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Não é forçoso afirmar que os avanços tecnológicos das últimas décadas do século XX e o fenômeno da globalização reorganizaram o planeta. A evolução da ciência, as novas descobertas e a ampliação do conhecimento sobre o mundo permitiram o desenvolvimento de ferramentas que revolucionaram a circulação de pessoas, de bens e, principalmente, de informação. Um dos mais destacáveis aspectos desta evolução tecnocientífica foi o aperfeiçoamento dos canais de comunicação, sobretudo a Internet, a qual viabilizou uma rapidez nunca antes imaginada à troca de informações entre indivíduos, especialmente a nível global, e acabou por "encurtar" o mundo[1], fator potencializado pela maior adesão da sociedade às redes sociais como Facebook e Twitter.

O maior contato (mundial) entre os indivíduos possibilita hoje o acesso ou obtenção quase irrestrita de conhecimento, dados que anteriormente eram

1. DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 99, 2012, p. 46.

filtrados pelos meios de comunicação de massa. Quebraram-se as barreiras comunicacionais e o monopólio da informação, porém não sem qualquer custo. Ao passo que se tornou possível o conhecimento de novas culturas, ideologias e notícias, o estreitamento dos laços sociais também permitiu a transmissão de angústias e temores. Notícias de ações violentas e práticas criminosas ocorridas em locais longínquos ultrapassam barreiras e são propagadas a pessoas inseridas em contextos sociais e criminológicos distintos. O medo é transmitido em alta velocidade, embarca nessa via rápida de troca de informação e acaba por se ramificar nos mais diferentes contextos sociais. Medos novos, medos velhos, medos invisíveis, medos irracionais, medos até mesmo inventados são disseminados ao redor do mundo através das relações interpessoais, fortalecidas pela acessibilidade propiciada pelas redes sociais. O medo que aflige o *outro* acaba também por *me* impactar. Somam-se, assim, preocupações com a segurança, decorrentes de problemas locais, aos problemas importados do exterior.

Dessa maneira, não houve uma mera reorganização do planeta, mas sim uma reorganização caótica[2], o fluxo informacional atual gera, ao mesmo tempo, conhecimento e tensão, paz e medo.

Dentre o leque de medos que atualmente atormenta os indivíduos está o medo do crime, um problema social altamente complexo e prejudicial à coesão social, à economia, à política e ao mundo jurídico. Portador de um *status* diferenciado perante os demais temores atuais, o medo do crime não se restringe às problemáticas decorrentes da delinquência, também engloba inquietações individuais e sociais distintas que, alfim, culminam no clamor por uma justiça penal mais vigorosa, atuante e repressiva. Trata-se de um fenômeno que se infiltra na esfera jurídica por diferentes vias, com especial destaque para a legislativa, a partir da qual resultarão inúmeras consequências.

O presente estudo tem como escopo compreender a trajetória do medo do crime desde a sua abstração até a atividade legislativa penal; demonstrar a sua influência na elaboração das leis penais e expor as distorções por ele causadas na racionalidade do ato de legislar, principalmente quanto à ruptura que causa a preceitos basilares de direito constitucional e penal, os quais deveriam servir de critério valorativo no momento de definição ou modificação do ordenamento jurídico penal. Para tanto, com o auxílio de exemplos doutrinários, legislativos, brasileiros e estrangeiros, no primeiro capítulo (item 2) demonstra-se a problemática equacionada pela atuação do sentimento de medo do crime, com

2. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 362 e ss.

a evidenciação de algumas terminologias pelas quais podemos percebê-la, a fim de introduzir o leitor à modalidade prática de identificação de medidas influenciadas por esse sentimento.

No segundo capítulo (item 3) expõe-se a complexidade do medo do crime desde as suas raízes fisiológicas advindas do sentimento de medo *lato sensu*; a origem dos estudos do medo do crime; a sua influência política e a visão atual deste fenômeno, em análise às suas dimensões afetiva, cognitiva e comportamental e aos elementos individuais, socioambientais e discursivos, que são capazes de intensificar ou amenizar o sentimento de insegurança.

Fica ao cargo do terceiro capítulo (item 4) a construção sistemática da forma pela qual o medo do crime tem concretizado em ações o que até então era um sentimento. Ressalta-se a forma retroalimentar da disseminação do medo do crime através de um discurso do medo, que se renova a cada aparente tentativa de resolução do sentimento de insegurança.

No quarto capítulo (item 5), trataremos da importância da análise pré-legislativa de disfunções sociais que demandem uma intervenção penal e discorreremos sobre como o medo do crime infiltra-se na criação de leis penais.

2. A equação do problema: a infiltração do medo do crime e das reivindicações públicas por segurança na legislação penal

Em sede inicial, cabe destacar que o tema proposto é polêmico e, do ponto de vista da pesquisa acadêmica, sofre o conhecido e traiçoeiro risco de utilização do senso comum para a retirada de conclusões rasas[3]. Isso porque o medo do crime é um fenômeno muito presente no Brasil[4], o cidadão comum está constantemente a formar opiniões acerca do tema e a expressá-las em conversas informais, frequentemente sem qualquer embasamento ou sem a consulta de fontes fidedignas de informação, somado ao fato de também verificarmos por parte da doutrina uma consideração para a origem do problema pautada estritamente na influência da mídia e do sistema econômico social brasileiro.

A penetração do medo do crime na justiça penal depende de características culturais, históricas e sociais de cada sociedade, da sua realidade criminológica e

3. XAVIER, José Roberto Franco. A opinião pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 112, 2015, p. 150.

4. RAUTER, Cristina. *O medo do crime no Brasil: controle social e rebelião*. Rio de Janeiro: E-paper, 2017, p. 9-22 e 107-114.

dos riscos e medos presentes no contexto social[5]. Depende, também, da estruturação e do funcionamento do sistema político de cada país. Em outras palavras, a influência do medo do crime está sujeita às características socioculturais; à organização política, governamental e institucional; e à (ir)racionalidade jurídica de cada país, aspectos que modificam a repercussão do sentimento de insegurança[6] no ordenamento jurídico penal de cada Estado.

Na esfera legislativa a invasão do medo do crime tende a ser menos perceptível que em áreas como a política ou a judicial. Embora muitas vezes seja um fenômeno que possa ser considerado de fácil formulação de opinião por parte da população, devemos reconhecer que fundamentar a edição de uma lei penal com base no medo do crime, principalmente quando desacompanhada de substrato criminológico, pode comprometer a racionalidade do ato legislativo.

Em um primeiro momento, portanto, o medo do crime parece não deter uma autonomia na criação de leis penais. Entretanto, em não raras vezes e a cada vez de forma mais recorrente, conforme será demonstrado adiante, o medo do crime é elencado como base para fundamentação de propositura ou alteração de leis penais, seja de modo direto – expressamente previsto por termos como *medo do crime* e *sentimento de insegurança* – ou indireto – subjacente a outras expressões como *comoção popular*, *exigências da sociedade*, *alarme social*, *abalo da paz pública* e afins –. Em casos mais extremos, o medo do crime pode estar oculto sob

5. RIPOLLÉS, José Luis Díez. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 282; FUREDI, Frank. *Culture of Fear Revisited – Risk-taking and the Morality of Low Expectation*. 4. ed. London, New York: Continuum, 2007, p. 1; ALTHEIDE, David L. *Creating Fear: News and the Construction of Crisis*. New York: Aldine de Gruyter, 2002, p. 54.

6. Há quem faça uma distinção entre as terminologias "medo do crime" e "sentimento de insegurança". Contudo, a distinção remete a um momento histórico em que o medo do crime estava começando a ser compreendido, sendo desnecessária a diferenciação em tempos atuais. Conforme observam Ximene Rêgo e Luís Fernandes, o tema "é conhecido na literatura científica por dois nomes que remetem a tradições teóricas distintas: medo do crime e sentimento de insegurança. Embora os termos *insegurança* ou *sentimento de insegurança* tenham sempre recebido maior ressonância no lado europeu, eles são atualmente usados como sinônimos" (RÊGO, Ximene; FERNANDES, Luís. As falas do medo: convergências entre as cidades do Porto e Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 27, n. 78, 2012, p. 62, nota 1). Optamos por efetuar este intercâmbio entre os dois termos, tratando-os como sinônimos ao longo do presente do trabalho, a fim de evitar a repetição vocabular e o exaurimento do leitor.

motivações econômicas, políticas ou sociais, sem que haja uma terminologia que o evidencie, casos que são de difícil detecção e que reclamam uma análise pormenorizada do contexto econômico, político e social do momento da elaboração da lei. Nestes últimos casos, o medo do crime infiltrar-se-ia na legislação penal de maneira indireta, acobertado por objetivos e justificativas alheios, como a proteção da sociedade; a adequação ao direito comunitário, internacional ou ao próprio sistema jurídico interno. Deve-se atentar, portanto, à possibilidade de o medo do crime estar oculto sob outras terminologias, fundamentações ou objetivos no momento da atividade legislativa penal.

Em ilustração ao exposto, podemos citar dois exemplos paradigmáticos do ordenamento jurídico penal brasileiro – Lei 8.930/1994 e Lei 11.923/2009 – e um do ordenamento jurídico espanhol, conhecido como *Caso Raval*.

A Lei 8.930/1994, responsável por incluir o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos do ordenamento jurídico brasileiro, reduziu e privou direitos e garantias de indivíduos condenados à prática de homicídio na sua forma qualificada. A edição da Lei foi impulsionada pelos intensos clamores públicos por punição, decorrentes do homicídio da atriz brasileira Daniella Perez[7], episódio criminoso exaustivamente noticiado pelos meios de comunicação e que causou grande comoção no Brasil e no estrangeiro[8], veiculado como "Caso Daniella Perez". O crime ocorrido intensificou uma atmosfera de medo já existente na população brasileira à época e originou diversas manifestações sociais por segurança e punição, que serviram de fundamentação para o Projeto de Lei 4146/1993, que deu origem à referida Lei 8.930/1994. A análise do projeto permite verificar uma

7. Em 28.12.1992, a atriz Daniella Perez foi assassinada "pelas mãos do ator e então colega de novela das oito, Guilherme de Pádua, e de sua esposa, Paula Thomaz, os quais a executaram com o uso de uma tesoura e uma chave de fenda" (SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 94, 2012, p. 371). De acordo com os Autores, a Lei 8.930/1994 também foi influenciada por outros dois violentos eventos criminais, "as chacinas da Candelária e de Vigário Geral, no Rio de Janeiro" (Ibidem, p. 372, nota 35). Da leitura da exposição de motivos do projeto de lei é possível observar que a norma está mais dirigida para estes dois últimos episódios, o que leva a crer que os clamores públicos resultantes da morte de Daniella Perez serviram como uma espécie de impulso para a elaboração do projeto e a sua posterior aprovação.

8. RODRIGO, María Luisa Jiménez; SANTOS, Rafael Augusto dos. Derecho Penal de Emergencia: Medios de Comunicación y Adopción de Medidas Penales Excepcionales. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 67, 2015, p. 496; SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Op. cit., p. 371-372.

clara influência do medo do crime na sua elaboração[9], seja através da adjetivação conferida aos crimes descritos no projeto ("repulsivos", "hedionda violência"); da remissão a um suposto "caos e desordem" causados por episódios criminais semelhantes; ou da confiança de que a edição da lei conferiria segurança à sociedade brasileira. Neste caso, restou nítida a intenção de promoção de segurança através do uso intimidativo do direito penal, admitida posteriormente pelo próprio legislador, quando elencado como principal objetivo dessa norma "coibir a violência nos grandes centros urbanos, em especial a atividade dos grupos de extermínio"[10].

Com a promulgação da Lei 8.930/1994 e a inclusão do homicídio qualificado no rol de crimes hediondos (elencados na Lei 8.072/1990), os réus condenados por este delito passaram, a partir de então, a ser privados de uma série de garantias e direitos constitucionais, penais e processuais penais, como o direito à anistia, à graça, ao indulto e à possibilidade de obter liberdade provisória. À época da promulgação da Lei 8.930/1994, ao réu condenado por crime hediondo ainda não era permitida a progressão de regime, por força do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, o que ressalta o caráter punitivo desta lei e da Lei 8.930/1994. Ressalta-se, contudo, que em 23.02.2006 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a

9. "O aumento, nos últimos anos, da violência e da incidência de delitos tidos como especialmente torpes, sobretudo nos grandes centros urbanos, levou o legislador ordinário (…) a editar a Lei 8.072/90, dispondo sobre os chamados crimes hediondos. (…) Todavia, descurou-se, *data venia*, o mesmo legislador de incluir no elenco de delitos hediondos determinados crimes contra a vida humana, não só *especialmente repulsivos, mas suscetíveis de trazer singular abalo à paz pública e à ordem social*. Trata-se da *sinistra* atividade dos esquadrões da morte ou grupos de extermínio que atuam ora a soldo de mandantes, (…) ora agindo por conta própria, usurpando o magistério punitivo do Estado *em nome de cruel e primitiva* vingança privada. (…) Escusado ressaltar que tais *episódios de selvageria e hedionda violência, sem uma enérgica reação dos poderes públicos constituídos, não só vulnera o sentimento cristão do povo brasileiro mas contribui sobremodo para macular a imagem do nosso País* perante o conserto das nações civilizadas que repugna toda sorte de impunidade. (…) Essas, em síntese, as considerações que nortearam a proposta legislativa ora encaminhada à apreciação de Vossa Excelência e que, acredito, *contribuirá para reduzir a crueldade e violência que vêm acometendo, principalmente, os grandes centros urbanos*" (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 4146/1993. Dá nova redação ao artigo 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que "dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providencias". Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219155]. Acesso em: 23.04.2018, p. 8-9, destaques nossos).

10. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 4146/1993*... cit., p. 10-11.

inconstitucionalidade do referido dispositivo no julgamento do *Habeas Corpus* 82959/SP, decidindo que cabe ao juiz da execução penal, mediante análise do pedido e do comportamento de cada apenado, deliberações sobre a progressão de regime, de modo a respeitar a individualização da pena.

Os projetos[11] que originaram a Lei 11.923/2009 também são paradigmas brasileiros da influência do medo do crime na atividade legislativa penal. A Lei 11.923/2009 foi responsável por tipificar criminalmente a conduta conhecida como *sequestro relâmpago* no ordenamento jurídico penal, mediante a inclusão da prática no § 3º do artigo 158 do Código Penal Brasileiro. Com exceção do Projeto de Lei 54/2004 do Senado Federal, que, apesar de não trazer qualquer substrato criminológico em sua fundamentação, merece ser louvado por ter aplicado o saber jurídico à técnica legislativa ao dissertar sobre a dificuldade jurisprudencial e doutrinária de enquadramento típico da nova conduta ilícita, os demais projetos que originaram a Lei 11.923/2009 utilizaram argumentos vagos ou foram carentes de fundamentação criminológica que respaldassem a criação da referida lei. Com exceção do Projeto de Lei 3.356/2004 e do Projeto de Lei do Senado 54/2004, os diplomas defenderam a necessidade da criminalização do "sequestro relâmpago" em razão do sentimento de insegurança generalizado que a conduta provocava na sociedade brasileira, além da sua reprovabilidade[12]. Fundamen-

11. Diferentes projetos de lei foram propostos para tipificar criminalmente a nova conduta: os Projetos de Lei 3.075/2004, 4.398/2004, 5.543/2005, 3.166/2004, 3.167/2004, 3.356/2004, 4.129/2004; e o Projeto de Lei do Senado 54/2004. Os diferentes projetos foram reunidos e apensados ao Projeto de Lei 3.075/2004.

12. "*A população vive momentos de apreensão, pois grave é o clima de insegurança que se abateu sobre a sociedade*. Entre as inúmeras ações criminosas, *uma das mais nefastas* é o denominado sequestro relâmpago. [...] A crueldade desses malfeitores não se limita ao patrimônio material da vítima, *pois graves também são as repercussões psicológicas daqueles submetidos a tal prática criminosa, se sobreviverem*. [...] *Esta é uma proposição que a sociedade exige e o Parlamento não pode furtar-se ao debate e à elaboração de uma solução*" (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 3.075/2004. Inclui o art. 159-A no Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, para tipificar o crime de "sequestro relâmpago". Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=155433]. Acesso em: 23.04. 2018, p. 1-2; BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 5.543/2005. Inclui o art. 159-A no Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, para tipificar o crime de "sequestro relâmpago". Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=292537]. Acesso em: 23.04.2018, p. 1-2, destaques nossos). O Projeto de Lei 5543/2005 utilizou os mesmos argumentos do Projeto de Lei 3075/2004.

"*Como a população urbana é, cada vez mais, refém* daqueles que se colocam à margem da lei, *torna-se evidente e urgente* a adoção de medidas que tenham por objetivo *coibir a ação*

tada no sentimento de insegurança, a Lei 11.923/2009 também contribuiu para um cariz mais repressivo do ordenamento jurídico penal brasileiro, pois transformou o "sequestro relâmpago" em uma qualificadora do crime de extorsão, prevendo penas significativamente mais elevadas nesta modalidade (reclusão, de 6 a 12 anos, e multa, quando o crime for cometido com a intenção de "obtenção da vantagem econômica"; e reclusão de 16 a 24 anos ou de 24 a 30 anos, em remissão às penas do artigo 159, §§ 2º e 3º do Código Penal, quando da conduta de "sequestro relâmpago" resultar "lesão corporal grave ou morte") do que as penas previstas no *caput* do artigo 158 do Código Penal (reclusão, de quatro a dez anos, e multa).

O episódio criminal espanhol, conhecido como *Caso Raval*, completa a tríade de exemplos paradigmáticos da influência do medo do crime na legislação penal. Em 1997, a polícia espanhola investigou e desmantelou o que julgavam, à época, tratar-se de uma rede de pedofilia que atuava no bairro El Raval em Barcelona.[13] O caso recebeu ampla cobertura midiática e gerou um intenso alarme social na população espanhola, a qual, sob influência de um instaurado sentimento

---

criminosa. (…) *[N]ão é possível deixarmos a sociedade brasileira sem a proteção a qual ela tem direito*" BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 4.398/2004. Tipifica o crime de sequestro relâmpago. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=269321]. Acesso em: 23.04.2018, p. 2, destaques nossos).

"A questão que hora submeto a consideração de meus pares diz respeito *ao fato doloroso dos chamados 'sequestros relâmpagos', que muito têm amedrontado toda a nossa sociedade*. (…) Na maioria das vezes o sequestro é seguido de morte, abusos sexuais com as vítimas ou qualquer lesão corporal" (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 3.166/2004. Dá nova redação ao inciso IV, art. 1º, da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=156699]. Acesso em: 23.04.2018, p. 1-2; BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 3.167/2004. Dá nova redação ao § 1º do art. 159 do Código Penal. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=156700]. Acesso em: 23.04.2018, p. 2, destaques nossos). As mesmas justificativas do Projeto de Lei 3.166/2004 foram utilizadas para fundamentar o Projeto de Lei 3.167/2004.

"É público e notório que, entre os crimes mais praticados no Brasil, encontra-se o chamado 'sequestro-relâmpago'. (…) Assim, conto com o apoio dos meus Pares, no sentido de aprovar este projeto de lei, *tipificando devidamente a prática de um crime que vem aterrorizando os grandes centros urbanos*" (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 4.129/2004. Tipifica o crime de sequestro-relâmpago. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=264424]. Acesso em: 23.04.2018, p. 1-2, destaques nossos).

13. RODRIGO, María Luisa Jiménez; SANTOS, Rafael Augusto dos. Op. cit., p. 499-500.

de insegurança, passou a reivindicar mais proteção do Estado quanto aos delitos relacionados à liberdade sexual, principalmente àqueles com envolvimento de crianças e adolescentes. As reivindicações sociais por segurança foram determinantes para a edição da Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, conforme se verifica nos argumentos que fundamentaram a lei[14], que ao final acabou por modificar de modo significativo diferentes disposições relacionadas aos crimes contra a liberdade sexual, dentre elas os prazos prescricionais dos delitos sexuais que envolvam vítimas menores de idade. Posteriormente, com as modificações legislativas já em vigor, foi descoberto que as acusações sobre as práticas de crimes sexuais contra menores eram falsas e fruto de sucessivos erros policiais, judiciais e, principalmente, midiáticos. O medo propagado na população, medo esse que foi fundamental para as reivindicações sociais que culminaram nas referidas modificações legislativas, foi infundado e resultou em uma legislação penal mais repressiva, sem qualquer embasamento criminológico que justificasse de forma satisfatória a alteração daquele dispositivo penal espanhol.

Os três exemplos mencionados são capazes de demonstrar de maneira muito clara os desafios impostos pelo medo do crime ao legislador penal e de possibilitar o exame dos efeitos disfuncionais que este fenômeno pode provocar no ordenamento jurídico: as modificações legislativas foram fundamentadas no sentimento de medo do crime e em um suposto sentimento de insegurança generalizado presente na sociedade, em detrimento de substratos criminológicos, do debate dogmático penal e do saber jurídico. Como vimos nos casos retro, os quais são apenas alguns dentre os diversos existentes, a atividade do legislador penal não seguiu uma estrutura racional, o que acaba por conferir um caráter simbólico não somente à norma como também ao direito penal, em nome da (promessa de) segurança, e desvirtuar a função de proteção de bens jurídico-penais do direito penal. Verifica-se uma disfunção na racionalidade legislativa e nos critérios valorativos que a fundamentam. Quando motivada pelo medo do crime, a lei penal passa a se preocupar com o apaziguamento dos medos sociais e não com as verdadeiras funções do direito penal.

14. "Asimismo, *los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica* que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Código Penal de 23 de noviembre de 1995, *han motivado que se complemente la reforma* de la que se viene haciendo referencia con la revisión de los delitos de acoso sexual y el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual" (ESPANHA. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Disponível em: [www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744]. Acesso em: 23.04.2018).

O medo do crime é, dessa forma, um laborioso desafio para o legislador penal. Embora não seja um problema novo, demonstra-se um desafio atual, difícil de ser superado no século corrente, cuja problemática é comum a diversos países, mas especialmente grave no Brasil, principalmente frente a uma sensação de insegurança generalizada, quer pela criminalidade de rua, quer pela criminalidade violenta, quer por crimes de colarinho branco, as quais incitam o imaginário coletivo a apostar no direito penal e em medidas repressivas (como intervenções militares) como uma resposta adequada aos problemas relacionados à criminalidade.

Para percebermos a dimensão deste desafio e podermos fornecer alguns subsídios para a sua superação, faz-se necessário que, primeiro, compreendamos a complexidade do fenômeno do medo do crime, tanto em suas vertentes sociais quanto políticas, para desmitificar algumas de suas pré-concepções e, em segundo, passarmos a discorrer acerca da racionalidade da atividade legislativa penal e as efetivas consequências no plano legal e jurídico-penal quando influenciada pelo medo do crime.

3. O medo do crime

Há quem diga ser o medo tão velho quanto o próprio homem[15]. De acordo com a Medicina e a Psicologia, o medo é uma emoção primitiva básica inerente ao ser humano[16] que serve como mecanismo de preservação da espécie[17], possibilitando

15. DIAS, Fernando Nogueira. *O medo social e os vigilantes da ordem emocional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2007, p. 42.

16. MILOSEVIC, Irena; MCCABE, Randi E. *Phobias: the psychology of irrational fear*. Santa Barbara: Greenwood, 2015, p. 154; SVENDSEN, Lars. *A Philosophy of Fear*. Trad. John Irons. London: Reaktion Books, 2008, p. 21-24 e 45; DORAN, Bruce J.; BURGESS, Melissa B. *Putting Fear of Crime on the Map*: Investigating Perceptions of Crime Using Geographic Information Systems. New York, Dordrecht, Heidelberg, London: Springer, 2012, p. 68; NIEDENTHAL, Paula M.; KRAUTH-GRUBER, Silvia; RIC, François. *Psychology of Emotion*: Interpersonal, Experiential, and Cognitive Approaches. New York, Hove: Psychology Press, 2006, p. 5-7 e 36.

17. MILOSEVIC, Irena; MCCABE, Randi E. Op. cit., p. 154; FISCHER, Agneta H.; MANSTEAD, Antony S. R. Social Functions of Emotion. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeannette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Ed.). *Handbook of Emotions*. 3. ed. New York: The Guilford Press, 2010, p. 456; ÖHMAN, Arne. Fear and Anxiety – Overlaps and Dissociations. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeannette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Ed.). *Handbook of Emotions*. 3. ed. New York: The Guilford Press, 2010, p. 710.

a defesa contra um perigo iminente, um estímulo físico ou mental, ou ainda uma situação inusitada, sejam eles reais ou fictícios[18]. Diante de uma situação que incite o medo, o cérebro ativa uma sequência de respostas fisiológicas[19] que possibilitam ao indivíduo a adoção de um comportamento de defesa, através do enfrentamento ou evitamento da ameaça[20]. Por ser uma emoção, o medo se manifesta

18. STEIMER, Thierry. *The biology of fear – and anxiety-related behaviors*. Dialogues in Clinical Neuroscience, Paris, v. 4, n. 3, 2002, p. 233; BORGES, Doriam. *O medo do crime na cidade do Rio de Janeiro: uma análise sob a perspectiva das crenças de perigo*. Curitiba: Appris, 2011, p. 62; SVENDSEN, Lars. Op. cit., p. 26 e ss.

19. Em um cérebro sadio, assim que uma ameaça é detectada, as amídalas cerebelosas transmitem sinais sinápticos para os demais órgãos do sistema límbico – região do cérebro onde ocorre o processamento de diversas funções, entre elas as reações emocionais, o processamento de memórias e comportamentos –, a fim de possibilitar uma rápida reação do sistema cerebral à origem do estímulo. Esta troca de informações cerebrais ativa uma série de respostas no organismo, entre elas a liberação de altas quantidades de hormônios como adrenalina e cortisol, a fim de fornecer energia e força ao corpo e prepará-lo para a adoção de um comportamento defensivo. Os sinais cerebrais são considerados tão velozes que em um primeiro momento as reações fisiológicas podem prevalecer às tentativas de análise racional da ameaça. Em razão das mudanças hormonais, o indivíduo amedrontado pode apresentar reações físicas como frequência cardíaca elevada, ofegaria, intensificação do estado de alerta, paralisia momentânea, dilatação das pupilas e nervosismo (Cf. MILOSEVIC, Irena; MCCABE, Randi E. Op. cit., p. 153; SVENDSEN, Lars. Op. cit., p. 25; MURIS, Peter. *Normal and Abnormal Fear and Anxiety in Children and Adolescents*. San Diego: Elsevier, 2007, p. 2; BALCONI, Michela. In The Face of Fear: Neuropsychological Contributions and Empirical Evidences. In: GERVAISE, Allen D. (Ed.). *Psychology of Fear.* Nova York: Nova Science Publishers, 2012, p. 32; AHS, Fredrik. The Amygdala and Fear Memories. In: GERVAISE, Allen D. (Ed.). *Psychology of Fear*. Nova York: Nova Science Publishers, 2012, p. 97-98).

    Importante destacar que, embora alvo de controvérsia na Medicina e na Psicologia, medo, fobia e ansiedade são estados emocionais distintos. A fobia é o excesso de medo, um medo irracional e desmedido de uma situação ou de um objeto específico, em que o estímulo é tão forte que o indivíduo adota reiteradas condutas a fim de evitá-lo, alterando seus comportamentos e rotina. Já a diferença entre medo e ansiedade é mais tênue. Apesar de serem semelhantes, apresentando algumas das mesmas reações corporais, como elevação da frequência cardíaca, elas diferem sobretudo no que diz respeito ao momento do perigo. O medo é uma resposta emocional para ameaças iminentes, com uma nítida função: alertar o organismo e prepará-lo para uma ação imediata. A ansiedade, por sua vez, é uma resposta antecipada a um perigo futuro e intangível (sensação de que algo terrível está por acontecer) (MILOSEVIC, Irena; MCCABE, Randi E. Op. cit., p. 155; MURIS, Peter. Op. cit., p. 2-3).

20. A chamada *fight-or-flight* response pela literatura científica anglo-saxã (MILOSEVIC, Irena; MCCABE, Randi Op. cit., p. 153). Ver também SVENDSEN, Lars. Op. cit., p. 30-31.

de maneira diferente em cada pessoa, modificando-se de acordo com as particularidades biopsíquicas do indivíduo, as suas interpretações acerca do fato provocador e o tipo de medo experienciado[21].

Diferentes são os fatores capazes de aterrorizar a psique humana. Contudo, poucos têm tanto relevo quanto o crime, principalmente o crime violento, pois o delito possui, aos olhos da potencial vítima, uma carga de insegurança, evocando facilmente representações da *morte*, o que, na concepção de Bauman, seria o "medo primal"[22] do ser humano e que serviria como uma espécie de raiz para os demais medos humanos. O medo do crime não é, dessa maneira, uma concepção ou um sentimento atual, mas sim contemporâneo ao crime[23]. Trata-se de um medo cada vez mais presente em razão da mundialização das relações interpessoais, sobretudo à vasta adesão às redes sociais, que, como verificado, permitem a veloz transmissão de fluxo informacional, incluindo no que toca às angústias e medos.

Embora seja um sentimento contemporâneo ao crime, o medo do crime somente ganhou autonomia dogmática em meados de 1960, nos Estados Unidos da América[24]. À época, em meio a um período turbulento em matéria criminal

21. SVENDSEN, Lars. Op. cit., p. 25; MILOSEVIC, Irena; MCCABE, Randi E. Op. cit., p. 153.

22. BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 45-46 e 73.

23. GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 122; BARATA, Eduardo; CRUZ, Luís. Para uma análise dos custos do medo em Portugal. In: SANTOS, Rita; MOURA, Tatiana; PUREZA, José Manuel (Org.). *Violência e armas de fogo em Portugal*. Coimbra: Edições Almedina, 2016, p. 372.

24. A gênese da *problematização* do medo do crime remonta à criação do "President's Crime Commission on Law Enforcement and the Administration of Justice" nos Estados Unidos da América, em 1965. A comissão foi organizada com o objetivo de investigar as preocupações da sociedade estadunidense com o crime. Para tanto, a comissão encomendou estudos e pesquisas de diferentes organizações e pesquisadores, com a finalidade de apurar casos de vitimização não registrados nos Estados Unidos da América. Dos estudos realizados, três foram fundamentais para a "descoberta" do medo do crime, todos eles iniciados em 1965 e publicados em 1967: *a*) "Report on a Pilot Study in the District of Columbia on Victimization and Attitudes toward Law Enforcement" (de Biderman, A. D.; Johnson, L. A.; McIntyre, J.; Weir, A. W.); *b*) "Criminal Victimization in the United States: A Report of a National Survey" (de Ennis, P. H.); e *c*) "Studies in Crime and Law Enforcement in Major Metropolitan Areas, Volume I" (de Reiss, A. S. Jr.) (LEE, Murray. *Inventing Fear of Crime:* Criminology and the Politics of Anxiety. Cullompton, Portland: Willan Publishing, 2007, p. 64-67; FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. *Social Order and the Fear of Crime in Contemporary Times*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 23-24.

e político-social, o crime era considerado uma das questões que mais causavam preocupação na sociedade estadunidense[25]. Havia a necessidade, por parte do governo e da comunidade científica norte-americana, de melhor compreenderem o fenômeno da criminalidade[26], porém os dados estatísticos eram por ambos considerados de questionável fiabilidade. Verificou-se, então, a indispensabilidade de aperfeiçoamento das metodologias e ferramentas de investigação de dados criminológicos. Somente com o desenvolvimento de novas ferramentas estatísticas e metodologias de investigação é que o medo do crime pode ser "descoberto", pois foi a criação das *crime* e *victim surveys* que permitiram o conhecimento de mais detalhes sobre a realidade criminológica e vitimológica dos Estados Unidos da América[27], métodos que descobriram altos níveis de medo (do crime) na população estadunidense, um dado antes não conhecido pela comunidade científica[28].

Desde então, o medo do crime ganhou destaque na comunidade científica e se tornou um prolífico objeto de estudo e de relevância política, não se restringindo somente aos Estados Unidos da América[29]. Tamanho fascínio sobre o tema confere hoje ao estudo do medo do crime um caráter multi e interdisciplinar, concentrando o maior número de publicações científicas na área da Criminologia[30], embora também seja objeto de investigação de outras áreas do saber como Sociologia, Psicologia, Direito, Antropologia, Medicina, Arquitetura, Geografia, entre outros.

Em razão de o medo ser uma emoção, inicialmente os estudos sobre o medo do crime se limitavam a uma abordagem afetiva do medo do crime, em que o

25. LOO, Dennis. The 'moral panic' that wasn't – The sixties crime issue in the US. In: LEE, Murray; FARRALL, Stephen (Ed.). *Fear of Crime:* critical voices in an age of anxiety. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2008, p. 11, 12 *et passim*. FURSTENBERG Jr., Frank F. *Public Reaction to Crime in the Streets*. The American Scholar, Washington, v. 40, n. 4, p. 601.
26. FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. Op. cit., p. 24-25; BORGES, Doriam. Op. cit., p. 66.
27. LEE, Murray. *Inventing Fear of*… cit., p. 63; FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. Op. cit., p. 14.
28. CARRABINE, Eamonn; COX, Pam; LEE, Maggy; PLUMMER, Ken; SOUTH, Nigel. *Criminology: a sociological introduction*. 2. ed. Abingdon: Routledge, 2009, p. 221; HALE, C. *Fear of Crime*: A Review of The Literature. International Review of Victimology, London, v. 4, 1996, p. 79.
29. BORGES, Doriam. Op. cit., p. 67.
30. BARATA, Eduardo; CRUZ, Luís. Op. cit., p. 371 e 377.

medo do crime era compreendido como uma "reação emocional negativa decorrente do crime ou símbolos associados ao crime"[31], conforme o clássico conceito formulado por Ferraro e LaGrange, elaborado em 1987 para descrever a *dimensão afetiva* do medo do crime.

Com a evolução dos estudos da área, foram descobertas duas novas dimensões do medo do crime, a *cognitiva* e a *comportamental*. A *dimensão cognitiva* diz respeito à percepção individual ou social acerca do crime ou do risco de vitimização, principalmente quanto à preocupação das pessoas com o crime, a avaliação delas sobre o risco pessoal de vitimização e sobre a ameaça de crimes na localidade em que estão inseridas[32]. Esta dimensão compreende também a segurança e o bem-estar da sociedade.

Por sua vez, a *dimensão comportamental* (ou *atitudinal*) do medo do crime está relacionada às atitudes pessoais em relação ao crime, como os comportamentos adotados pelas pessoas frente ao medo de serem vítimas de determinados crimes[33].

Estudos mais atuais da área julgam ser impossível efetuar uma correta análise do medo do crime com a limitação a uma única dimensão, afirmando que somente uma perspectiva psicológica, em que as dimensões afetiva, cognitiva e comportamental interagem entre si, é capaz de permitir a correta compreensão do medo do crime[34].

---

31. "A negative emotional reaction to crime or the symbols associated with crime" (tradução nossa) (FERRARO, Kenneth F.; LAGRANGE, Randy. *The Measurement of Fear of Crime*. Sociological Inquiry, Oxford, v. 57, n. 1, 1987, p. 72).

32. MACHADO, Carla; AGRA, Cândido da. Insegurança e medo do crime: da ruptura da sociabilidade à reprodução da ordem social. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 12, n. 1, 2002, p. 80; GUEDES, Inês Sousa; CARDOSO, Carla; AGRA, Cândido da. Medo do crime – Revisão conceptual e metodológica. In: AGRA, Cândido da (Dir.); PACHECO, Isabel (Coord.). *A criminologia: um arquipélago interdisciplinar*. Porto: U.Porto Editorial, 2012, p. 214; SKOGAN, Wesley G. The Various Meanings of Fear. In: BILSKY, Wolfgang; PFEIFFER, Christian; WETZELS, Peter (Ed.). *Fear of Crime and Criminal Victimization*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1993, p. 131-136; e SKOGAN, Wesley G. Measuring What Matters: Crime, Disorder and Fear. In: LANGWORTHY, Robert H. (Ed.). *Measuring What Matters*: Proceedings From the Policing Research Institute Meetings. Washington: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1999, p. 47-48.

33. SKOGAN, Wesley G. *The Various Meanings*… cit., p. 137-138; HALE, C. Op. cit., p. 89-90; MACHADO, Carla; AGRA, Cândido da. Op. cit., p. 81.

34. JACKSON, Jonathan. *Introducing Fear of Crime to Risk Research*. Risk Analysis, [S.l.], v. 26, n. 1, 2006, p. 257-259. Ver também JACKSON, Jonathan. Validating New Measures of the Fear of Crime. *International Journal of Social Research Methodology*, [S.l.],

Atualmente, a noção de medo do crime foi ampliada, este fenômeno transcende o próprio crime e engloba incertezas, inquietudes pessoais e problemas sociais tão profundos quanto a delinquência[35]. O medo do crime age como uma espécie de "esponja", capaz de absorver uma ampla gama de inquietações potencialmente deteriorantes ao convívio social, condensá-las e redirecioná-las às figuras do crime e do criminoso. Desse modo, o sentimento de insegurança atuaria como uma válvula de escape para temores, ansiedades e perturbações individuais interligadas, ou até mesmo alheias, ao crime, igualmente deteriorantes ao convívio em sociedade. Tais inquietudes estariam interligadas, na verdade, a problemas mais complexos que diriam respeito ao bem-estar da sociedade e à estabilidade, cooperação e senso moral da comunidade[36], como o declínio econômico e transformações socioculturais.

Filiamo-nos à análise a partir de uma perspectiva psicológica do medo do crime. Compreendemos que o medo do crime é um fenômeno de alta complexidade, em que operam de forma conjunta e interpretativa emoção e cognição, através de diferentes elementos afetivos, cognitivos, narrativos e comportamentais.

O medo do crime compreende não somente a reação emocional negativa decorrente do crime ou de símbolos associados ao delito, mas também as percepções individuais ou sociais sobre o crime, o risco de vitimização, a exposição a narrativas de terceiros sobre o crime e os demais problemas interligados, direta ou indiretamente, à criminalidade. Há uma interação entre elementos individuais, contextuais e discursivos no medo do crime, os quais atuam em conjunto e são responsáveis por alterar comportamentos pessoais e por distorcer visões de mundo. O medo do crime é amorfo, trata-se de uma ideia abstrata, uma noção polissêmica e evocativa[37] que ultrapassa o crime e o medo. É uma construção psicológica que é afetada, ao mesmo tempo em que afeta, por inúmeros aspectos da vida urbana[38].

Por outro lado, é comum que, ao versar sobre esta temática, diversos pesquisadores tendam a realizar uma limitada relação do medo do crime às disputas

---

v. 8, n. 4, 2005, *passim*; FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. Op. cit., p. 46 e 78-80.

35. FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. Op. cit., p. 5; HALE, C. Op. cit., p. 79; DORAN, Bruce J.; BURGESS, Melissa B. Op. cit., p. 31.
36. FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. Op. cit., p. 4-6.
37. JACKSON, Jonathan. *Validating New Measures*… cit., p. 15.
38. SKOGAN, Wesley G. *Public Policy and*… cit., p. 11; FERNANDES, Luís; RÊGO, Ximene. *Por onde anda o sentimento de insegurança?* Problematizações sociais e científicas do medo à cidade. Lisboa: Etnográfica, 2011. v. 15. n. 1, p. 179.

entre classes sociais e aos meios de comunicação[39], também com alguma analogia à *cultura do medo* cunhada por Glassner[40] em referência a outras matérias não diretamente relacionadas à criminologia ou ao direito penal. Ao reduzirmos o problema a tais perspectivas, esquecemos a complexidade e a multiface do medo do crime. Pese embora contribuam para o surgimento e a intensificação de algumas variáveis do medo do crime, o capitalismo e a mídia não são os elementos fundamentais que dão origem a este fenômeno, consoante bem observado por Lee[41]. Trata-se, na verdade, de um problema social muito mais complexo.

Na tentativa de compreender e mensurar o medo do crime e os indivíduos por ele afetados, diferentes elementos demográficos, sociais e ambientais são identificados como fortes influenciadores no surgimento do sentimento de medo em relação ao crime, os quais distribuem irregularmente o sentimento de insegurança no espaço, no tempo e na sociedade. Estes elementos podem ser classificados em três grandes grupos de variáveis: individuais, contextuais e discursivas[42]. Em respeito aos limites objetivos do presente estudo, importante efetuar uma breve explicação sobre estes três grandes grupos.

As *variáveis individuais* dizem respeito às particularidades biopsíquicas de cada indivíduo. Entre elas destacam-se a vulnerabilidade, gênero, idade, posição socioeconômica, etnicidade e experiências de vitimização.

---

39. Pese embora seja inegável a importância da contribuição de autores como Batista (BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003), Pastana (PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003), Wermuth (WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal:* reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011), Andrade (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012) e Rauter (RAUTER, Cristina. *O medo do crime no Brasil: controle social e rebelião*. Rio de Janeiro: E-paper, 2017) ao estudo do tema, não concordamos com as afirmações de que o medo do crime encontra-se estritamente relacionado a uma divisão entre classes da sociedade ou, ainda, de interesses midiáticos. Outrossim, não considerar tais fatores, ainda que seja em uma escala bem menor de importância, é tão abreviado quanto considerá-los como únicos.
40. GLASSNER, Barry. *Cultura do medo: Por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos*. Trad. Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003.
41. LEE, Murray. *Inventing Fear of*… cit., p. 190-192.
42. Para mais uma análise mais aprofundada das variáveis do medo do crime, cf. RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A Ouroboros discursiva do medo do crime: o medo do crime como elemento disfuncional na racionalidade jurídico-penal, 2017. 141 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 41-64.

As *variáveis contextuais* estão relacionadas ao espaço físico e ao contexto social. Elas podem ser divididas em *incivilidades sociais* (por exemplo, sinais de prostituição ou tráfico de drogas em determinados locais) e *incivilidades físicas* (como a presença de lixo na rua, vandalismo ou ausência de luminosidade). As variáveis contextuais são, portanto, pistas socioambientais que permitem ao indivíduo fazer julgamentos sobre a segurança de certos locais em determinados horários, sobre a potencialidade ameaçadora do local[43], originando ou intensificando um sentimento de medo de acordo com o ambiente.

Já as *variáveis discursivas* são aquelas que contribuem para o surgimento ou intensificação do medo do crime a partir do discurso de diferentes atores sociais. Como já salientado, embora os meios de comunicação de massa indubitavelmente exerçam uma forte influência no sentimento de insegurança da população ao distribuir informação e conhecimento, determinar comportamentos e construir a realidade do seu público-alvo, indicando aos cidadãos *o que* pensar e *como* pensar[44], moldando opiniões e visões de mundo, eles não são os únicos atores sociais que utilizam o medo do crime para atingir algum tipo de finalidade particular. Na verdade, assim como os *mass media*, o *governo* (ao estimular os cidadãos a adotar práticas de prevenção a fim de reduzir o seu risco de vitimização[45]), os *políticos* (ao utilizarem o crime como um estratagema no discurso político para a angariação de apoio popular, sobretudo através de propostas de recrudescimento do direito penal[46]) e a *indústria da segurança* (através da mercantilização

43. NASAR, Jack L.; FISHER, Bonnie. 'Hot Spots' of Fear and Crime: A Multi-Method Investigation. *Journal of Environmental Psychology*, Atlanta, v. 13, n. 3, p. 189; FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. Op. cit., p. 92 e 114-115; GUEDES, Inês Sousa; CARDOSO, Carla; AGRA, Cândido da. Op. cit., p. 221-222.

44. PINA, Sara. Media e leis penais. Coimbra: Almedina, 2009, p. 57-59 e 85; ALTHEIDE, David L Mass Media, Crime, and the Discourse of Fear. *The Hedgehog Review*, Charlottesville, v. 5, n. 3, 2003, p. 16; GARLAND, David. *The Culture of*… cit., p. 157-158; ALTHEIDE, David L. *Creating Fear: News*... cit., p. 31-32.

45. LEE, Murray. *Inventing Fear of*… cit., p. 141; GARLAND, David. The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society. The British Journal of Criminology, Oxford, v. 36, n. 4, 1996, p. 451-452 e 454; GARLAND, David. *The Culture of*… cit., p. 123-127.

46. SCHEINGOLD, Stuart A. *Politics, Public Policy, and Street Crime*. The Annals of the American Academy of Political and Social Science, [S.l.], v. 539, 1995, p. 166; BURSTEIN, Paul. *The Impact of Public Opinion on Public Policy*: A Review and an Agenda. Political Research Quarterly, [S.l.], v. 56, n. 1, 2003, p. 30; LEE, Murray. *The Fear of*… cit, p. 242; BAUMAN, Zygmunt. Uncertainty and Other Liquid-Modern Fears. In: PŘIBÁŇ, Jiří (Ed.). *Liquid Society and Its Law.* Aldershot: Ashgate, 2007, p. 24.

de serviços e produtos que visem minimizar riscos ou dificultar certos tipos de atividades criminosas[47]) são elementos tão – em algumas sociedades, inclusive, mais – importantes quanto os veículos de comunicação na criação ou intensificação de medo no indivíduo ou na sociedade. Em suma, diferentes atores sociais disseminam o medo na população e instrumentalizam o sentimento de insegurança para concretizar interesses particulares[48]. Como muito bem observado por Ferrajoli, "o medo sempre foi o principal recurso e a principal fonte do poder"[49].

A interação entre essas variáveis torna o medo do crime um fenômeno altamente plástico e subjetivo. Por ter uma base emocional e poder ser socialmente construído, o medo do crime depende tanto das particularidades biopsíquicas do indivíduo, das suas avaliações cognitivas acerca das pistas socioambientais, como da sua exposição às narrativas criminais de terceiros. O medo do crime é um fenômeno único para cada pessoa. Cada indivíduo teme diferentes tipos de crime em diferentes intensidades, consoante a sua exposição às variáveis mencionadas, de acordo com aquilo que Jefferson e Hollway, de uma maneira muito acertada, denominam de "biografia individual"[50].

O medo do crime é um grave problema social, com consequências destrutivas que não se limitam à esfera individual, podendo repercutir também no convívio social, como na estrutura da sociedade, na economia e na política. As repercussões individuais, sociais, econômicas e políticas do medo do crime parecem ser infindáveis. Embora o presente estudo não tenha a pretensão de versar especificamente sobre todas as consequências do medo do crime no âmbito social, é imprescindível sublinhar, de maneira ampla e breve, que o medo do crime é capaz de: desertificar locais públicos; erodir o sentido de pertença e a ligação dos indivíduos à comunidade, criando uma sensação de suspeição em relação aos seus vizinhos; motivar a mudança de moradia; modificar o planejamento urbano público e privado; gerar um sentimento de declínio da sociedade; incentivar

47. Cf. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*, Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1-7, 95-148 *et passim*.

48. "Governing fear of crime is big business for private enterprise, government institutions and criminology" (LEE, Murray. *Inventing Fear of*… cit., p. 134).

"O medo de uns é o negócio e o enriquecimento de outros" (DIAS, Fernando Nogueira. Op. cit., 142). Ver também BAUMAN, Zygmunt. *Uncertainty and Other*… cit., p. 28-29.

49. FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 19, n. 21/22, 2014, p. 119.

50. JEFFERSON, Tony; HOLLWAY, Wendy. The role of anxiety in fear of crime. *Crime, risk and insecurity: law and order in everyday life and political discourse*. London: Routledge, 2000, p. 48.

a indústria da segurança; influenciar na aquisição de armas para proteção pessoal, fomentando a sua venda; exacerbar o racismo e a xenofobia, em razão da rotulação dos indivíduos pertencentes a grupos minoritários como criminosos; provocar efeitos psicológicos nocivos à saúde mental dos indivíduos afetados, como ansiedade, desconfiança, alienação, insatisfação com a vida ou até mesmo enfermidades mentais; induzir a mudança de comportamentos, hábitos e rotina; dificultar uma participação ativa de mulheres na vida pública; inibir o uso de transportes públicos; restringir a liberdade dos idosos; restringir o modo como as mulheres se vestem ou se expressam; e energizar os discursos de segurança pública, resultando em reivindicações por segurança e uma justiça penal mais repressiva e punitiva[51].

4. A Ouroboros discursiva do medo do crime

Verificada a complexidade do medo do crime, resta compreendermos como ele é trasladado para o mundo jurídico, principalmente para a esfera legislativa penal. Como verificaremos, os atores sociais responsáveis pelas variáveis discursivas do medo do crime são fundamentais nesta transposição, através da disseminação e propagação do medo do crime na sociedade.

O medo do crime que influencia o legislar penal pressupõe a existência de um sentimento de insegurança instaurado na sociedade. A instauração deste sentimento de insegurança dependerá da ação de um ou mais atores sociais e da sua intenção em instrumentalizar o medo para concretizar fins particulares. Contudo, a instrumentalização do medo somente se torna possível através da manutenção de uma relação de dependência mútua entre quem é por ele subjugado e quem dele usufrui. Para que seja possível retirar proveito do medo do crime é necessário, portanto, que o sentimento de medo (de modo geral ou específico a certos delitos) seja difundido pelo seu manejador e que o público-alvo tema ser atingido por atividades criminosas. A mera preocupação esporádica com o crime não é suficientemente capaz de manter uma relação de dependência. Necessário, então, que o medo do crime seja constantemente disseminado e explorado, mediante a estratégia denominada por *discurso do medo*.

O discurso do medo é uma narrativa discursiva que se apropria do sentimento de medo e de insegurança difusos na sociedade e constrói, ou reforça, uma

51. LEE, Murray. *Inventing Fear of*… cit., p. 17-18, nota 3; FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. Op. cit., p. 3; HALE, C. Op. cit., p. 82-83; BORGES, Doriam. Op. cit., p. 43; FERNANDES, Luís Fiães. Op. cit., p. 318-319.

visão de mundo na qual o crime é onipresente, incontrolável e iminente, como se o crime e o alto risco de vitimização fossem características centrais do convívio em sociedade.[52] Trata-se de uma narrativa unicamente interessada na disseminação do medo para dele se beneficiar, sem compromisso com a veracidade das informações transmitidas. O risco objetivo de vitimização e as taxas de crimes são superestimados ou, por vezes, manipulados a fim de parecerem superiores à realidade, de modo a intensificar o sentimento de medo do crime[53].

Esse discurso insecuritizante é alimentado por narrativas criminais de diferentes agentes sociais[54], poderes e saberes[55], se destacam o governo, os políticos, os *mass media* e a indústria da segurança.

---

52. PIACESI, Débora da Cunha. *O discurso do medo e segmentos da criminalização primária: uma análise crítica do discurso penal parlamentar oficial luso-brasileiro* (2007-2009) 2016. 270 f. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI) – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 144; MACHADO, Carla. *Crime e insegurança: discursos do medo, imagens do "outro"*. Lisboa: Notícias, 2004, p. 252-254; MACHADO, Carla; AGRA, Cândido da. Op. cit., p. 98-99; ALTHEIDE, David L. *Mass Media, Crime*… cit., p. 10; ALTHEIDE, David L. *Terrorism and the Politics of Fear*. Lanham: AltaMira Press, 2006, p. 114.

53. Embora possa aproveitar-se de temores alheios à criminalidade, é principalmente do medo do crime que esta narrativa retira suas forças, devido ao seu maior impacto no imaginário coletivo. Para o presente estudo, o discurso do medo está fundamentalmente relacionado ao medo do crime, embora reconheçamos que a ele possam ser somados outros temores e inquietudes sociais. Trata-se, portanto, de um discurso do medo do crime.

54. O discurso do medo pode surgir a partir de narrativas criminais de qualquer agente que almeja instrumentalizar o medo, como, por exemplo, amigos, familiares, líderes empresariais, políticos, governo, religiosos e os meios de comunicação (DIAS, Fernando Nogueira. Op. cit., p. 148; MACHADO, Carla. Op. cit., p. 253; CORNELLI, Roberto. Ética e criminologia: o caso "medo da criminalidade ". Trad. Nuno Coimbra Mesquita. *Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 35, 2003, p. 55).

    O medo e o discurso insecurizante podem ser úteis para "os políticos, para os empresários da segurança privada, para os noticiários da imprensa falada e escrita, para dar legitimidade ao discurso dos pais que controlam o comportamento de seus filhos, para reforçar discriminações etc. Embora não tenhamos a certeza de que vivemos em um ambiente perigoso, a mera suposição do perigo pode ser útil para justificar ações e comportamentos e até mesmo para aquecer mercados e legitimar políticas" (PASTANA, Debora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003, p. 37).

    Importante destacar que o discurso de um agente não necessariamente exclui o de outro, eles podem agir *simbioticamente*. Exemplo disso são as campanhas publicitárias governamentais direcionadas ao público geral ou a grupos específicos de vítimas em potencial ou a um específico tipo de infrator. São campanhas onde o governo utiliza os

O discurso do medo é moldado a partir do seguinte *modus operandi*: (1) difunde-se, ou fortalece-se, a ideia de uma sociedade perigosa, repleta de crimes, em que o risco de vitimização é iminente; (2) instaura-se um sentimento generalizado de insegurança e descontrole social; (3) oferecem-se meios capazes de apaziguar os temores da população; e, por fim, (4) reforça-se a ideia de que a segurança oferecida é necessária porque o risco de vitimização é elevado. A construção do discurso do medo garante ao seu elaborador o poder de oferecer alternativas para reduzir aquele medo que ele próprio ajudou a fabricar.

Trata-se de uma estratégia traiçoeira e paradoxal, um discurso circular e autorreferencial, que se perpetua e se reforça à medida que é propagado, de modo a manter uma eterna relação de dependência entre quem amedronta e quem é amedrontado[56].

Murray Lee dá a essa circularidade do discurso do medo do crime o nome de "fear of crime feedback loop"[57]. Preferimos, contudo, fazer uma analogia ao símbolo egípcio e grego da Ouroboros[58] para representar este fenômeno discursivo,

---

mass media para conscientizar a população sobre o problema da criminalidade e sugerir aos cidadãos que adotem práticas efetivas para aumentar a sua própria segurança, criando um senso de dever e necessidade de mudança de comportamentos (GARLAND, David. *The Limits of*… cit., p. 451-453).

55. Até mesmo as pesquisas acadêmicas podem contribuir para o discurso do medo. A metodologia de pesquisa empregada na investigação do medo do crime e os resultados obtidos podem acabar informando a população sobre seus medos e a (ir)racionalidade de tais temores. A influência da comunidade científica no discurso do medo também pode ser indireta, através da utilização, e muitas vezes manipulação, dos resultados dos estudos sobre o fenômeno como base para as narrativas de terceiros interessados na manutenção do discurso do medo (FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. Op. cit., p. 35; LEE, Murray. *Inventing Fear of*… cit., p. 2; LEE, Murray. The Fear of Crime and Self-governance: Towards A Genealogy. The Australian and New Zealand Journal of Criminology, [S.l.], v. 32, n. 3, 1999, p. 239-242).

56. LEE, Murray. *Inventing Fear of*… cit., p. 103.

57. LEE, Murray. *The genesis of 'fear of crime'*. Theoretical Criminology, [S.l.], v. 5, n. 4, 2001, p. 480-481. Embora em um primeiro momento só tenha aplicado o conceito de *fear of crime feedback loop* ao discurso produzido no âmbito político, após a publicação da obra "Inventing Fear of Crime: Criminology and the politics of anxiety", Murray Lee revisa a sua formulação e passa a incluir outros atores na elaboração desta circularidade viciosa, com destaque à indústria da segurança e aos *mass media* (Cf. LEE, Murray. *Inventing Fear of*… cit., p. 76-78, 142, 188, 203 *et passim*).

58. A Ouroboros é um símbolo egípcio e grego normalmente representado por uma cobra ou um dragão comendo a própria cauda. Possui diferentes significados, sendo o mais notório a representação da ciclicidade. Por abocanhar sua própria extensão, a

a qual, em sua serpentitude *retro-originária*, é capaz de refletir a eternidade circular do discurso do medo. Trata-se, portanto, de uma *Ouroboros discursiva do medo do crime*, uma narrativa que se renova *ad infinitum*, ou seja, a cada momento que parece querer se findar.

Afirmar a possibilidade de uma produção ou difusão do medo do crime a partir de uma narrativa não significa excluir a influência dos elementos individuais e contextuais no impacto desse discurso. Na verdade, elas servirão de filtro para cada indivíduo, que será impactado pela Ouroboros discursiva do medo do crime de acordo com as suas características individuais e as características dos locais em que vive e frequenta.

O medo se propaga com facilidade por meio das interações sociais, sendo especialmente perverso e prejudicial à sociedade, não somente por poder originar e potencializar medos preexistentes, mas também porque instrui as pessoas sobre o que elas devem temer, sem que de fato estes temores estejam empírica e cientificamente fundamentados.

Uma vez instaurado no corpo social, o medo do crime retira da população o exercício reflexivo da razão[59]. Os questionamentos a respeito das origens de um medo onipresente e a ponderação sobre as causas da criminalidade são deixados de lado e dão lugar unicamente ao temor e à certeza da necessidade de restauração da segurança. A sociedade passa a requerer providências públicas capazes de proteger a população do perigo da vitimização. O crime deve ser repelido e, junto a ele, todos e quaisquer símbolos que possam ser associados ao delito, principalmente o responsável pelos atentados à segurança: o criminoso.

Sob o prisma do medo do crime, a noção de segurança assume um sentido estrito e é reduzida cada vez mais a uma dimensão criminal[60], a ideia de segurança pública acaba por se limitar na manutenção da ordem pública e na contenção

---

Ouroboros representa o eterno retorno, o círculo vicioso e infinito do renascimento, a contínua repetição. É, pois, a perpétua transmutação de morte em vida, uma repetição contínua que trai a própria ideia fundamental da morte, condenada a renascer a cada momento que tenta se exterminar (CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dictionnaire des Symboles* – Mythes, réves, coutumes, gestês, formes, figures, couleurs, nombres, edição revista e ampliada, Paris: Robert Laffont, 1992, p. 366-367, 716, 868-869; CIRLOT, J. E. A *Dictionary of Symbols*. Trad. Jack Sage. 2. ed. [s.l.]: Taylor & Francis e-Library, 2001, p. 98 e 247).

59. PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo*… cit., p. 16-19.

60. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 119; BARATA, Francesc. *A midiatização do direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 19, n. 21/22, 2014, p. 480; GASPAR, António Henriques. Justiça e segurança. In:

da criminalidade, mediante o emprego da força policial e do recrudescimento e antecipação do uso dos instrumentos punitivos estatais[61]. A segurança passa a ser estreitamente identificada com o direito penal, como se sinônimos fossem. O medo do crime transplanta o que resta de raciocínio crítico da sociedade sobre as causas da criminalidade a outro setor: o controle da delinquência, não mais à sua solução. O medo reclama uma resposta imediata[62], que acaba se traduzindo na busca pela celeridade da prevenção e da contenção, e não na morosidade da solução. Vias mais céleres como soluções legislativas penais são escolhidas em desfavor de políticas sociais mais custosas e morosas.

É desse clima de insegurança que os articuladores políticos do discurso do medo retiram seus benefícios e que as propostas securitárias encontram terreno fértil para proliferar.

As demandas por segurança provenientes do medo do crime são transpostas à esfera política, e posteriormente ao direito, de diferentes maneiras. A nós interessam duas: a pressão pública e o populismo penal[63]. Embora sejam autônomas, acabam frequentemente por atuar de forma simbiótica. Assim como o próprio medo, esta deslocação do sentimento de insegurança à esfera política é altamente dependente das influências socioculturais e do sistema político de onde ele é trasladado, os quais servem como filtros à receptividade dos alarmismos públicos

---

PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (Coord.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 235-236.

61. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 119.

62. PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo*… cit., p. 29.

63. Também conhecido por "populismo punitivo", termo cunhado por Anthony Bottoms em 1995, formulado para descrever uma ampla dimensão política baseada em três grandes crenças: a) que o aumento da punição surtiria efeitos na redução do crime, através da intimidação ou incapacitação; b) no aumento da punição como instrumento de fortalecimento do consenso moral da sociedade face a determinados tipos de atividade, como o uso de drogas; e, por último, e talvez o mais visível atualmente, c) que a adoção de uma postura "punitiva populista" satisfaria as vontades de um seleto grupo de eleitores. O populismo punitivo seria, nesse sentido, uma postura política de alta atratividade para os políticos, adotada com base na nítida crença em sua popularidade com o público. O termo "populismo punitivo" pretenderia, assim, transmitir a noção de que os políticos explorariam, e utilizariam para seus próprios fins, aquilo que acreditariam ser as posturas punitivas gerais do público (BOTTOMS, Anthony. The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. In: CLARKSON, Chris; MORGAN, Rod (Ed.). *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 18, 39-40). Ver também PRATT, John. *Penal Populism*. Abingdon: Routledge, 2007, p. 8, 12-23 *et passim*; SALAS, Denis. *La volonté de punir*: Essai sur le populisme pénal. Paris: Librairie Arthème Fayard/Pluriel, 2010, p. 53-56, 106-110, 115-118.

e dos discursos populistas à política interna de cada sociedade, o que torna algumas sociedades mais permeáveis a práticas públicas impulsionadas pelo medo do crime do que outras[64].

A simbiose entre pressão pública e populismo penal viabiliza uma estratégia política voltada à ampliação da segurança através do recrudescimento do direito penal, mesmo que para tanto sejam sacrificados direitos e garantias fundamentais constitucionais e processuais penais. Prescinde-se de conhecimentos técnicos de especialistas para dar destaque a outras fundamentações, normalmente sem embasamento teórico ou empírico, sedimentadas em emoções como medo e ódio para a proposição de alterações legislativas ou medidas públicas que prometem uma proteção (ilusória) àqueles que obedecem a lei (representados na figura da vítima[65]), em desfavor daqueles que atentam à segurança da sociedade (os *criminosos*), aos quais a única solução seria a punição, segregação e o esquecimento. O populismo penal aproveita o medo e os anseios por punição dos cidadãos amedrontados para recolher apoios ao endurecimento do direito penal[66].

Os partidários desta estratégia política tendem a se focar nos fatos criminosos atípicos propagados pela Ouroboros discursiva do medo do crime e utilizam a sua visibilidade pública para sustentar argumentos falaciosos e reducionistas, que, somados a um forte apelo emocional, repudiam os altos custos do sistema de justiça penal, a ineficácia de instrumentos de prevenção e o fracasso da pena de prisão e de sua função de ressocialização[67]. As soluções propostas para o problema da criminalidade são aquelas típicas de um direito penal securitário, com maior destaque a novas incriminações; diminuição de garantias processuais; restrições a direitos fundamentais de investigados, acusados e condenados; redução da imputabilidade penal; aumento de prazos prescricionais; eliminação de finalidades de ressocialização da pena de prisão e o abandono de ideias de substituição da pena e da flexibilização do cumprimento da pena privativa de liberdade[68].

64. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política legislativa*… cit., p. 282 e ss.

65. GARLAND, David. *The Culture of*… cit., p. 121-122.

66. SILVA, Germano Marques da. Populismo e direito penal – A crise permanente. *Revista do CEJ*, Lisboa, n. 1, sem. 1º, 2014, p. 328.

67. GARLAND, David. *The Limits of*… cit., p. 460; PRATT, John. Op. cit., p. 89, 94-95, 98, 126, 175; RIPOLLÉS, José Luis Díez. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. Trad. Sónia Fidalgo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 17, n. 4, 2007, p. 566; GARLAND, David. *The Culture of*… cit., p. 61-63.

68. LARRAURI, Elena. Populismo punitivo… y cómo resistirlo. *Jueces para la democracia*, Madrid, n. 55, 2006, p. 18; RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Da sociedade do*… cit., p. 566.

Inegável se tratar de uma estratégia politicamente eficaz para quem a emprega, pois, ao contrário de programas genuinamente compromissados com a solução da delinquência, as propostas populistas produzem efeito de forma mais célere – ou, na verdade, *aparentam* produzir este efeito –, pois aliviam os temores da população e transmitem a ideia de que o poder público está adotando estratégias para diminuir a criminalidade. Cada proposta parece se adequar a um medo de crimes específicos, de modo que todos os medos presentes na sociedade acabam sendo identificados e explorados. São, assim, atendidos todos os desejos e aplacados todos os temores. São propostas que somente servem como combustível na retroalimentação da eterna circularidade viciosa do que denominamos por Ouroboros discursiva do medo do crime.

Dessa maneira, o populismo penal acaba por instrumentalizar não somente o medo do crime, como também o próprio direito penal, politizando o direito penal[69] através da ideia de restauração da segurança. Sob essa ótica, o discurso político-criminal é reduzido às demandas populares, em detrimento dos conhecimentos técnicos e opiniões de especialistas, e descarta a ponderação e tecnicidade necessárias para uma solução estrutural dos problemas da criminalidade.

A difusão e a constante renovação da Ouroboros discursiva do medo do crime, bem como o estabelecimento de um medo generalizado na sociedade, interferem em diferentes âmbitos da vida social, deturpam o senso crítico, a percepção da sociedade sobre a realidade criminológica e social e conduzem a clamores públicos por mais intervenção do direito penal como solução para a criminalidade, contribuindo para o surgimento e o fortalecimento de políticas públicas repressivas e revigorando o estabelecimento de uma ideologia securitária no direito penal, a qual gera negativas influências à racionalidade do direito penal.

Quando o fantasma do risco de vitimização assombra todos os membros da sociedade, o direito penal passa a ser encarado como o melhor meio de resolução de conflitos.

É a partir do comportamento de defesa exigido pelo medo – um medo oriundo do temor do risco subjetivo e objetivo de vitimização, de percepções de desordem social, do medo do criminoso e propagado através do discurso – que a segurança passa a ser reivindicada, segurança essa que se identifica com o direito penal e que gera clamores sociais por mais ampliação, antecipação e utilização dos instrumentos repressivos estatais, na esperança de que o direito penal seja capaz de proteger a sociedade dos males da criminalidade. Um uso político do medo, nos

69. CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La Seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*, Madrid: Iustel, 2007, p. 310 e 342.

moldes aqui expostos, não se diferencia em nada dos episódios históricos retratados no início do capítulo anterior, trata-se também de uma instrumentalização do medo para fins de governação social. Embora o medo do crime, por si só, detenha alguma autonomia para intervir no campo político, será a Ouroboros discursiva do medo do crime que não somente consolidará o sentimento generalizado de insegurança, como também, assim agindo, estabelecerá a conexão entre medo do crime e política, a qual, por sua vez, trasladará as aflições pessoais oriundas do medo do crime para o direito penal, através, no caso do presente estudo, da atividade legislativa penal.

5. Racionalidade legislativa, leis penais e medo do crime

Conforme ensina Díez Ripollés, a ciência da legislação parece ter sido esquecida nos dias de hoje, não tendo acompanhado a evolução dogmática das demais áreas da argumentação e do saber jurídico[70]. Há, de acordo com o autor, uma necessidade de reorientação da atenção a essa esquecida ciência, dado o acúmulo de funções sociais, distintas das tradicionais, que a legislação penal aglomerou ao longo do tempo, mormente a escolha da lei penal como "orientadora" da moral da sociedade, o seu protagonismo perante os diferentes dilemas valorativos sociais e a sua utilização para fins meramente simbólicos. A desconfiança da opinião pública no sistema jurídico – manifestada diretamente através de reivindicações sociais ou indiretamente mediante os meios de comunicação – e o oportunismo social e político – visto através da atividade legislativa penal, por exemplo – também são exemplos de elementos alarmantes que deveriam ser sopesados na reflexão quanto à atenção despendida para uma reorientação da ciência da prática legislativa penal.

Díez Ripollés ensina que a dinâmica legislativa penal se estrutura em três fases[71]: *a*) pré-legislativa, momento reservado à análise de determinadas disfunções (sociais ou econômicas) carentes de resposta jurídica até aquele momento de propositura, etapa que se encerra com um projeto de lei; *b*) legislativa, que começa com a recepção do projeto de lei no órgão competente e termina com a aprovação e publicação da referida lei; e *c*) pós-legislativa, que inicia com a publicação da norma e se encerraria com o questionamento da sociedade sobre a sua

70. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría.* 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 13-14. O qual acompanharemos de perto nas linhas que seguem.

71. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Racionalidad de*… cit., p. 18 e ss.

adequada relação com a realidade social ou econômica que se pretende regular. As três fases operam de forma circular e retroalimentar, cada uma condicionando as demais.

À presente análise daremos especial destaque à fase pré-legislativa, a qual mostra-se como o momento que recebe mais influência do medo do crime, por ser a ocasião de análise e propositura de projetos, embora as demais fases também sejam impactadas pelo sentimento de insegurança e sejam tão importantes quanto a primeira no ato de legislar.

Seguindo o entendimento de Díez Ripollés, para que a atividade legislativa se desencadeie é preciso que na fase pré-legislativa um agente social[72] tenha êxito em demonstrar uma credível disfunção social que reclame uma intervenção penal[73]. É preciso que ele forneça dados – reais ou fictícios – capazes de estabelecer uma discussão sobre o problema social colocado em pauta, para posteriormente levá-lo ao conhecimento da sociedade e, por fim, convencer o corpo social de que a intervenção penal é necessária.

A relação entre o medo do crime e o legislar é problemática ao verificarmos que, conforme ensina Díez Ripollés[74], a demonstração da disfunção social não precisa estar embasada em pressupostos fáticos reais, bastaria a mera aparência ou sugestão de que o problema realmente existe na sociedade, sem a necessidade da sua *comprovação*. A disfunção apresentada tem de despertar a atenção social, e, para tanto, aqueles problemas que são apresentados (ou elaborados) com componentes dramáticos e ilustrados com exemplos próximos à maioria dos cidadãos tendem a obter mais êxito, em detrimento aos demais exemplos que não apresentem esta característica. Quando a disfunção social é colocada em pauta, Díez Ripollés ainda afirma que é preciso que o seu conhecimento "se disemine de manera generalizada en la sociedad, acompañado de dos características. La primera es su *estabilización* cognitiva, es decir, una cierta resistencia a desaparecer de la agenda social. La segunda es su capacidad de *involucración emocional* de la población"[75].

É especialmente neste momento da atividade legislativa penal que o medo do crime alcança o ápice da sua influência na criação das leis penais. Uma legislação penal fundada no medo do crime, sem qualquer outro embasamento

72. Aqueles anteriormente mencionados que operam nas variáveis discursivas do medo do crime e que colocam em funcionamento a Ouroboros discursiva do medo do crime.

73. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Racionalidad de*… cit., p. 20 e ss.

74. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Racionalidad de*… cit., p. 21-23.

75. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Racionalidad de*… cit., p. 23 (destaques no original).

técnico-científico que a justifique, demonstra-se problemática já na sua origem. Isso porque o medo do crime, consoante tivemos a oportunidade de referir, é um fenômeno completamente plástico e subjetivo, que se molda conforme a exposição do indivíduo a diferentes variáveis individuais, contextuais e discursivas, potencializado pela Ouroboros discursiva do medo do crime, de maneira que a sua utilização neste momento (como fundamentação legislativa) demonstra, já na sua construção, uma fragilidade de sustentação em um dos pilares que basilam a criação das leis penais, qual seja, a função de *ultima ratio* do direito penal.

Conforme abordado anteriormente, o sentimento de insegurança generalizado (supostamente) existente na sociedade sequer depende da realidade criminológica do corpo social temeroso, prescinde de uma significativa presença de atividades criminosas, bastando que um ou mais articuladores discursivos tenham interesses particulares para colocar em prática a Ouroboros discursiva do medo do crime e difundir a ideia de onipresença do crime, independentemente de embasamento fático real.

A Ouroboros discursiva do medo do crime compõe a fase pré-legislativa, precisamente como verificado nos exemplos trazidos no primeiro capítulo, e "finda" com o encaminhamento da proposta legislativa para aprovação (inicia-se com a instauração de um sentimento de insegurança generalizado na sociedade, assegura-se a atenção social e, por último, são apresentas as possíveis soluções – especialmente repressivas e populistas – ao problema criado).

A partir dos casos abordados, podemos verificar que o medo do crime é utilizado como justificativa para modificações legislativas e decisões judiciais, representando um grande risco para a racionalidade jurídico-penal, visto que o medo do crime não é um sentimento fundado em informações cientificamente comprovadas – mesmo que alguns dados científicos possam ser astuciosamente manipulados para tendenciar este medo –, mas sim a partir da interação conjunta de diferentes elementos individuais, contextuais e discursivos. O medo do crime é um conceito excessivamente problemático para servir de fundamento legal e jurídico-penal, principalmente em casos que impliquem restrições a liberdades, direitos e garantias fundamentais.

Com base no sistema representado pela Ouroboros discursiva do medo do crime, acabam sendo fomentadas exigências por um direito penal de cunho securitário, traduzindo-se em uma intervenção penal antecipada e repressiva. Em nome da proteção e imbuídos pelo medo do crime, aqueles que temem pugnam pelo recrudescimento do direito penal, através da exclusão, mitigação, ou flexibilização dos direitos e garantias de defesa, aumento de penas e elaboração ou ampliação de criminalizações. As exigências e as propostas de segurança são

infindáveis, as "respostas ao medo do crime" se concentram, sobretudo, na diminuição da liberdade, restrição aos direitos e garantias processuais, construção de presídios, aumento de penas.

O uso do direito penal como instrumento político para assegurar uma segurança imediata acaba, ao final, fomentando tanto um direito penal quanto uma política criminal simbólicos, ineficazes, incoerentes e inconsistentes.

Desse ponto de vista, pressupõe-se que o medo do crime dificulta a compreensão e aceitação de uma gama de princípios, direitos e garantias da justiça penal, principalmente aqueles que impedem um uso abusivo do poder punitivo estatal, os quais passam a ser vistos como uma espécie de favorecimento ao agente do crime. Tais preceitos são encarados como se os direitos e garantias processuais do indivíduo que está sendo investigado ou acusado fossem um impedimento para a eficaz proteção da sociedade e das vítimas, como se fossem obstáculos à tão almejada segurança. Preceitos basilares do direito penal e do processo penal – como o princípio da presunção de inocência, a rejeição de provas obtidas por meios ilícitos, recursos e incidentes processuais suscitados pela defesa, requerimentos de perícia, direito ao silêncio, nulidades processuais e atenuantes da pena – são considerados, por aqueles que temem o crime e por aqueles que querem disseminar o sentimento de medo, como entraves à segurança da sociedade.

São esquecidas as influências do ideário das luzes[76] e os desenvolvimentos posteriores que nos conduziram a um direito penal que possui como uma das finalidades mais importantes da pena a reintegração do agente à sociedade. Sob o signo do medo, a punição – que antes tinha como principais fundamentos a proteção de bens jurídicos, a ressocialização e a reintegração do condenado à sociedade –, retrocede à segregação e à proteção contra situações de perigo[77], e, assim, ao apaziguamento dos temores da sociedade. A pena passa a servir unicamente para gerir ou erradicar os riscos de vitimização.

Dentro do modelo liberal de direito penal, do qual não podemos nos distanciar, afirmamos com o devido cuidado que a promoção da segurança somente

76. Da contribuição, como ensina Faria Costa, da racionalização dos vários Iluminismos que se originaram na Europa, não somente daquele que brotou na França, mas também do Inglês, do Alemão, do Italiano e do Português (COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 348).

77. LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, 2012, p. 259-260.

pode ser admitida indiretamente, como consequência[78] da função de proteção de bens jurídico-penais exercida pelo direito penal, e jamais como uma finalidade autônoma ou direta, sob pena de o direito penal extrapolar os limites que legitimam o seu campo de ingerência (a tutela subsidiária de bens jurídicos). Um direito penal ao serviço do medo sofre uma mutação de finalidade e passa a satisfazer as exigências sociais de segurança ao invés de promover a proteção de bens jurídicos.

Assim agindo, o direito penal assume uma função eminentemente simbólica, um direito penal que serve para tranquilizar os medos populares e a opinião pública frente às obsessões por segurança. Mais que uma função simbólica, trata-se de um mascaramento ideológico, pois além de o direito penal não ter sido elaborado para solucionar problemas do futuro, parte-se do pressuposto que somente a intervenção penal pode solucionar os conflitos sociais, sem que eles sejam anteriormente submetidos a outros meios de controle social mais idôneos e menos gravosos que o penal para serem solucionados, deixando os problemas, na maioria das vezes, sem uma resposta adequada, por não terem sido efetivamente perseguidos e corretamente resolvidos[79].

Desse modo, o direito penal desempenharia uma função de engano[80] e seria uma ferramenta à qual o legislador penal recorreria não somente para garantir uma boa imagem perante a sociedade – aparentemente atendendo às demandas sociais por segurança, conquistando popularidade e votos –, como também por ser uma alternativa "barata" à "solução" dos problemas relacionados à criminalidade[81].

Para impedir que o medo do crime se infiltre na atividade legislativa é preciso garantir racionalidade e tecnicidade ao legislar penal. O legislador penal deve(ria) se ater a critérios racionais de legislação, como o embasamento teórico e empírico no momento do recorte da disfunção social a ser trazida a conhecimento público na fase pré-legislativa. É preciso que a atividade legislativa se atente a dados científicos acerca da realidade social e jurídica da sociedade em que a norma incide ou incidirá[82].

78. Para Faria Costa, a segurança seria uma função complementar, ou então lateral ou acessória, à função primacial do direito penal de proteção de bens jurídico-penais (COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de*… cit., p. 14-16).

79. CEPEDA, Ana Isabel Pérez. Op. cit., p. 371.

80. CEPEDA, Ana Isabel Pérez. Op. cit., p. 336.

81. CEPEDA, Ana Isabel Pérez. Op. cit., p. 336.

82. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Racionalidad de*… cit., p. 86 e 89.

Da mesma maneira, é imprescindível que o legislador efetue uma reflexão jurídico-penal que tenha por base o sistema penal (e constitucional) como um todo, uma análise crítica que tenha como base, por exemplo, as teorias dos fins da pena, o princípio de proporcionalidade, o princípio da ofensividade, da fragmentariedade, da danosidade, da proporcionalidade das penas, entre outros.

Nesta reflexão, o legislador penal também deve verificar se a lei é realmente necessária, se atende "aos problemas que nos preocupam"[83], principalmente quando atingem os princípios basilares do direito penal.

Considerações finais

Em um período marcado por instabilidades – sociais, econômicas e políticas – e pelo medo – da criminalidade violenta; de ameaças criminais globais, como o terrorismo, criminalidade organizada e a transfronteiriça; ou locais, como a delinquência de rua –, as crises sociopolíticas acabam sendo transpostas ao direito penal.

O direito penal não pode ser uma ideia alheia à sociedade, uma "efabulação teorética"[84] a esmo, é preciso que ele esteja atento às mudanças sociais, ao surgimento de novos riscos decorrentes da ação humana e às novas roupagens que os delitos clássicos acabam assumindo ao agregarem as ferramentas oriundas do desenvolvimento tecno-científico às práticas delitivas. O direito penal deve estar ciente, portanto, das particularidades do contexto social no qual está estruturado e dos perigos externos. Ele deve ser repensado sempre que se mostrar necessário, para cumprir a sua função de proteção subsidiária de bens jurídico-penais, principalmente frente às transformações do mundo pós-moderno, porém dentro dos limites que o legitimam.

O repensar do direito penal não pode constituir uma involução penal[85], jamais poderá ser efetuado a partir do medo do crime e de seus decorrentes clamores por segurança, segurança que, na perspectiva de quem teme o crime ou quem manipula esta emoção, deve sempre ser imediata. O direito penal não foi concebido para ser um mero serviçal de um tirano delirante chamado medo, como se pudesse ser invocado a seu bel-prazer como resposta ao perigo, sacrificando,

83. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Racionalidad de*… cit., p. 100.

84. COSTA, José de Faria. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 69.

85. CEPEDA, Ana Isabel Pérez. Op. cit., p. 67.

para isso, a liberdade dos cidadãos e os demais direitos e garantias fundamentais conquistados arduamente ao longo da história. É certo que o direito penal precisa se adaptar às transformações sociais e criminais, porém esta adaptação deve ser feita dentro dos limites que impedem a instrumentalização e o consequente (ab) uso político e autoritário do direito penal, e, em decorrência disso, o desvirtuamento da sua função protetiva dos bens jurídicos mais estimados em sociedade.

O medo do crime contribui para a criação e potencialização daqueles distúrbios preexistentes que colocam em crise o modelo liberal de direito penal e, ainda, municia uma legislação penal e política criminal irracional, repressiva e expansiva, que dispensa o saber jurídico-penal[86].

É preciso que a legislação penal seja pensada a partir de dados confiáveis oriundos de estudos criminológicos íntegros e não em conjecturas ou conceitos obscuros como o medo do crime. Elementar que o legislador penal realize uma reflexão jurídico-penal norteada pelo sistema jurídico-penal como um todo, analisando as estruturas basilares do direito penal, em conjunto à criminologia e à política criminal, pois somente a conexão destas três ciências autônomas viabiliza uma correta racionalidade jurídico-penal[87].

Ao direito penal são atribuídas tarefas que ele não pode cumprir, pervertendo a sua função e enganando a opinião pública ao oferecer "soluções" a problemas que não correspondem à realidade[88], e o medo do crime é um dos responsáveis por isso. Devemos, assim, pedir à justiça penal o que ela pode nos dar[89], não aquilo que ela não pode nos dar, porque além de desvirtuarmos o direito penal, ainda nos sujeitamos a que ele permanentemente nos decepcione[90].

Referências bibliográficas

AHS, Fredrik. The Amygdala and Fear Memories. In: GERVAISE, Allen D. (Ed.). *Psychology of Fear*. Nova York: Nova Science Publishers, 2012.

86. LYRA, José Francisco Dias da Costa. Op. cit., p. 254 e 257.
87. DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 31.
88. CEPEDA, Ana Isabel Pérez. Op. cit., p. 337.
89. COSTA, José de Faria. Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. In: COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 19.
90. SANTOS, Cláudia Cruz. Direito penal mínimo e processo penal mínimo (brevíssima reflexão sobre os papéis processuais penais do Estado Punitivo, do agente do crime e da sua vítima). *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 179, out. 2007, p. 13.

ALTHEIDE, David L. *Terrorism and the Politics of Fear*. Lanham: AltaMira Press, 2006.

ALTHEIDE, David L. Mass Media, Crime, and the Discourse of Fear. *The Hedgehog Review*, Charlottesville, v. 5, n. 3, p. 9-25, 2003.

ALTHEIDE, David L. *Creating Fear:* News and the Construction of Crisis. New York: Aldine de Gruyter, 2002.

BALCONI, Michela. In The Face of Fear: Neuropsychological Contributions and Empirical Evidences. In: GERVAISE, Allen D. (Ed.). *Psychology of Fear*. Nova York: Nova Science Publishers, 2012.

BARATA, Eduardo; CRUZ, Luís. Para uma análise dos custos do medo em Portugal. In: SANTOS, Rita; MOURA, Tatiana; PUREZA, José Manuel (Org.). *Violência e Armas de Fogo em Portugal*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

BARATA, Francesc. A midiatização do direito penal. Trad. Sérgio Lamarão. *Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, A. 19, n. 21/22, p. 471-489, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. Uncertainty and Other Liquid-Modern Fears. In: PŘIBÁŇ, Jiří (Ed.). *Liquid Society and Its Law*. Aldershot: Ashgate, 2007.

BORGES, Doriam. *O medo do crime na cidade do Rio de Janeiro:* uma análise sob a perspectiva das crenças de perigo. Curitiba: Appris, 2011.

BOTTOMS, Anthony. The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. In: CLARKSON, Chris; MORGAN, Rod (Ed.). *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

BURSTEIN, Paul. The Impact of Public Opinion on Public Policy: A Review and an Agenda. *Political Research Quarterly*, [S.l.], v. 56, n. 1, p. 29-40, 2003.

CARRABINE, Eamonn; COX, Pam; LEE, Maggy; PLUMMER, Ken; SOUTH, Nigel. *Criminology: a sociological introduction*. 2. ed. Abingdon: Routledge, 2009.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La Seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dictionnaire des Symboles* – Mythes, réves, coutumes, gestês, formes, figures, couleurs, nombres. Ed. rev. e ampl. Paris: Robert Laffont, 1992.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CIRLOT, J. E. *A Dictionary of Symbols*. Trad. Jack Sage. 2. ed. [S.L.]: Taylor & Francis e-Library, 2001.

CORNELLI, Roberto. Ética e criminologia: o caso "medo da criminalidade". Trad. Nuno Coimbra Mesquita. *Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 35, p. 49-59, 2003.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

COSTA, José de Faria. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização:* reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

COSTA, José de Faria. Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. In: COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*: reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIAS, Fernando Nogueira. *O medo social e os vigilantes da ordem emocional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 99, p. 35-50, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas* básicos da doutrina pe*nal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DORAN, Bruce J.; BURGESS, Melissa B. *Putting Fear of Crime on the Map:* Investigating Perceptions of Crime Using Geographic Information Systems. New York, Dordrecht, Heidelberg, London: Springer, 2012.

ESPANHA. *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. Disponível em: [www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744]. Acesso em: 23.04.2018.

FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. *Social Order and the Fear of Crime in Contemporary Times*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

FERRARO, Kenneth F.; LAGRANGE, Randy. The Measurement of Fear of Crime. *Sociological Inquiry*, Oxford, v. 57, n. 1, p. 70-101, 1987.

FERNANDES, Luís; RÊGO, Ximene. Por onde anda o sentimento de insegurança? Problematizações sociais e científicas do medo à cidade. *Etnográfica*, Lisboa, v. 15, n. 1, p. 167-181, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo, Trad. Sérgio Lamarão. *Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 19, n. 21-22, p. 117-127, 2014.

FISCHER, Agneta H.; MANSTEAD, Antony S. R. Social Functions of Emotion. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeannette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Ed.). *Handbook of Emotions*. 3. ed. New York: The Guilford Press, 2010.

FUREDI, Frank. *Culture of Fear Revisited* – Risk-taking and the Morality of Low Expectation. 4. ed. London, New York: Continuum, 2007.

FURSTENBERG Jr., Frank F. Public Reaction to Crime in the Streets. *The American Scholar*, Washington, v. 40, n. 4, p. 601-610, 1971.

GARLAND, David. *The Culture of Control:* Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GARLAND, David. The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 36, n. 4, p. 445-471, 1996.

GASPAR, António Henriques. Justiça e segurança. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (Coord.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

GLASSNER, Barry. *Cultura do medo:* Por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos. Trad. Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003.

GUEDES, Inês Sousa; CARDOSO, Carla; AGRA, Cândido da. Medo do crime – revisão conceptual e metodológica. In: AGRA, Cândido da (Dir.); PACHECO, Isabel (Coord.). *A criminologia*: um arquipélago interdisciplinar. Porto: U.Porto Editorial, 2012.

HALE, C. Fear of Crime: A Review of The Literature. *International Review of Victimology*, London, v. 4, p. 79-150, 1996.

JACKSON, Jonathan. Introducing Fear of Crime to Risk Research. *Risk Analysis*, [S.l.], v. 26, n. 1, p. 253-264, 2006.

JACKSON, Jonathan. Validating New Measures of the Fear of Crime. *International Journal of Social Research Methodology*, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 1-19, 2005.

JEFFERSON, Tony; HOLLWAY, Wendy. The role of anxiety in fear of crime. In: *Crime, risk and insecurity*: law and order in everyday life and political discourse. London: Routledge, 2000.

LARRAURI, Elena. Populismo punitivo… y cómo resistirlo. *Jueces para la democracia*. Madrid, n. 55, p. 15-22, 2006.

LEE, Murray. *Inventing Fear of Crime*: Criminology and the Politics of Anxiety. Cullompton, Portland: Willan Publishing, 2007.

LEE, Murray. The genesis of 'fear of crime'. *Theoretical Criminology*, [S.l.], v. 5, n. 4, p. 467-485, 2001.

LEE, Murray. The Fear of Crime and Self-governance: Towards A Genealogy. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, [S.l.], v. 32, n. 3, p. 227--246, 1999.

LOO, Dennis. The 'moral panic' that wasn't – The sixties crime issue in the US. In: LEE, Murray; FARRALL, Stephen (Ed.). *Fear of Crime: critical voices in an age of anxiety*. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2008 .

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 239-272, 2012.

MACHADO, Carla. *Crime e insegurança: discursos do medo, imagens do "outro"*. Lisboa: Notícias, 2004.

MACHADO, Carla; AGRA, Cândido da. Insegurança e medo do crime: da ruptura da sociabilidade à reprodução da ordem social. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 12, n. 1, p. 79-101, 2002.

MILOSEVIC, Irena; MCCABE, Randi E. *Phobias:* the psychology of irrational fear. Santa Barbara: Greenwood, 2015.

MURIS, Peter. *Normal and Abnormal Fear and Anxiety in Children and Adolescents*. San Diego: Elsevier, 2007.

NASAR, Jack L.; FISHER, Bonnie. 'Hot Spots' of Fear and Crime: A Multi-Method Investigation. *Journal of Environmental Psychology*, Atlanta, v. 13, n. 3, p. 187--206, 1993.

NIEDENTHAL, Paula M.; KRAUTH-GRUBER, Silvia; RIC, François. *Psychology of Emotion:* Interpersonal, Experiential, and Cognitive Approaches. New York, Hove: Psychology Press, 2006.

ÖHMAN, Arne. Fear and Anxiety – Overlaps and Dissociations. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeannette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Ed.). *Handbook of Emotions*. 3. ed. New York: The Guilford Press, 2010.

PASTANA, Debora Regina. *Cultura do medo:* reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003.

PIACESI, Débora da Cunha. *O discurso do medo e segmentos da criminalização primária:* uma análise crítica do discurso penal parlamentar oficial luso-brasileiro (2007-2009) 2016. 270 f. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI) – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

PINA, Sara. *Media e leis penais*. Coimbra: Almedina, 2009.

PRATT, John. *Penal Populism*. Abingdon: Routledge, 2007.

RAUTER, Cristina. *O medo do crime no Brasil:* controle social e rebelião. Rio de Janeiro: E-paper, 2017.

RÊGO, Ximene; FERNANDES, Luís. As falas do medo: convergências entre as cidades do Porto e Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 51-65, 2012.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. *A Ouroboros discursiva do medo do crime: o medo do crime como elemento disfuncional na racionalidade jurídico-penal*, 2017. 141 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

SALAS, Denis. *La volonté de punir*: Essai sur le populisme pénal. Paris: Librairie Arthème Fayard/Pluriel, 2010.

SILVA, Germano Marques da. Populismo e direito penal – A crise permanente. *Revista do CEJ*, Lisboa, n. 1, sem. 1., p. 319-331, 2014.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. Trad. Sónia Fidalgo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 17, n. 4, p. 547-599, 2007.

RODRIGO, María Luisa Jiménez; SANTOS, Rafael Augusto dos. Derecho Penal de Emergencia: Medios de Comunicación y Adopción de Medidas Penales Excepcionales. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 67, p. 483-508, 2015.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SCHEINGOLD, Stuart A. Politics, Public Policy, and Street Crime. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, [S.l.], v. 539, p. 155-168, 1995.

SKOGAN, Wesley G. The Various Meanings of Fear. In: BILSKY, Wolfgang; PFEIFFER, Christian; WETZELS, Peter (Ed.). *Fear of Crime and Criminal Victimization*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1993.

SKOGAN, Wesley G. Measuring What Matters: Crime, Disorder and Fear. In: LANGWORTHY, Robert H. (Ed.). *Measuring What Matters:* Proceedings From the Policing Research Institute Meetings. Washington: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1999.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 94, p. 363-382, 2012.

STEIMER, Thierry. The biology of fear – and anxiety-related behaviors. *Dialogues in Clinical Neuroscience*. Paris, v. 4, n. 3, p. 231-249, 2002.

SVENDSEN, Lars. *A Philosophy of Fear*. Trad. John Irons. London: Reaktion Books, 2008.

XAVIER, José Roberto Franco. A opinião pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 112, p. 149-164, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 69/237-278 (DTR\2007\671); e
- Introdução ao racionalismo e positivismo criminológicos, de Ivan Luiz da Silva – *RT* 828/503-515 (DTR\2004\654).

Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na América Latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização legal no Brasil

Custody hearing and human rights system in Latin America: for a decolonial approach in the search of the concretization of its legal normatization in Brazil

Guilherme Graciliano Araújo Lima

Mestre em Direito pela UFPE, com obtenção em 2012. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Promotor de Justiça em Pernambuco – MPPE.
guilhermegraciliano@gmail.com

Recebido em: 20.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão do autor: 06.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente ensaio tenta apontar diretrizes mínimas no processo legislativo ordinário de regulação das audiências de custódia pelo Congresso Nacional, tendo em conta a realidade prática brasileira e o pensamento de direitos humanos de pretensão não universalista. Para tanto, a discussão analisará os preceitos normativos internacionais que deram origem à audiência de apresentação, especialmente a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O desafio maior ao legislador, segundo os preceitos práticos e teóricos aqui adotados, é considerar a realidade local para criar as normativas para regular o processo penal brasileiro com especial finalidade da audiência de apresentação e resolução da situação da pessoa presa em flagrante delito.

Palavras-chave: Processo penal – Audiência de custódia – Descolonialismo – Legislação.

Abstract: This essay attempts to point out minimum guidelines in the ordinary legislative process of regulating custody hearings by the National Congress, taking into account the Brazilian practical reality and the human rights thinking of non-universalist pretension. Therefore, the discussion deserves to analyze the international normative precepts that gave rise to the custody hearings, especially the Inter-American Convention on Human Rights. The greatest challenge to the legislator, according to the practical and theoretical precepts adopted here, is to consider the local reality to create the norms to regulate the Brazilian criminal procedure with special purpose of the custody hearings and resolution of the situation of the person caught in the act of committing a crime.

Keywords: Criminal proceedings – Custody hearing – Decolonialism – Legislation.

Lima, Guilherme Graciliano Araújo. Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na América Latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização legal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. p. 311-331. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

Sumário: 1. Apresentação introdutória. 2. A sistemática das audiências de custódia no direito brasileiro e nos tratados e convenções de direitos humanos. 3. O pensamento descolonial de acepção dos direitos humanos na América Latina do final do século XX e início do século XXI. 4. A sistemática das audiências de apresentação pelo Sistema de Justiça brasileiro atual e o diálogo com o constitucionalismo latino-americano. 5. Ponderações ao Poder Legislativo nacional brasileiro na premência da regulação normativa da realização das audiências de custódia sob o viés do contexto constitucional atual no Brasil e na América do Sul. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Apresentação introdutória

A realidade das audiências de custódia no sistema jurídico brasileiro se tornou vivência recente nos casos de prisão em flagrante delito no País, principalmente, e, como a grande maioria das novidades, gerou, e continua gerando, inquietação nos operadores do direito envolvidos com sua prática e com sua análise como objeto de estudo.

O presente trabalho, por seu turno, busca traçar um panorama da aplicabilidade das audiências de custódia, também conhecidas como audiência de apresentação, e sua inserção no quadro de garantia e efetivação dos direitos humanos, especialmente no contexto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na realidade do que se convencionou chamar de novo constitucionalismo da América Latina, com enfoque especial na perspectiva descolonial dos direitos humanos no mesmo continente.

Outrossim, a perspectiva da realidade prática cotidiana do processo penal brasileiro também estará em conta na abordagem do assunto, sobretudo pela consideração necessária do sistema adotado no Brasil e a realidade de realização das citadas audiências no País.

Finalmente, a análise teórica e prática descrita servirá para nortear pontos relevantes que devem ser abordados, analisados e considerados pelo legislador processual brasileiro, a fim de, respeitando as diversidades múltiplas de cada região, normatizar a questão de maneira técnica e, sobretudo, eficiente.

2. A sistemática das audiências de custódia no direito brasileiro e nos tratados e convenções de direitos humanos

As audiências de apresentação de pessoas presas em flagrante delito se tornaram uma realidade, diga-se, inexorável, no sistema jurídico atual brasileiro.

Citada situação consolidou-se com a edição da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de 15 de dezembro de 2015, e, nos âmbitos locais, com

a edição dos respectivos atos normativos reguladores do tema pelos tribunais regionais e pelos tribunais de justiça no País.

A principal determinação da audiência de custódia é a apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente, em prazo exíguo, a fim de constatar as condições e circunstâncias em que ocorreu a prisão.

Em sede de informações preliminares, precisa-se igualmente destacar que as audiências de custódia também têm espaço garantido, segundo a resolução citada, não apenas para os casos de prisão em flagrante, mas também nos casos de prisão por força de cumprimento de mandado judicial, seja de prisão preventiva, prisão temporária ou, ainda, de prisão definitiva. Contudo, o foco do presente trabalho dirá respeito aos casos de prisão em flagrante delito, por uma questão meramente metodológica.

Inicialmente, vale destacar que pode ser presa em flagrante delito, nos termos do art. 302 do Código de Processo Penal, a pessoa que 1) está cometendo a infração penal; 2) acaba de cometê-la; 3) é perseguida, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; 4) é encontrada, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ela autora da infração.

Com base na hipótese recorrente da prisão em flagrante delito, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a referida Resolução 213/2015.

À época, o Conselho Nacional de Justiça era presidido pelo ministro do Supremo, Ricardo Lewandowski, e ele, naquela mesma época, registrou sobre as audiências de custódia:

> Além de serem notórios mecanismos a resguardarem a integridade física e moral dos presos, coibindo práticas de tortura, as audiências de custódia visam à consolidação dos direitos ao acesso à Justiça, ao devido processo e à ampla defesa, os quais devem ser garantidos pelo Estado desde o momento inicial da persecução penal.[1]

O art. 1º da citada resolução estabeleceu que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. Essa é a tônica do ato normativo.

1. LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiência de custódia e o direito de defesa. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,* n. 67, ago.-set. 2015.

É relevante destacar algumas das razões determinantes para edição da citada resolução pelo órgão constitucional de controle administrativo do Poder Judiciário brasileiro, entre elas a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.

Também mereceu relevo o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014), o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos e o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ entre outros documentos, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente nas cadeias e presídios do País.

Entretanto, o ponto determinante que mais merece destaque nesse trabalho é o estabelecido no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

O Pacto, anteriormente mencionado, assevera no seu art. 9º:

> Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.[2]

A citada convenção, que foi oficialmente recepcionada no direito brasileiro com a promulgação do Decreto executivo 678/1992, estabelece no seu art. 7º, item 3:

> Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

2. BRASIL. Decreto executivo federal 592/1992. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm]. Acesso em: 04.04.2018.

Logo, desde a edição do citado ato normativo em 1969,[3] estabeleceu-se o dever normativo de encaminhar toda pessoa presa em flagrante até a autoridade judiciária ou outra que lhe faça as vezes, igualmente competente por lei. A intenção do dispositivo é, basicamente, verificar a ocorrência de abusos, especialmente a tortura e os maus-tratos, perpetrados em face da pessoa detida, bem como analisar a necessidade, ou não, da manutenção da custódia segregacional do preso.

Além da busca da análise acerca da manutenção da prisão e da constatação da ocorrência de eventuais abusos praticados por agentes públicos ou por terceiros em desfavor do autuado, é preciso registrar que as audiências de custódia agem igualmente no combate ao crescimento desordenado da população carcerária do País, posto que permitem uma análise mais rápida para casos simples que, na vigência da sistemática antiga, poderiam resultar em prisões demoradas e que posteriormente seriam revogadas.

Insta acentuar que no direito brasileiro, até antes da edição da Resolução 213/2015 do CNJ, a análise da prisão em flagrante era realizada apenas pela leitura do auto de prisão em flagrante delito – APFD, através dos elementos que o compõe, exemplo dos depoimentos de testemunhas, interrogatório do autuado, auto de apreensão e apresentação, auto de exame traumatológico, laudo de constatação preliminar etc., e das informações transmitidas pela autoridade policial responsável pela lavratura do APFD.

Sem dúvida alguma, a análise da situação fática pelo juiz responsável através da oitiva direta da pessoa detida em flagrante delito torna muito mais plausível e consentânea com a realidade dos fatos a decisão judicial que se debruça sobre a necessidade, ou não, de aplicar prisão provisória no caso, em vez de mera, simples e seca leitura das peças que integram o auto de prisão.

Ademais, na audiência, também será possível constatar, visível e diretamente, eventuais lesões e sintomas de agressão que possam evidenciar possíveis causas de tortura e de maus-tratos, praticados por agentes responsáveis pela prisão, por terceiros, geralmente populares através dos sempre polêmicos e não menos censuráveis linchamentos, ou até mesmo pelo próprio autuado ou pela eventual vítima.

Em oportuno, vale destacar alguns pontos relevantes da atuação do Ministério Público durante a realização da audiência de apresentação.

3. Vale esclarecer que prevalece o entendimento doutrinário que tratados e regras de direitos fundamentais devem ter imediata eficácia no direito brasileiro, segundo a Constituição Federal, no mandamento insculpido no seu art. 5º, §§ 1º e 2º.

Primeiramente, o órgão ministerial presente no ato da audiência citada poderá constatar a regularidade do auto de prisão em flagrante, verificando se este preenche os requisitos formais de sua validade, entre eles a nota de culpa, a comprovação da comunicação à família e aos órgãos do sistema de justiça, por exemplo.

Além disso, o membro do *Parquet* deverá emitir opinião sobre a configuração ou não de alguma das situações previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, a saber, o flagrante próprio, impróprio, ficto e o presumido, sendo que, acaso não esteja configurada nenhuma dessas hipóteses, deverá se manifestar pelo imediato relaxamento da prisão.

Ultrapassada essa análise, nos termos do art. 310, incisos II e III, daquele mesmo diploma, o juiz deverá decidir sobre a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, ou a necessidade da decretação da prisão preventiva, e sobre essas hipóteses, antes, o órgão ministerial também deverá emitir o seu parecer.

No caso da concessão da liberdade provisória, o Ministério Público pode sugerir ao magistrado, nos termos do art. 321 do CPP, que sejam aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do diploma adjetivo penal citado, entre elas podem-se destacar a proibição de ausentar-se da comarca e o compromisso de comparecimento periódico em juízo, entre outras.

Acaso as medidas cautelares não sejam suficientes, e estando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, deverá ser aplicada a prisão preventiva em desfavor do autuado, apenas com a ressalva de que, por se tratar ainda de fase investigativa, nos termos do art. 282, § 2º, do CPP, o juiz não poderá aplicar a preventiva de ofício, dependendo de requerimento do *Parquet* ou da autoridade policial.

Finalmente, o Ministério Público deverá tomar as providências necessárias quanto à ocorrência de crimes em face do autuado, em especial os crimes de tortura, previstos na Lei 9.455/97, e abuso de autoridade, previsto na Lei federal 4.898/65.[4]

Analisando números das audiências de custódia em estados brasileiros, Flávio Andrade afirma, em estudo sobre o tema, que a audiência de custódia funciona como uma "medida que humaniza a decisão judicial acerca da legalidade e da

4. Sobre as providências do Ministério Público nas audiências de custódia, cf.: SANTOS, Maurício Cirino dos. A audiência de custódia e as funções institucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, n. 4, ago. 2016. p. 123-125.

necessidade da prisão, permitindo ainda a rápida adoção de providências nos casos em que houver denúncia de constrangimentos e espancamentos."[5]

Nesse aspecto, tem-se que já foi em atraso a adoção prática e efetiva do modelo de audiência de apresentação no sistema jurídico processual brasileiro, "imposto" pelo CNJ conforme os ditames da suprarreferida resolução.

É que a normatividade prévia sobre o tema já existia desde o século passado, remontando-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e tão apenas no final do ano de 2015 veio a determinação administrativa, diga-se de passagem, através do CNJ, e somente no ano de 2016 passou-se a, na prática, efetivamente, realizar-se os atos judiciais de audiência de apresentação de qualquer pessoa presa em alguma das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal brasileiro.

Contudo, como já asseverado anteriormente, não convém olvidar o contexto de afirmação de direitos humanos na América Latina, como bem destacado pelos "considerandos" editados pelo CNJ, no qual está inserida a realidade fática e jurídica do direito brasileiro, como alicerce primordial para fundamentação e aplicação efetiva das audiências de custódia pelos sistemas de direito dos estados do continente.

Nesse aspecto, em especial relevo, mister destacar o pensamento basilar de não fazer coincidir, necessariamente, a noção de direitos humanos trazida pelo sistema estrangeiro de Direito, especialmente o sistema europeu e suas noções de direitos humanos, de cunho estreito ao perfil do homem ocidental.

É aqui que se fará referência ao pensamento descolonial de direitos humanos na América Latina e como suas premissas devem servir de norte para abalizar a concepção de direitos humanos no contexto do neoconstitucionalismo local e suas implicações no âmbito das audiências de custódia.

3. O pensamento descolonial de acepção dos direitos humanos na América Latina do final do século XX e início do século XXI

Por pensamento descolonial em matéria de direitos humanos deve-se ter em conta a posição de questionamento e reflexão sobre a necessidade de ver e estudar a realidade de determinado contexto histórico e cultural como razão de

5. ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 73. ago.-set. 2016. p. 10.

concepção de valores e noções, e, no caso em destaque, no que diz respeito aos institutos jurídicos, especialmente os de direitos humanos, adaptados aos ditames e especificidades daquele mesmo contexto.

Nesse sentido, tomando de empréstimo as lições de Romaguera, Teixeira e Bragato[6], é preciso levar em consideração a "correlação entre os processos coloniais e a concepção hegemônica dos direitos humanos na contemporaneidade, a perceber como a sujeição do outro permanece na dita pós-modernidade".

Ainda com espeque na doutrina suprarreferida, tem-se que a concepção do conhecimento jurídico acerca dos direitos humanos e a análise de sua aplicação prática deve reconhecer a existência de uma tendência de prevalência de um viés europeu-ocidental no estudo de conceitos e concepções jurídicas e sociais acerca da realidade fática e dos institutos doutrinários que a cercam, que não leva em consideração, necessariamente, as especificidades da realidade dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, mormente os países da América Latina.

Daí decorre a conclusão dos autores mencionados para que o conhecimento produzido no terceiro mundo seja parâmetro para "demover o ideal humanista em remissivo da sua construção expansivista e colonial", permitindo afastar uma ideologia moderna de direitos humanos arraigada em processos colonialistas, para se aproximar de conceitos jurídicos produzidos para além do eurocentrismo.

Nesse sentido, a concretização de direitos humanos e a análise que sobre eles é feita pelos juristas e aplicadores do direito na América do Sul não podem se afastar do contexto fático existente que lhes envolvem, considerando os mais variados matizes políticos, culturais e sociais, das mais variadas comunidades que os integram.

Portanto, a visão de direitos humanos no Brasil, exemplificativamente, deve partir dos pressupostos sociais, culturais e políticos típicos da sociedade brasileira, que, em si mesmo, já apresenta uma diversidade elevadíssima, difícil até de catalogar, e não apenas "importar" conceitos pré-moldados do continente europeu, ainda que de tempos atuais.

Isso não quer dizer, entretanto, que no Brasil e na América Latina as condições mínimas de garantias de direitos básicos e fundamentais dos homens sejam piores ou menos valorosas do que o cidadão norte-americano ou do cidadão

6. ROMAGUERA, D. C. L.; TEIXEIRA, João Paulo Allain; BRAGATO, F. F. Por uma crítica descolonial da ideologia humanista dos direitos humanos. *Derecho y Cambio Social*, v. 38, p. 1-16, 2014. Disponível em: [www.derechoycambiosocial.com/revista038/por_uma_critica_descolonial_da_ideologia_humanista_dos_direitos_humanos.pdf]. Acesso em: 01.04.2018.

europeu, ou que os padrões de dignidade nesses continentes sejam padrões que devam ser obedecidos, necessariamente, nos países de origem latina.

Há de ressaltar, nesse ensejo, que a discussão sobre a universalidade dos direitos humanos não é de todo incompatível com o movimento descolonialista. O professor Doglas Cesar Lucas doutrina pela necessidade da visão universalista de direitos humanos, e vem afirmar:

> A universalidade atribuída aos direitos humanos não nega as diferenças que constituem as diversas possibilidades de manifestação concreta/histórica da existência humana e mesmo das identidades particulares ou comunitárias. Mas, ao contrário, reconhece que existem elementos valorativos comuns que podem ser compartilhados por todos os homens [...]. Os direitos humanos, na posição de universais não-homogeneizadores, precisam justamente reconhecer que existe uma moralidade que impõe uma reciprocidade de comportamentos a todos os indivíduos e instituições como condição de possibilidade para serem freadas as diferenças que conduzem à desigualdade excludente ou mesmo à homogeneização que inviabiliza o aparecimento das diferenças comuns à humanidade do homem.[7]

Com isso, pugna-se, segundo o pensamento descolonial, para que a visão humanista da atualidade não seja, necessária e obrigatoriamente, um reflexo espelhado de valores e padrões humanizadores considerados em outros continentes.

É assim que se devem observar os valores ínsitos nos movimentos constitucionais mais atuais na América do Sul, com destaque, inclusive, à própria Constituição Federal de 1988, até as constituições mais recentes da Venezuela, Equador e Bolívia, e suas relações e implicações com uma visão humanista mais local, e não, inexoravelmente, universal.

Sobre o novo constitucionalismo latino-americano, é preciso dizer que ele se propõe à "refundação da teoria constitucional envolvendo o abandono das propostas totalizantes e uniformizadoras típicas de uma modernidade que se estabelece no plano da racionalidade e individualismo", sendo preciso analisar a aproximação desses modelos de compreensão da realidade, posto que são caracterizados pela multiplicidade e pelo pluralismo.[8]

---

7. LUCAS, Doglas Cesar. O problema da universalidade dos direitos humanos e o relativismo de sua efetivação histórica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC,* n. 13, jan.-jun. 2009. p. 98-99.
8. TEIXEIRA, João Paulo Allain; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Neoconstitucionalismo europeu e novo constitucionalismo latino-americano: um diálogo possível? *Revista Brasileira de Sociologia do Direito – RBSD*, v. 3., n. 1, jan.-abr. 2016. p. 57.

As principais críticas ao movimento descolonial repousam justamente na pretensão de universalidade das acepções cunhadas pela doutrina de direitos humanos do final do século XX, apanhadas sobretudo no seio cultural da formação humanista dos pensadores europeus. Daí surgem as alegações e preocupações, por exemplo, de que a Declaração dos Direitos Humanos, que delineia direitos humanos básicos do cidadão, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, tem caráter "universal", e dessa universalidade origina-se a característica de homogeneidade e padronização por todas as comunidades globais.

Vale destacar, contudo, que essa suposta universalidade, ainda que pretensa, não se origina de uma integração jurídica entre os sistemas de Justiça nacionais, sobretudo se se analisar os sistemas europeus e os da América Latina.

No caso dos sistemas latino-americanos é justamente uma ausência de integração jurídica, no sentido emprestado por Virgílio Afonso da Silva, que está em falta e, pelo menos aqui, entende-se como imprescindível para compreender o fenômeno da teoria humanista entre as constituições do novo constitucionalismo do continente sul-americano.[9]

Essa integração, continua Virgílio Afonso, ocorre em dois níveis principais, quais sejam, no nível hierárquico dos tratados internacionais e supranacionais na ordem jurídica interna e na vinculação da jurisdição interna de cada país a decisões de tribunais internacionais ou supranacionais, sendo que o grau de otimização de cada um desses níveis pode ser alcançado através de diálogos constitucionais, ora por "empréstimos", ora pela "migração" de ideias constitucionais.

Ainda sobre esse tema, Afonso vai aclarar:

> [...] parece-me que um claro déficit na integração jurídica na América do Sul é uma grande ausência de diálogo constitucional transnacional entre tribunais, o que resulta em uma quase total ausência de migração de idéias constitucionais na região. No Brasil, em boa parte dos casos, pouco se sabe o que ocorre nos países vizinhos e o que decidem seus tribunais.[10]

Portanto, a visão descolonial vai nortear o presente trabalho para entender a lógica humanista da atualidade, reconhecendo a falta de integração dos

9. SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 516.

10. Ibidem, p. 522-523.

subsistemas, bem como as vozes que apregoam o universalismo como corrente preponderante para compreender a aplicação dos direitos humanos no mundo.

A seguir, tentar-se-á aplicar o entendimento não universal dos direitos humanos com a necessidade de normatização das audiências de apresentação no direito penal e processual penal brasileiro.

4. A sistemática das audiências de apresentação pelo Sistema de Justiça brasileiro atual e o diálogo com o constitucionalismo latino-americano

Com base nesses ensinamentos, é forçoso não olvidar que os alicerces para realização de audiências de custódia devem ter em mente as peculiaridades da realidade brasileira, no contexto de país em desenvolvimento, complexo, com mazelas sociais bem distintas daquelas que circundam o conceito de direitos humanos produzido no mundo europeu moderno e colonialista.

Nessa toada, é importante relacionar o sistema brasileiro atual de audiências de custódia, seus resultados e consequências, com a visão de direitos humanos em perspectiva não globalizante.

Inicialmente, é preciso destacar que, sendo caso da necessidade da manutenção da prisão da pessoa autuada em flagrante, a prisão preventiva deve ser decretada durante a própria realização da audiência de apresentação, a fim de garantir ou acautelar determinados bens jurídicos, materiais ou processuais.

Nesse aspecto, entrementes, convém não olvidar que a prisão preventiva é última medida a ser tomada entre medidas cautelares possíveis dentro do processo penal, pois ela sempre deve ter caráter excepcional, caráter esse expressamente assegurado e reafirmado na reforma da processualística penal de 2011, frisando que essa *ultima ratio* da prisão cautelar já era prevista pela Convenção Americana de Direitos Humanos juntamente com a previsão da realização da apresentação da pessoa presa ao juiz competente, conforme citado.

Mantendo o entendimento da excepcionalidade da prisão preventiva, a jurisprudência das cortes de direitos humanos, especialmente da Corte das Américas, vem se firmando contra o uso abusivo das prisões cautelares.

Durante os seus julgamentos sobre esse tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou no sentido de que a prisão cautelar não pode constituir a regra durante a persecução penal:

> Una medida cautelar especialmente compleja es la prisión preventiva. Esta privación de libertad previa a la condena, invariablemente cuestionada desde

> la perspectiva de los derechos humanos, debe ser una medida excepcional. No debiera constituir la regla en el ejercicio de la persecución penal por parte del Estado. En este sentido corre la afirmación reiterada del Tribunal: "Se podrá ordenar la prisión preventiva de un procesado solo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" (Corte IDH, 2013g).[11]

Do quadro anterior, compreende-se a preocupação da corte com o lidar dos direitos humanos e a prática do processo penal, sendo certa a relação existente entre a visão humanista de direitos do cidadão e as práticas e decisões do processo penal.

Ademais, pode-se dizer, como fazem Aury Lopes Júnior e Caio Paiva, que o "processo penal certamente é o ramo do Direito que mais sofre (ou melhor, que mais se beneficia) da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos", de modo a ser imprescindível que a análise da legitimidade da norma penal e processual penal seja feita pelo viés da legalidade, da constitucionalidade e, também, da convencionalidade.[12]

Em relação ao entendimento esposado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a audiência de custódia, frisam os suprarreferidos autores que:

> Em diversos precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem ressaltado que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, já que no Estado de Direito corresponde ao julgador "garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência". Já decidiu a Corte IDH, também, que a audiência de custódia é – igualmente – essencial "para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física", advertindo estar em jogo, ainda, "tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal".[13]

---

11. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; MORALES SÁNCHEZ, Julieta: Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 20, 2016. p. 433-463. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.15]. Acesso em: 04.04.2018.
12. LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 60, jun.-jul. de 2014. p. 2.
13. Ibidem, p. 3.

Pois bem. Dito isso, a sistemática das audiências de apresentação pelo Sistema de Justiça brasileiro atual precisa dialogar com o novo constitucionalismo latino-americano.

Esse diálogo consiste, em um primeiro momento, no reconhecimento dos direitos humanos que permeia a lógica que esteve presente no desenvolvimento das constituições das últimas décadas na América Latina.

Destaca-se que esse reconhecimento dos direitos humanos no novo constitucionalismo latino-americano perpassa a maioria das constituições recentes da América do Sul, sendo possível, como destaca Rodrigo Uprimny, considerar como um movimento apto a identificar semelhanças nas tendências mais atuais do constitucionalismo nesse continente. Destaca-se, ainda segundo o autor:

> [...] el reconocimiento de la multiculturalidad (o incluso de la plurinacionalidad) y de las competencias propias de la jurisdicción indígena, junto con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, se ha traducido en un pluralismo acentuado en América Latina, que ha erosionado el sistema tradicional de fuentes jurídicas y el papel central que tenían en el pasado la ley y la reglamentación gubernamental en los ordenamientos jurídicos nacionales.[14]

Logo, há doutrinadores que pugnam pela abertura dos direitos humanos como nota do novo constitucionalismo da América do Sul, no qual podemos destacar o caso brasileiro.

No caso das audiências de custódia traz-se mais uma forma de evidenciar a adoção desse viés humanista, não exatamente no texto constitucional, haja vista que as referidas audiências não estão previstas direta e expressamente na Carta Magna de 1988, e sua efetivação e regulamentação prática são medidas sequenciais necessárias e urgentes.

Assim, respeitando as especificidades do direito brasileiro, das comunidades dos mais variados estados pelo País, sua cultura e sua formação, além de considerar a realidade dos atores envolvidos no Sistema de Justiça, em especial, representantes do Poder Judiciário, membros do Ministério Público, da advocacia, da Defensoria Pública e das polícias, o modelo a ser adotado pelo legislador brasileiro para a realização da audiência de custódia deverá representar um mecanismo de reafirmação dos direitos humanos, entretanto, a visão humanista não deve

14. UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: GRAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina:* un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 113.

ser necessariamente vinculada ao projeto, ou modelo, de proteção de direitos do homem e do cidadão importados do padrão europeu. Não se trata, evidentemente, de dizer que o preso latino-americano é menos importante ou que ele merece menos proteção jurídica do que a pessoa detida em flagrante delito no sistema de justiça europeu, ou estadunidense, por exemplo. O que ocorre é que, no âmbito das audiências de apresentação, a realidade que deve ser enfrentada pelos operadores do direito deve considerar as nuances do processo penal brasileiro e todas as suas dificuldades de desenvolvimento, nos seus mais variados níveis.

Indo mais além nesse ponto, quer-se aqui afirmar que o modelo humanista a ser apregoado nas audiências de apresentação de pessoa presa, em flagrante ou em cumprimento do mandado de prisão, não pode deixar de lado, por exemplo, o parco material humano e estrutural de que dispõem as polícias pelo País, seja Polícia Militar, seja Polícia Civil, e como essa dificuldade resvala diretamente na forma como devem ser regulamentadas e também conduzidas e executadas as audiências de custódia.

Sendo ainda mais claro: a realidade local de realizar audiências de custódia mediante órgãos centrais ou regionais pode afetar negativamente a manutenção dos direitos da pessoa presa quando esta, por exemplo, deve viajar diversas dezenas de quilômetros de distância, muitas vezes em veículos em situação muito precárias, do local onde foi apreendida para o local de realização da audiência de apresentação, onde se presume que haverá um juiz, um promotor e um defensor.

Forçoso indagar, portanto, se será o modelo de órgãos jurisdicionais descentralizados para realização das audiências de custódia o meio mais eficaz e que garante, ou, em uma visão mais pessimista, agride pouco menos, os direitos humanos da pessoa presa. Ainda mais forçoso é concluir que o legislador ordinário brasileiro, que se encontra na iminência e no dever de regular a matéria, deverá tratar do tema analisando em grande lupa de consideração a realidade dos atores do sistema de Justiça no País, e, assim o fazendo, estará pugnando em favor do novo constitucionalismo latino-americano no seu aspecto de garantidor de direitos do homem e do cidadão.

Veremos mais um pouco disso no próximo tópico.

5. Ponderações ao Poder Legislativo nacional brasileiro na premência da regulação normativa da realização das audiências de custódia sob o viés do contexto constitucional atual no Brasil e na América do Sul

Inobstante a inexistência de lei, em sentido formal, que autorize a audiência de custódia no País, destaca-se o entendimento doutrinário que aduz que os

tratados de direitos humanos ratificados no País, ainda que não tenham força de emenda constitucional, devem ser vistos como dotados de força normativa suficiente para determinar imposições ao legislativo, executivo e ao judiciário na tentativa de conferir garantias e dar efetividade aos direitos humanos previstos no bojo do respectivo tratado.

Nesse aspecto, doutrinadores, com base no que estabelece no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, ao estatuir que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", vão defender:

> [...] aplica-se a sistemática de incorporação automática aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, a partir do depósito do instrumento de ratificação junto ao órgão responsável, independentemente de legislação interna que as regule. Quanto aos demais tratados, deve haver incorporação legislativa, exigindo-se a um ato normativo para torná-los obrigatórios na ordem jurídica.[15]

Portanto, para autores que pensam dessa forma, a aplicação das normas internacionais de direitos humanos em tratados ou convenções adotados pelo direito brasileiro, nele incluída a aplicação das normas que estabelecem a audiência de apresentação, são incorporadas automaticamente ao sistema interno, e por isso mesmo devem ser cumpridas ainda que não exista regulamentação legal específica prevista no direito interno, isso tendo ainda como pressuposto a tese da supralegalidade das normas internacionais adotadas no País, ainda que não aprovadas nos moldes a possuírem eficácia de emendas constitucionais, com base na histórica decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 349.703, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.[16]

É o exato caso das audiências de custódia, porquanto embora ainda não tenham regulação através de lei ordinária, deveriam ser realizadas há muito, porquanto previstas desde a recepção da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo País, e que, inobstante esse fato, se tornaram realidade no direito pátrio com bastante atraso.

Saliente-se, nessa quadra, que a necessidade de regulamentação normativa, via legislador ordinário federal, para a sistemática das audiências de custódia, não advém da sua implementação em si, porquanto o Pacto Internacional de

15. SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; ZACARIAS, Fabiana. A força normativa dos tratados internacionais: estudo sobre regulamentação da audiência de custódia. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 78, jun.-jul. 2017. p. 06.

16. Ibidem, p. 08.

Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e a Convenção Americana de Direitos Humanos preveem o instituto e foram recepcionados com *status* supralegal, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal.

O que se entende por necessário a ser regulado em lei são pontos específicos das citadas audiências, mormente atentando-se para as dificuldades vividas na prática forense no dia a dia por aqueles que estão envolvidos na sua realização.

Sobre o tema, Thiago Ávila entende também pela necessidade de normatização interna da sistemática das audiências de apresentação, pugnando pela recomendação de que haja uma regulamentação legal das normas internacionais, em especial o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e a Convenção Americana de Direitos Humanos, haja visto, ainda segundo o autor, que há um conjunto de regras procedimentais que carecem de concretização.[17]

E sobre essa concretização legal, Ávila destaca:

> No Brasil, já se antevê que, em diversas hipóteses, a prisão não será necessária à proteção da ordem pública, e o preso será liberado. Mas esse momento deveria incluir a possibilidade de, havendo prova suficiente, já se iniciar a persecução criminal, inclusive com a realização imediata de acordo processual do Ministério Público com o sujeito passivo da persecução penal. [...] Havendo denúncia e citação durante a audiência de custódia, também seria possível refletir, *de lege ferenda,* sobre a possibilidade de o interrogatório realizado nesse ato já ser considerado como o interrogatório do processo, não sendo necessário outro interrogatório judicial (este seria repetido ao final da instrução apenas se houvesse pedido expresso do réu), agilizando-se a persecução penal.[18]

Aqui cabe um contraponto ao que foi exposto pelo citado autor. Entende-se pela inviabilidade jurídica de apresentação de denúncia em sede de audiência de custódia, posto que, segundo o modelo adotado no sistema brasileiro, várias regras processuais podem ser violadas. Vejamos.

No estado de Pernambuco, por exemplo, as audiências de custódia são realizadas através de polos, isto é, cidades centrais, geograficamente escolhidas, para realizar o citado ato, dele participando juízes e promotores das comarcas que compõem o respectivo polo.

Logo, adotando-se o modelo sugerido anteriormente, seria possível, em caso hipotético, porém possível, na sede do polo de Nazaré da Mata, cidade da zona da

17. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, jul.-set. 2016. p. 327. Disponível em: [www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301]. Acesso em: 08.04.2018.

18. Ibidem, p. 327.

mata norte pernambucana, onde as audiências de apresentação são realizadas na cidade de mesmo nome, o juiz civil da comarca de Goiana, designado pelo Tribunal de Justiça para realizar audiência de custódia, receber a denúncia oferecida pelo promotor de Justiça da cidade de Carpina, em razão de um crime ocorrido na cidade de Condado, tendo em vista que essas cidades citadas compõem o mesmo polo.

Nessa miríade de cidades haveria graves violações à regra de competência processual penal estabelecida no art. 70 e seguintes do Código de Processo Penal, acaso fosse possível ao promotor da audiência de custódia apresentar denúncia no ato de apresentação do preso, sendo a peça acusatória inicial a ser recebida por juiz que não é o juiz natural para o feito.

Além das ponderações já citadas, é dever salientar a existência do Projeto de Lei 554/2011, que tramitou no Senado Federal, após passar pela Câmara dos Deputados, que versa sobre a sistemática das audiências de apresentação no direito processual penal brasileiro, e que mais recentemente voltou à Câmara, sob o PL 6.620/2016.

O § 4º do artigo 306 do CPP, na redação do citado projeto, prevê que no prazo máximo de 24 horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a pessoa presa deverá ser conduzida à presença do juiz, devendo por ele ser ouvida, com vistas às medidas previstas no art. 310 do CPP. Outrossim, o ato referido terá como finalidade verificar se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventuais violações.

Percebe-se, na quadra do que foi dito no tópico anterior, que o dispositivo não dispõe quem será o juiz competente para decidir sobre as circunstâncias da prisão, apenas afirma quais as providências que o juiz pode tomar.

Presume-se que o juiz competente será o mesmo que deverá julgar o caso, contudo isso não ocorre na prática em alguns tribunais pelo País, e nisso já se pode visualizar práticas que podem violar o princípio do juiz natural e, eventualmente, a consequente expectativa de sua imparcialidade, o que poderá incorrer violações a direitos humanos da pessoa presa.

Indo mais além, ao se estabelecer um juízo distinto do natural para realizar a audiência de custódia, em regra, faz-se necessário deslocar o preso da cidade onde foi detido em flagrante para o fórum onde ocorrerá o ato, e esse deslocamento é feito muitas vezes em condições degradantes, em veículos sem nenhuma estrutura. Embora até aí se tenha um quadro comum no sistema de Justiça do Brasil, a sistemática das audiências de custódia torna o problema ainda pior, posto que os presos poderão ter que percorrer diversos quilômetros nessas condições até serem apresentados ao juiz que realizará o ato.

E ainda pior do que o já mencionado é que, não raras vezes, a pessoa presa em flagrante não detém condições financeiras dignas para sua manutenção, e ela pode ser colocada em liberdade na conclusão do ato de audiência de apresentação. Daí se apresentar uma situação ainda mais esdrúxula: a pessoa é levada presa, por quilômetros e quilômetros para o citado ato judicial, em condições desumanas de transporte e deslocamento, sem alimentação muitas vezes, é liberada no final da audiência, mas não tem condições financeiras de pagar com transporte para voltar para sua residência.

Nesse passo, tem-se que esse tipo de violação aos direitos mais básicos do cidadão pode ocorrer na realização das audiências de custódia, e essas compõem uma realidade inexorável no direito brasileiro, no sentido de serem consideradas irreversíveis, posto que necessárias, segundo o sistema de direitos humanos em vigor no País, mas essas audiências devem observar vários aspectos peculiares da realidade brasileira sob pena de, em vez de funcionarem como mecanismo de asseguramento e efetividade de direitos humanos, podem funcionar como sistema de ainda mais degradação e violação à dignidade da pessoa humana.

Reforça-se aqui que a realização da audiência de custódia no País é uma realidade e sua sistemática já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à constitucionalidade dos atos normativos que determinaram sua realização no direito brasileiro.

Vale salientar aqui o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, pelo STF, que teve como relator o ministro Marco Aurélio, julgada pelo Tribunal Pleno em 09.09.2015, que, analisando a questão da integridade física e moral do sistema carcerário brasileiro, chegou à conclusão de que haveria no sistema de Justiça penal no País um verdadeiro "estado de coisas inconstitucional", representando um "quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas", e nesse mesmo julgamento ainda definiu que estão obrigados juízes e tribunais a realizarem audiências de custódia.

Insta igualmente acentuar que no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade – ADI 5.240, o STF teve oportunidade de confirmar a necessidade e a constitucionalidade da realização das audiências de apresentação no sistema de justiça criminal brasileiro, ocasião em que, naquele processo, declarou a constitucionalidade do Provimento Normativo 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo que regulamentou e instituiu as audiências de custódia no Poder Judiciário bandeirante.

Com isso apenas reitera-se o entendimento de que as audiências de custódia no sistema criminal brasileiro são uma realidade, irreversível, pode-se dizer aqui, mas que necessita de regulamentação normativa pelo legislador ordinário

pátrio, e nessa regulamentação, por sua vez, as nuances e peculiaridades do sistema brasileiro devem ser levadas em conta, em garantia de efetividade de direitos humanos.

6. Conclusões

As reflexões aqui apresentadas não têm a pretensão de esgotarem o tema, e, ainda mais, necessitam ser continuamente avaliadas e, quiçá, aprofundadas.

Entretanto, temos que as audiências de custódia se tornaram uma realidade recente na prática forense nacional, trazendo novidades e, como a maioria dessas, causa algumas inquietações, além de pontos que precisam ser aprofundados e melhorados, mas que, geralmente, apenas com a prática e com a reflexão sobre essa é que podem ser melhor avaliados.

Sem dúvida a regra das realizações de audiência de apresentação da pessoa presa, seja em flagrante delito, seja em cumprimento de mandado de prisão, representa concretização de direitos humanos previstos antes mesmo da Carta Constitucional de 1988 em tratados e atos normativos sobre o tema. Nisso, pode-se dizer, o Brasil foi exemplo de atraso.

A adoção, ainda que tardia, representa um movimento de concretização de direitos humanos no País, e vem em um contexto de aprofundamento e asseguramento desses na América Latina mais atual, o que leva, inclusive, alguns doutrinadores a falarem, e aqui nesse trabalho assim também se asseverou, em novo constitucionalismo, sendo possível visualizar nesse movimento um grau relevante de preservação e concretização de direitos humanos.

Essa concretização, todavia, não está vinculada, necessariamente, a uma postura universalizante, de viés sobretudo eurocêntrico, da noção dos direitos do homem e do cidadão, mas em uma visão que respeita as características culturais, sociais, políticas e econômicas de determinada comunidade. Fala-se, assim, em descolonialismo como perspectiva de afastamento e distanciamento ao movimento colonialista, não apenas no sentido de expansão política ou prática imperialista-dominadora, mas também como viés de compreensão de direitos e garantias fundamentais.

E, na quadra do entendimento das audiências de custódia e na necessária regulamentação normativa via legislador ordinário, é mister passar pelo respeito e pela compreensão da realidade prática dos atores envolvidos no sistema criminal pátrio, inclusive a pessoa presa, que deveria ser, em tese, o protagonista, para que sejam assegurados mecanismos de 1) efetuar na prática as audiências de apresentação, tornando essas uma realidade possível e viável, e 2) a realização de tais audiências funcionem como mecanismos de efetividade de direitos do homem, e não como mais uma forma de violação a direitos básicos e afronta à dignidade humana.

Faz-se, portanto, necessário admoestar o legislador brasileiro no cenário desafiante que se encontra na atual quadra, aqui citada, para que atente não somente a transformar em lei, letra fria, quem sabe natimorta, a realidade das audiências de apresentação, mas utilize o poder legiferante para assegurar os direitos humanos que buscam ser preservados com tais atos, considerando, ainda, a realidade da comunidade brasileira.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 73, ago.-set. 2016.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul.-set. 2016. Disponível em: [www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301]. Acesso em: 08.04.2018.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; MORALES SÁNCHEZ, Julieta: Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 20, p. 433-463, 2016. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.15]. Acesso em: 04.04.2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiência de custódia e o direito de defesa. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 67, ago.-set. 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,* n. 60, jun.-jul. 2014.

LUCAS, Doglas Cesar. O problema da universalidade dos direitos humanos e o relativismo de sua efetivação histórica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 13, jan.-jun. 2009.

ROMAGUERA, D. C. L.; TEIXEIRA, João Paulo Allain; BRAGATO, F. F. Por uma crítica descolonial da ideologia humanista dos direitos humanos. *Derecho y Cambio Social*, v. 38, p. 1-16, 2014. Disponível em: [www.derechoycambiosocial.com/revista038/por_uma_critica_descolonial_da_ideologia_humanista_dos_direitos_humanos.pdf]. Acesso em: 01.04.2018.

SANTOS, Maurício Cirino dos. A audiência de custódia e as funções institucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, n. 04, p. 119-131, ago. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; ZACARIAS, Fabiana. A força normativa dos tratados internacionais: estudo sobre regulamentação da audiência de custódia. Revista *Magister de Direito Penal e Processual Penal,* n. 78, jun.-jul. 2017.

TEIXEIRA, João Paulo Allain; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Neoconstitucionalismo europeu e novo constitucionalismo latino-americano: um diálogo possível? *Revista Brasileira de Sociologia do Direito – RBSD*, v. 3., n. 1, p. 52-70, jan.-abr. 2016.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In*:* GRAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina:* un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento, de Carlo Velho Masi – *RT* 960/77-120 (DTR\2015\13234); e
- Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil?, de Rafael Osvaldo Machado Moura e Marcela Busnardo dos Santos – *RBCCrim* 131/367-399 (DTR\2017\914).

Podem ser legítimos crimes sem referência a bens jurídicos-penais?: elementos para uma teoria sentimentalista do valor jurídico-penal

Could crimes without reference to criminal legal goods be legitimate?: elements for a sentimentalist theory of the criminal legal value

Hugo Soares

Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (2014). Advogado.
hsoares14@gmail.com

Recebido em: 29.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão do autor: 06.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Considerando a dificuldade para fundamentar alguns delitos de legitimidade evidente apresentada pela teoria do bem jurídico, objetiva-se desenvolver uma teoria que consiga explicá-los sem abandonar a capacidade de análise crítica. Para tanto, procede-se a uma revisão bibliográfica jurídico-propositiva pautada pela busca de um equilíbrio entre a apologia cega à lei e uma crítica autoparalisante. Desse modo, observa-se a possibilidade de desenvolvimento de uma teoria da criminalização baseada na normatividade dos sentimentos, o que permite confirmar a hipótese de que os crimes de legitimidade evidente sem referência a bens jurídicos estão fundamentados na interação da normatividade jurídica do nojo moral com a da compaixão empática.

Palavras-chave: Maus-tratos aos animais – Manipulação genética – Normatividade de sentimentos – Teoria do bem jurídico – Dignidade humana.

Abstract: Considering the difficulty to justify some crimes of evident legitimacy presented by the legal good's theory, this paper aims to develop a theory that can explain those crimes without abandoning the critical analysis' capacity. For this purpose, it promotes a legal-propositional bibliographic review based on the balance between a blind defense to the law and a self-paralyzing critique. In this way, the possibility of developing a theory of criminalization built on the normativity of sentiments is observed, allowing to confirm the hypothesis that crimes of evident legitimacy without reference to legal goods are based on the interaction between the legal normativity of moral disgust empathic compassion.

Keywords: Animal cruelty – Genetic manipulation – Normativity of sentiments – Legal goods theory – Human dignity.

Soares, Hugo. Podem ser legítimos crimes sem referência a bens jurídicos-penais?: elementos para uma teoria sentimentalista do valor jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. p. 333-374. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

Sumário: 1. Considerações introdutórias. 2. Tentativas de explicação dos delitos evidentemente legítimos. 2.1. A teoria do bem jurídico referente à criatura. 2.2. A identidade genética da humanidade como bem jurídico coletivo pessoal. 2.3. O excepcionalismo. 3. Uma abordagem a partir dos sentimentos. 3.1. Breve exposição das bases filosóficas. 3.2. Os sentimentos sociais de criminalização. 3.3. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. 3.3.1. Breve anatomia do sentimento de nojo e de sua normatividade 176. 3.3.2. Argumentos favoráveis à normatividade jurídico-penal do nojo 178. 3.3.3. Argumentos contrários à normatividade jurídico-penal do nojo 180. 3.3.4. Síntese do papel do nojo na incriminação de condutas 183. 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Considerações introdutórias

Tanto no Brasil quanto em alguns outros ordenamentos, a teoria do bem jurídico desponta como a principal, ou ao menos uma das mais importantes, teoria crítica da criminalização – isto é, o grupo de modelos teóricos que tentam identificar e delimitar o fato materialmente punível ao invés de apenas legitimar as decisões legislativas[1].

1. Em defesa da teoria do bem jurídico, cf., no Brasil, GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49, 2004. p. 92 e ss., embora passe a reconhecer certas limitações e propor certas complementações à teoria do bem jurídico em GRECO, Luís. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 5, 2008. p. 234 e ss.; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003, sobretudo em p. 43 e ss.; PRADO, Luís Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, concisamente em p. 61 e ss.; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 14 e ss. No mesmo sentido, em outros países, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 250 e ss., NEUMANN, Ulfrid. »Alternativen: keine«. Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Org.). *"Personale Rechtsgutslehre" und "Opferorientierung im Strafrecht"*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 88 e ss.; NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 521 e ss.; PALMA, Maria Fernanda. Conceito material de crime e reforma penal. *Anatomia do crime*, n. 0, 2014. p. 15 e ss.; ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Band I – Grundlagen – Der Aufbau der

Tal fato não significa afirmar que a teoria se encontra em um estado definitivo ou que esteja isenta de críticas. Diversos são os trabalhos que identificam falhas ou incompletudes na doutrina do bem jurídico[2], com a ressalva de que nem todos os posicionamentos contrários se demonstram igualmente pertinentes.

Entre os distintos obstáculos que se opõem à teoria do bem jurídico, um em especial será enfrentado no presente artigo. Trata-se do problema da existência de certos delitos que gozam de uma legitimidade social amplamente evidente ao mesmo tempo que a doutrina apresenta dificuldades em identificar a qual bem jurídico eles fazem referência. A esses tipos penais que se referem a *convicções culturais profundamente enraizadas*[3] em vez de bens jurídicos, Roland Hefendehl chamou de *delitos de comportamento* (*Verhaltensdelikten)*[4].

Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2006. p. 8 e ss.; SCHÜNEMANN Bernd. Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. sobretudo p. 142 e ss.; HASSEMER, Winfried. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. sobretudo p. 59 e ss.

2. Cf., a título meramente exemplificativo, GRECO, Luís. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 5, 2008. p. 234 e ss.; HÖRNLE, Tatjana. "Rights of others" in criminalisation theory. In: SIMESTER, Andrew P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory*. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 169 e ss.; JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*: part 1 – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre – Lehrbuch. 2. ed. Berlim: de Gruyter, 1991. p. 37 e ss.; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The constitutional deficiencies of the German Rechtsgutslehre. *Oñati Socio-legal Series*, 3 (1), 2013. p. 35 e ss; NEUMANN, Ulfrid. »Alternativen: keine«. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Org.). *"Personale Rechtsgutslehre" und "Opferorientierung im Strafrecht"*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 90 e ss.
3. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Munique: Heymanns, 2002. p. 56.
4. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Munique: Heymanns, 2002. p. 52 e ss.

No rol dessa categoria, três objetos de proteção merecem especial atenção: o embrião humano; animais e plantas; e as gerações futuras[5]. Esse destaque advém do fato de não se ter formulado ainda um conceito de bem jurídico amplo o suficiente para englobar esses objetos, largamente aceitos como muito valiosos para a sociedade, e, concomitantemente, preservar a capacidade crítica da teoria. O presente trabalho pretende desenvolver a teoria crítica da criminalização a partir desse impasse, buscando superá-lo sem que seja necessário se desfazer das vantagens trazidas pela teoria do bem jurídico.

Antes de se adentrar no debate sobre como construir uma teoria crítica da criminalização que consiga explicar a legitimidade da tutela penal do embrião humano, dos animais e plantas e das gerações futuras, faz-se necessário enfrentar uma questão a respeito da técnica metodológica que se impõe em virtude da formulação do problema.

A rigor, a construção de uma teoria da criminalização deveria obedecer a uma lógica inversa à que se seguirá neste trabalho, estabelecendo-se linhas gerais e aplicando-as, de modo a identificar quais criminalizações são legítimas e quais não são. Esse método dedutivo permite uma maior cientificidade da abordagem, posto que procura encontrar um resultado, ao invés de buscar fundamentar uma escolha predefinida.

O problema desse método é que, por vezes, ele acaba esbarrando naquilo que se pode chamar de *tipos penais de legitimidade evidente*[6] ou *delitos acima de qualquer suspeita*[7], ou seja, aqueles tipos penais que consubstanciam certas expectativas sociais profundas acerca da necessidade de incriminação de determinadas condutas. Para se trazer uma ilustração extrema, uma teoria da criminalização que fracassasse em fundamentar a tipificação do homicídio resultaria falha, ainda que não apresentasse qualquer erro lógico na sua construção.

5. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49. p. 107 e ss.; ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2006. p. 29 e ss.
6. Expressão inspirada em NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 528.
7. Expressão inspirada em GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7-8, 2012. p. 357 e ss.

Um exemplo mais concreto pode ser observado no *argumento da corrupção*, trazido por Luís Greco para comprovar a insustentabilidade da teoria personalista do bem jurídico[8]. Note-se que, *a priori*, a incapacidade da vertente personalista da teoria do bem jurídico de demonstrar como o bem protegido no crime de corrupção está apto a ser reconduzido aos indivíduos – e não à coletividade – não implica necessariamente a invalidade da teoria, visto que não se trata de uma *reductio ad absurdum* formal. Isso significa dizer que, em um plano meramente lógico, é aceitável que, diante dessa incapacidade, se possa concluir pela ilegitimidade do tipo. No plano da realidade social, no entanto, tal fato simplesmente não aconteceria, por se tratar de um tipo *evidentemente legítimo*.

No fundo, o reconhecimento dos *tipos penais de legitimidade evidente* reflete a adoção de uma *perspectiva distanciada*, expressão utilizada por Greco para fazer referência à postura de equilíbrio que a ciência jurídica deve manter entre uma *apologia cega à lei* e uma *crítica autoparalisante*[9]. Ou seja, evita-se uma postura ensimesmada, ainda que lógica, em nome de um diálogo mais produtivo com os demais atores sociais.

Retornando aos objetos de tutela penal destacados anteriormente, percebe-se a possibilidade de nem todos possuírem uma legitimidade "suficientemente" inquestionável. A proteção de plantas domésticas, como uma samambaia, por exemplo, não parece gozar do mesmo *status* da proteção de animais domésticos, principalmente, mas não exclusivamente, cães e gatos. Por esse motivo, e por se ter em mente o risco que esse método pode trazer, é recomendável prudência na seleção dos *tipos penais evidentemente legítimos* a serem trabalhados. A partir dessa reflexão, este trabalho pretenderá adotar o método ora exposto, acolhendo, como paradigmas de delitos *acima de qualquer suspeita*, o crime de maus-tratos aos animais[10] e os de engenharia genética humana – aqui englobados a clonagem e demais atos de manipulação genética de células humanas.

8. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7-8, 2012. p. 355 e ss.

9. GRECO, Luís. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 46 e ss.

10. Embora se entenda como um *tipo de legitimidade evidente*, merece registro o fato de que há posições minoritárias que defendem a descriminalização dos maus-tratos a animais de companhia. Nesse sentido, embora de forma não tão aprofundada em razão do veículo de publicação – uma coluna de opinião –, cf. PALMA, Maria Fernanda. Animais e companhia: o Estado não pode recorrer à criação de crimes para se demitir de zelar pelos

Tendo em vista esse caminho metodológico, pode-se desde logo afirmar que ao menos os referidos tipos são legítimos. Assim, os pontos a serem desenvolvidos neste trabalho, e que o estruturarão, dirão respeito: a) à possibilidade de se identificar ou construir um ou mais bens jurídicos que englobem adequadamente tais tipos; e b) à necessidade e possibilidade de se criar, sem perder a criticidade, uma teoria da criminalização que seja mais ampla que a teoria do bem jurídico e que permita explicar os tipos aludidos.

Com isso, pretende-se construir este trabalho inicialmente a partir da exposição e crítica das atuais tentativas de responder à questão, com a ressalva de que não se apreciará diretamente as teorias completamente externas à do bem jurídico por questões de espaço. Superada essa parte, tentar-se-á, enfim, verificar a hipótese de que, a partir de uma teoria fundada na normatividade jurídica dos sentimentos[11], é possível fundamentar os delitos de comportamento evidentemente legítimos no nojo moral, sem perder a capacidade crítica desenvolvida pela teoria do bem jurídico.

---

valores comunitários. *Correio da Manhã* [*on-line*]. 2014. Disponível em: [www.cmjornal.pt/opiniao/colunistas/fernanda-palma/detalhe/animais_e_companhia]. Acesso em: 18.03.2018. As críticas contidas no mencionado texto não afetam o argumento aqui defendido, pois focam-se: a) na ausência de justificativa para se proteger apenas animais de companhia e não outros animais, como os de circo, por exemplo; e b) na indeterminabilidade do conceito legal de "animais de companhia" no ordenamento português. Tais argumentos podem ser afastados através de uma ampliação do grupo de animais protegidos, bem como por meio de uma redação legal mais adequada ao princípio da taxatividade, não sendo, assim, capazes de atingir a ideia central de que os animais são objetos dignos da tutela penal. Por fim, Palma defende a inclusão dos delitos contra animais no âmbito de proteção do chamado Direito de Mera Ordenação Social. Em consonância, cf. FREIRIA, Marcelo Turbay. O crime de maus tratos a animais: a análise da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e o novo tratamento dado pelo anteprojeto de reforma do Código Penal: será o direito penal a melhor solução para reprimir/prevenir tal prática? *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 12, 2012. p. 7494 e ss. Tal reivindicação não merece guarida em virtude do fato de que, a despeito de talvez poder fazer sentido em se tratando de meros descasos com animais, a limitação da punição a multas administrativas em casos extremos como mutilação e tortura de animais dificilmente poderá ser considerada adequada e proporcional.

11. Sentimentos e emoções, salvo distinção expressa, serão tratados neste trabalho como sinônimos. Tal fato não significa o desconhecimento da diferenciação feita entre os referidos termos por parte da comunidade acadêmica. Cf. DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes*: emoção, razão e cérebro humano. Lisboa: Temas & Debates – Círculo de Leitores, 2011. p. 194 e ss.; e PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 84.

2. Tentativas de explicação dos delitos evidentemente legítimos

A dificuldade de vincular os tipos relacionados aos maus-tratos aos animais e à engenharia genética a um bem jurídico específico advém do interesse de se criar critérios capazes de efetivamente limitar e não apenas chancelar a atividade do legislador. Caso se utilizasse um conceito de bem jurídico *imanente ao sistema*[12] – ou seja, um conceito que se preocupa meramente em identificar e catalogar os bens jurídicos que o legislador atribui aos tipos penais –, não haveria problema em afirmar que os animais – ou qualquer outra coisa, como a harmonia entre os seres – e o embrião humano consistiriam em bens autônomos por si. O problema é que, com esse conceito, abandonar-se-ia qualquer pretensão crítica[13], o que esvaziaria a função da doutrina, relegando-a quase que exclusivamente a um simples papel classificatório.

Com base nesse interesse crítico-limitador – ou seja, na busca por um conceito *transcendente ao sistema*[14] –, despontam duas correntes que procuram elaborar critérios para a postulação de bens jurídicos capazes de se contrapor a uma atividade legislativa excessivamente punitivista: a corrente pessoal ou personalista e a corrente dualista.

De acordo com a vertente pessoal ou personalista da teoria do bem jurídico, para se preservar a criticidade do conceito de bem jurídico, deve-se restringi-lo somente àquilo que pode ser remetido a *interesses pessoais humanos dependentes de proteção penal*[15] ou, em uma formulação mais clara, a *dados fundamentais para a realização pessoal de indivíduos*[16]. A proteção de animais domésticos, nessa lógica, só se encontraria legitimada enquanto proteção do patrimônio de um

12. HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972. p. 19 e ss.
13. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49. p. 92 e ss.; HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972. p. 19 e ss.
14. HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972. p. 19 e ss.
15. HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: PHILIPPS, Lothar; SCHOLLER, Heinrich (Org.). *Jenseits des Funktionalismus*: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag. Heidelberg: decker & Müller, 1989. p. 91 e ss.
16. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49. p. 101 e ss.

indivíduo. Ou seja, a criminalização dos maus-tratos a animais pertencentes ao próprio agente não seria legítima, perante a completa ausência de conexão com algum elemento essencial para a sua realização pessoal. De modo similar, a criminalização de atos de engenharia genética só resultaria legítima caso se reconhecesse a personalidade jurídica de embriões humanos, ato que, por sua vez, traria diversas outras problemáticas que neste momento não convém abordar a fundo[17]. Ou seja, não sendo os embriões pessoas, não se pode falar em titularidade de bem jurídico individual.

A concepção dualista da teoria do bem jurídico[18], que defende a existência de bens jurídicos individuais e coletivos[19], estes últimos voltados para a *subsistência social*[20], tampouco consegue resolver esse problema. Embora inicialmente – e mesmo atualmente[21] – tenha sido defendida sem se apresentar ou mesmo se esboçar parâmetros críticos, a concepção dualista vem começando a consolidar alguns desses critérios.

A princípio, surgiram testes menos complexos, como o *teste do furto*, proposto por Greco[22] e o recurso à navalha de Ockham, feito por Schünemann[23].

17. Como exemplo de uma das implicações, cf. análise sobre as consequências do reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro para o debate sobre o aborto em DWORKIN, Ronald. *Life's dominion: an argument about abortion and euthanasia*. Nova York: Vintage Books, 1994. p. 3 e ss., sobretudo p. 22 e ss.

18. Para uma discussão mais completa sobre a concepção dualista do bem jurídico, cf. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Munique: Heymanns, 2002. p. 73 e ss.

19. Também referidos como "supraindividuais", "metaindividuais", "ultraindividuais", "universais", "transindividuais", "comunitários" ou "sociais". Para uma catalogação dos mencionados termos e indicação dos autores que os utilizam, cf. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 297 e ss.

20. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49. p. 101 e ss.

21. Por todos, cf. TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5. ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 62 e ss, para quem os bens jurídicos coletivos não possuem uma função de limitação (*Limitierungsfunktion*), a qual caberia somente a um juízo de proporcionalidade constitucional.

22. GRECO, Luís. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 52 e ss.

23. SCHÜNEMANN Bernd. Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: HEFENDEHL,

Atualmente, e a partir dessas primeiras propostas, já se pode observar critérios mais sofisticados, nomeadamente os testes da circularidade, da divisibilidade e da não especificidade[24]. Respectivamente, segundo esses três testes, pode-se dizer que: 1) o fato de que algo não consegue ser legitimado como um bem jurídico individual não é capaz, por si só, de legitimá-lo como um bem coletivo[25]; 2) a mera existência de uma quantidade indeterminada de indivíduos com interesse em um bem não é suficiente para a postulação de um bem coletivo, que deve ser indivisível[26]; e 3) não é legítimo um bem coletivo que, necessariamente, pressupõe a afetação de um bem jurídico individual[27].

A partir da observação desses critérios, pode-se concluir que tanto a genética humana como a vida e o bem-estar dos animais não podem ser considerados um bem jurídico coletivo. A rigor, sequer se precisaria recorrer a tais parâmetros, haja vista que nem mesmo o requisito inicial para a postulação de um bem coletivo, a saber, a existência de *dados fundamentais para a subsistência social*[28] não foi preenchido.

A partir desse impasse, a literatura atual desenvolve diferentes formas de se tentar solucionar a questão. Nesse contexto, é possível identificar duas estratégias distintas: ou se procura enfrentar individualmente a problemática de cada *delito acima de qualquer suspeita* ou se busca desenvolver uma explicação geral para o problema. A primeira categoria possui a vantagem de permitir abordar as peculiaridades de cada delito, ao passo que a segunda possui uma maior tendência a possibilitar uma unidade teórica, afastando-se de um ecletismo acadêmico, o que conferiria um caráter persuasivo maior à solução, além de ser menos propensa a contradições. O que se verá é que ambas as estratégias se mostram insatisfatórias.

Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. p. 152.

24. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7-8, 2012. p. 358 e ss.
25. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7-8, 2012. p. 358 e ss.
26. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7-8, 2012. p. 359 e ss.
27. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7-8, 2012. p. 362 e ss.
28. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49. p. 101 e ss.

2.1. A teoria do bem jurídico referente à criatura

Para superar o problema da incapacidade de fundamentação do crime de maus-tratos aos animais, Roxin propõe uma ampliação do âmbito individual da teoria do bem jurídico, passando de uma teoria antropocêntrica para uma teoria do bem jurídico "relativa à criatura" (*eine «geschöpfliche» Rechtsgutslehre*)[29]. Tal expansão estaria escorada em normas de ordem constitucional e europeias[30].

A proposta de ampliação do rol de seres protegidos pela teoria do bem jurídico depara-se com duas questões de difícil solução. A primeira, de natureza mais formal, diz respeito ao seu fundamento normativo. Se o *status* de objeto de proteção constitucional (ou de normas de convenções internacionais) é suficiente para legitimar a proteção penal, então o rol de condutas criminalizáveis aumentaria consideravelmente, tendendo mesmo ao infinito em se tratando de constituições abertas como a brasileira. Luís Greco traz, como ilustração, a proteção constitucional, prevista no art. 242, § 2º, do Colégio Pedro II como entidade federal[31]. Para se trazer um exemplo de ocorrência mais provável, pode-se imaginar que o legislador brasileiro proponha, com base no art. 226 e parágrafos da Constituição, a restauração do crime de adultério, como maneira de proteger o casamento e a estrutura familiar tradicional. Tal alteração legislativa seria legitimada caso se acolhesse o argumento do *status* constitucional como condição suficiente para a postulação de um bem jurídico. É justamente por esse motivo que a doutrina buscou e busca limitar o conceito de bem jurídico individual somente àquilo que é *fundamental à realização pessoal dos indivíduos*.

Além do problema do alargamento excessivo do rol de condutas criminalizáveis, o recurso a normas constitucionais apresenta uma segunda falha, qual seja, a falta de uma análise crítica a respeito da qualificação de determinado objeto como bem digno de proteção constitucional[32]. Ou seja, para se fugir da questão

29. ROXIN, Claus. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013. p. 447 e ss. Ressalve-se que a expressão utilizada pelo autor "*einer «geschöpflichen» Rechtsgutslehre*", originalmente declinada no caso dativo, foi levemente modificada para a declinação no caso nominativo.

30. ROXIN, Claus. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013. p. 448.

31. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49. p. 100 e ss.

32. GRECO, Luís. Rechtsgüterschutz und Tierquälerei. In: BÖSE, Martin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts*: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Berlim: Duncker & Humblot, 2009. p. 10.

da fundamentação da tutela penal, faz-se uso de um recurso igualmente problemático, apenas pertencente a outro ramo do Direito. Uma teoria que se pretenda efetivamente crítica não pode se satisfazer com essa postergação das questões.

O segundo questionamento que a proposta da ampliação deve responder diz respeito ao critério para se distinguir quais criaturas merecem ser protegidas e quais não. Em suma, quais animais merecem o *status* de "criaturas assemelhadas" (*Mitgeschöpfe*[33]). Não fica claro o limite dessa expressão, podendo ela se referir, por exemplo, aos primatas, aos mamíferos ou mesmo a todos os vertebrados.

Para resolver a questão, pode-se recorrer à ideia de sensibilidade à dor para conferir um fundamento ético-normativo à tutela penal dos animais[34]. Com essa medida, resolver-se-ia, além do problema da fundamentação normativa, o problema do critério, pois a suscetibilidade à dor poderia ser observada através da averiguação da existência de um cérebro e de um sistema nervoso nos animais[35], teste que se mostra suficientemente objetivo para se estabelecer um parâmetro capaz de definir quais animais merecem a tutela penal.

Contra essa visão, pode-se objetar que ela implica a modificação total da forma de organização da sociedade humana. Se o fundamento da proteção penal é a dor, atividades básicas humanas, como alimentação, transporte e auxílio em práticas laborais, seriam criminalizáveis ao menor sinal de inflição de dor – seja nos animais, seja nos humanos[36].

Diante dessa falha, Greco sugere, a partir do chamado *liberalismo do medo*[37] – expressão cunhada por Judith Shklar –, que a proteção dos animais advém de um

33. ROXIN, Claus. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013. p. 448.

34. MINAHIM, Maria Auxiliadora; GORDILHO, Jacqueline. A natureza e os animais no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 11, n. 23, 2016. p. 42 e ss; NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 529 e ss.

35. MINAHIM, Maria Auxiliadora, GORDILHO, Heron José de Santana; PORTUGAL, Daniela Carvalho. Animal cruelty and information society. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 37, n. 1, 2017. p. 230 e ss.

36. GRECO, Luís. Rechtsgüterschutz und Tierquälerei. In: BÖSE, Martin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts*: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Berlim: Duncker & Humblot, 2009. p. 12 e ss.

37. Cf. SHKLAR, Judith N. The liberalism of fear. In: ROSENBLUM, Nancy L. (Ed.). *Liberalism and the moral life*. Cambridge: Harvard University Press, 1989. p. 21 e ss.

temor em relação à total dominação dos mais fracos pelos mais fortes, sentimento esse que funda o Estado e o compele a atuar de forma a impedir a subjugação alheia[38]. Greco argumenta que não há óbices à ampliação do âmbito de aplicação desse ideal, deixando-se de restringi-lo somente aos humanos para alcançar também os demais seres vivos capazes, ainda que limitadamente, de autodeterminação[39]. A partir dessa ampliação, consegue-se, de um só golpe e sem recair na obstrução de diversas atividades humanas básicas, resolver o problema da fundamentação normativa – através do reconhecimento de um dever ético do Estado de proteger seres autônomos contra um *completo controle capaz de fazer desaparecer a autonomia*[40] –, bem como o problema da identificação das criaturas a serem protegidas, a saber, os animais ditos "superiores", capazes de *alguma forma mínima de autodeterminação*.

O problema dessa proposta reside no que se pode chamar de seu ponto cego. Ao ancorar o dever estatal de proteção na capacidade empírica de autodeterminação do ser, acaba-se por, implicitamente, afirmar a desnecessidade de proteção dos seres empiricamente incapazes de autodeterminação. Tal fato, à primeira vista, não se mostra relevante: ao contrário do que ocorre com cachorros, gatos e outros, o bem-estar de formigas, baratas, mosquitos e demais seres menos complexos não parece suscitar uma necessidade evidente de proteção. Essa aparente irrelevância desaparece quando se começa a pensar em seres humanos portadores de patologias e malformações que retiram *completamente* a possibilidade de autodeterminação[41]. Ao se pensar nesses casos, percebe-se que a observação empírica da autodeterminação não se mostra um bom critério para fundamentar a proteção estatal, a não ser que se aceite certas práticas como o homicídio de crianças nascidas com severas malformações mentais.

38. GRECO, Luís. Rechtsgüterschutz und Tierquälerei. In: BÖSE, Martin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts*: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Berlim: Duncker & Humblot, 2009. p. 13 e ss.
39. GRECO, Luís. Rechtsgüterschutz und Tierquälerei. In: BÖSE, Martin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts*: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Berlim: Duncker & Humblot, 2009. p. 14.
40. GRECO, Luís. Rechtsgüterschutz und Tierquälerei. In: BÖSE, Martin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts*: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Berlim: Duncker & Humblot, 2009. p. 14.
41. Argumento semelhante, embora referente ao debate a respeito do conteúdo da dignidade humana, pode ser encontrado em NEUMANN, Ulfrid. A dignidade humana como fardo humano: ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 236 e ss.

Em suma, tal qual um cobertor pequeno, a teoria do bem jurídico referente à criatura, mesmo na sua melhor forma, não se mostrar capaz de proteger os animais sem que, com isso, abra mão da proteção de seres humanos absolutamente incapazes de se autodeterminar. Por esse motivo, não merece ser acolhida.

2.2. A identidade genética da humanidade como bem jurídico coletivo pessoal

Em relação aos crimes de manipulação genética, muito se tem falado a respeito da identificação do bem jurídico ao qual eles fazem referência. Nesse sentido, pode-se encontrar menções a bens como a "identidade genética da humanidade"[42], a "irrepetibilidade do ser humano"[43] ou o "natural desenvolvimento evolutivo da espécie humana"[44]. Do exposto, é possível depreender que esse debate se pauta mais por uma questão terminológica do que exatamente sobre o conteúdo do bem jurídico referido, de modo que se referirá, aqui, sobretudo a identidade genética e a irrepetibilidade humanas, como sinônimos.

A discussão mais relevante surge a partir do questionamento da titularidade do bem jurídico em exame. Caso se entenda tratar de um bem jurídico individual, permitir-se-á uma fundamentação normativa adequada para a criminalização da manipulação genética contra o consentimento da pessoa a ser manipulada. O problema dessa solução é que ela praticamente esvaziaria a criminalização da engenharia genética, haja vista que o que se busca incriminar é justamente as manipulações consentidas.

Para resolver esse impasse, poder-se-ia recorrer à noção de indisponibilidade de bens jurídicos. Tratar-se-ia, assim, de bens jurídicos individuais de natureza indisponível, tornando irrelevante o consentimento do ofendido. Ocorre que tal proposta necessitaria oferecer um fundamento para a indisponibilidade de bens, recaindo em uma outra questão igualmente ou mesmo ainda mais problemática[45].

---

42. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 265 e ss.
43. MINAHIM, Maria Auxiliadora. Clonación: reflexiones necesarias sobre lo imaginario. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 30, 2009. p. 85.
44. PERALTA, David Rosario Mendiguri. El delito de manipulación genética con fines de clonar seres humanos. Una contribución al estudio del nuevo art. 324 del Código penal peruano (Part. II). *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 26, 2007. p. 93.
45. Para um aprofundamento sobre o tema da disponibilidade de bens jurídicos, cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-

Por outro lado, caso se entenda tratar de um bem jurídico de titularidade coletiva, faz-se necessário verificar se não se trata de um *falso bem jurídico*. Nesse caso, é preciso, primeiramente, demonstrar como os atos de manipulação da genética humana, em qualquer das suas formas – eugenia, hibridação e criação de aberrações[46] – são capazes de colocar a sociedade humana em risco. A mera menção à possibilidade de criação de duas categorias distintas de humanos, como sugere Maria Auxiliadora Minahim[47], não parece satisfatória. Mesmo que se chegue ao extremo de se criar uma nova espécie humana – um *homo fabricatus*, na expressão de Roberto Andorno[48] –, nada indica a impossibilidade de um convívio harmônico e saudável entre os dois grupamentos humanos[49]. Ademais, imagine-se que essa nova espécie surja não de uma ação artificial, mas naturalmente. Caso a existência de duas espécies humanas distintas fosse algo necessariamente danoso, haveria o dever, ou ao menos a possibilidade, de se combater penalmente a nova espécie. Por fim, ainda que se superasse o argumento da utilidade social, a concepção da identidade genética humana como um bem jurídico coletivo não resistiria aos já mencionados testes da circularidade, da divisibilidade e da não especificidade[50], sobretudo este último, já que não se consegue fazer referência à identidade genética da humanidade sem se pressupor uma anterior afetação à irrepetibilidade genética de um indivíduo.

Diante de tais dificuldades, Sporleder de Souza propõe uma revisão do conceito de bem jurídico, sugerindo a sua subdivisão em bens jurídicos pessoais e

---

-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 9 e ss.

46. Para um aprofundamento a respeito das diferentes formas de engenharia genética, cf. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 163 e ss.

47. MINAHIM, Maria Auxiliadora. Clonación: reflexiones necesarias sobre lo imaginario. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 30, 2009. p. 85.

48. ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2012. p. 125.

49. Em sentido convergente, na direção da minimização dos riscos à sociedade usualmente aludidos pela doutrina, cf. CASABONA, Carlos María Romeo. Bienes jurídicos implicados en la clonación. *Revista de Derecho, Criminologia y Ciencia Penal*, n. 2, 2000. p. 148 *apud* PERALTA, David Rosario Mendiguri. El delito de manipulación genética con fines de clonar seres humanos. Una contribución al estudio del nuevo art. 324 del Código Penal peruano (Part. II). *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 26, 2007. p. 93.

50. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7-8, 2012. p. 358 e ss.

impessoais[51]. Essa distinção estaria pautada pela referência à *esfera essencial* – mais concretamente, o âmbito físico-psíquico-social – da pessoa, no caso dos bens jurídicos individuais, e do ser humano, no caso dos bens coletivos[52]. Cumpre observar que a expressão "*essencial*" não deve ser entendida na sua acepção de "fundamental" ou "indispensável", posto que, nesse sentido, todo bem jurídico é, por definição, essencial ao ser humano ou à sociedade. Por esse motivo, defende-se que a referida expressão deve ser compreendida na acepção de "constitutivo da essência". Tal entendimento é corroborado pelo critério de distinção proposto por Sporleder de Souza: os bens pessoais relacionar-se-iam ao verbo "ser", ao passo que os bens impessoais referir-se-iam ao verbo "ter"[53].

A partir dessa distinção, ter-se-ia, como bens jurídicos individuais pessoais, bens como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, ao passo que, no plano impessoal, figurariam bens como o patrimônio e o domicílio[54]. Por sua vez, no âmbito dos bens jurídicos coletivos, bens como o equilíbrio ecológico, a ordem econômica e administração pública comporiam o conjunto de bens coletivos impessoais, ao passo que a identidade genética, a saúde pública e a qualidade de vida preencheriam o rol de bens jurídicos supraindividuais pessoais[55]. Conjugando essa proposta com o desenvolvimento – feito posteriormente – da doutrina a respeito dos bens jurídicos coletivos, poder-se-ia defender que os bens jurídicos coletivos pessoais, por suas características, não se submeteriam ao critério da não especificidade, de modo a permitir a classificação da identidade genética como um bem coletivo legítimo.

Ocorre que a admissão dessa proposta representaria um retrocesso no que diz respeito a doutrina do bem jurídico coletivo enquanto instrumento de avaliação

51. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 315 e ss.
52. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 315 e ss.
53. Cf. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 315 e ss.
54. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 315 e ss.
55. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 315 e ss.

crítica do legislador. Juntamente com a aceitação da identidade genética, abrir-se-ia uma Caixa de Pandora moderna, dando-se margem à legitimação de bens problemáticos como a saúde pública e a tranquilidade pública[56] – citados explicitamente por Sporleder de Souza[57] –, o que permitiria a criminalização de relações sexuais desprotegidas ou mesmo de protestos políticos. Em outras palavras, a aceitação de uma categoria de bens coletivos pessoais conduziria a um afrouxamento do esforço doutrinário de preservação da criticidade da teoria do bem jurídico, dando aval a uma expansão potencialmente ilimitada do poder de criminalização do legislador. Por essa razão, a teoria do bem jurídico coletivo pessoal também não merece acolhimento.

2.3. O excepcionalismo

Como visto, as tentativas de fundamentar os dois crimes em exame mostram-se falhas. E, se elas não conseguem nem mesmo o crime específico a que se propõem, não há motivos para tentar estender seus fundamentos para outros tipos.

Ciente desse problema, Hefendehl reconhece a possibilidade de existência de delitos de comportamentos legítimos, desde que se fundem em bases culturais e representações de valores ou de comportamentos profundamente enraizados na sociedade e homogêneos[58]. De forma um pouco distinta, Tatjana Hörnle,

56. Sobre as críticas em relação ao reconhecimento de valores como saúde pública e paz pública como bens jurídicos, cf. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7-8, 2012, sobretudo p. 365 e ss.; HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de derecho*, n. 19, 2001. p. 154 e ss.; HEFENDEHL, Roland. Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. p. 121 e ss.; HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Munique: Heymanns, 2002. p. 139 e ss.; HÖRNLE, Tatjana. Der Schutz von Gefühlen im StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. p. 269 e ss.; e Offensive behavior and German Penal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, 2001. p. 255 e ss.

57. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 318.

58. HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de derecho*, n. 19, 2001. p. 157;

considerando prejudicial o mascaramento da proteção de normas de comportamento através de bens jurídicos meramente aparentes, parece sugerir o reconhecimento da coexistência entre tipos referentes a bens jurídicos ou lesões a direitos[59] e tipos excepcionais voltados para a proteção de sentimentos e tabus[60].

Tais medidas revelam-se, no mínimo, precárias. Isto é, ainda que detenha o mérito de não se precipitar em declarar erroneamente a ilegitimidade dos *tipos de legitimidade evidente*, não são capazes de fornecer qualquer substrato teórico capaz de justificar e, principalmente, identificar quais delitos de comportamento são ou não legítimos. Nesse sentido, a proposta de coexistência entre a proteção de bens jurídicos e a de sentimentos não procura demonstrar sequer como se determina o âmbito de aplicação das duas esferas de proteção[61]. De igual modo, a proposta dos valores enraizados também não se preocupa em estabelecer

---

HEFENDEHL, Roland. Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. p. 128; HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Munique: Heymanns, 2002. p. 52 e ss. Em sentido convergente, cf. também posicionamento inicial de Luís Greco sobre o tema em GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49, 2004. p. 110 e ss.

59. Tatjana Hörnle filia-se a correntes críticas à teoria do bem jurídico, defendendo o acolhimento do critério de lesão a direitos. Entende-se que a menção ao posicionamento da autora continua pertinente a esse trabalho em virtude do fato de que, para os fins ora almejados, a teoria da lesão a direitos não implica grandes modificações em relação à teoria do bem jurídico. Para um aprofundamento dessa discussão, cf. HÖRNLE, Tatjana. 'Rights of others' in criminalisation theory. In: SIMESTER, Andrew P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory*. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 169 e ss; HÖRNLE, Tatjana. Der Schutz von Gefühlen im StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. p. 268 e ss; e HÖRNLE, Tatjana. Offensive behavior and German Penal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, 2001. p. 255 e ss.

60. HÖRNLE, Tatjana. Der Schutz von Gefühlen im StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. p. 277 e ss.

61. No mesmo sentido, cf. SOARES, Hugo. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 33.

parâmetros concretos para se saber *quando* se deve criminalizar condutas que violem tais valores. Em virtude dessa precariedade e falta de critérios, a doutrina não pode se contentar com essa linha argumentativa[62].

3. Uma abordagem a partir dos sentimentos

Viu-se que, dentro da teoria do bem jurídico, a fundamentação dos tipos de maus-tratos aos animais e de manipulação genética encontra-se sem sustentação adequada. Há três caminhos para se superar esse problema sem que seja necessário recorrer a excepcionalismos necessariamente precários: 1) acolher todas as limitações da teoria do bem jurídico no estado atual, aceitando a possibilidade de se violar as fronteiras da aceitação social[63]; 2) ampliar o conceito de bem jurídico para um ponto que permita compreender qualquer tipo penal, abandonando, ainda que inconscientemente, suas pretensões críticas[64]; 3) buscar uma teoria da criminalização capaz de abarcar e complementar a teoria do bem jurídico, cobrindo seus flancos ao mesmo tempo que preserva as suas vantagens[65]. Em outras palavras, a terceira via consiste na integração da teoria do bem jurídico em um *macroconceito político-criminal de caráter mais amplo*[66], que é o que se pretende realizar no momento.

62. Cf. manifestação de Greco no sentido de reconhecimento de um novo campo de investigação científica em GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49, 2004. p. 110.

63. NEUMANN, Ulfrid. »Alternativen: keine«. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Org.). *"Personale Rechtsgutslehre" und "Opferorientierung im Strafrecht"*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 91 e ss.

64. NEUMANN, Ulfrid. »Alternativen: keine«. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Org.). *"Personale Rechtsgutslehre" und "Opferorientierung im Strafrecht"*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 91 e ss.

65. NEUMANN, Ulfrid. »Alternativen: keine«. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Org.). *"Personale Rechtsgutslehre" und "Opferorientierung im Strafrecht"*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 91 e ss.

66. Expressão retirada de Feijoo Sánchez em FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. *InDret*: *Revista para el análisis del Derecho*, n. 2, 2008. p. 13.

Essa tentativa terá como impulso inicial o *insight* de Patrick Devlin[67] e Leon Kass[68] a respeito da fundamentação da criminalização de determinadas condutas não dotadas de ofensividade. Em contextos e situações históricas distintos, os referidos autores propõem, ainda que de modo relativamente problemático, a utilização de sentimentos, mais especificamente o nojo[69], como critério para se identificar condutas criminalizáveis. A partir desse *insight*, pretende-se abordar criticamente a visão de tais autores, lapidando-as, enfrentando suas problemáticas e procurando compatibilizá-las com as características e necessidades de um Direito Penal essencialmente liberal. Para tanto, faz-se necessário desenvolver uma fundamentação ético-filosófica para o reconhecimento do *sentimentalismo jurídico*, ou seja, da normatividade das emoções em geral e seus efeitos no Direito como um todo e no Direito Penal em específico[70].

3.1. Breve exposição das bases filosóficas

É sabido que, no campo da normatividade penal, ao menos a tradição jurídica continental[71], os sentimentos usualmente são rechaçados como fontes de

67. DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press, 1965.

68. KASS, Leon. Preventing a brave new world. In: HANKS, Craig (Ed.). *Technology and values*: Essential readings. Chichester: Blackwell Publishing, 2010. p. 311-322; e KASS, Leon. The wisdom of repugnance. *New Republic*, v. 216, n. 22, 1997. p. 17-26.

69. Salvo menção expressa, sinônimos como "asco", "repugnância" e "repulsa" serão usados livremente sem qualquer variação de significado.

70. Por questão de espaço, tentar-se-á realizar uma fundamentação resumida, pautando-se apenas nos pontos essenciais. Para um devido aprofundamento, enfrentando questões como os diversos problemas decorrentes da noção de empatia, o conteúdo das emoções e a dedução do "dever ser" a partir do "ser", cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 73 e ss., sobretudo p. 93 e ss. Em linha similar, cf. também TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito e sensibilidade: uma abordagem sentimentalista das relações entre direito e moral. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. p. 37 e ss.

71. Hörnle aponta que, na tradição jurídica anglo-saxã, é possível encontrar a defesa do emprego de emoções como fonte de criminalização mesmo em autores clássicos como Joel Feinberg. Cf. FEINBERG, Joel. *Offense to others*. Nova York: Oxford University Press, 1985. p. 14 e ss. *apud* HÖRNLE, Tatjana. Offensive behavior and German Penal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, 2001. p. 258.

criminalização[72]. Mesmo os autores que se mostram mais receptivos à interação entre emoções, como Hörnle[73] e Enrique Gimbernat Ordeig[74], os aceitam apenas de modo excepcional.

Ocorre que esse paradigma, que aqui se chamará de *racionalista*, quando levado ao extremo, acaba incorrendo em uma de duas limitações[75]: ou ele mantém a sua coerência interna, enclausurando-se em si mesmo e deixando de dialogar com a sociedade, fenômeno chamado de *postura autoparalisante da ciência penal*[76], o que aconteceria caso se aceitasse a ilegitimidade de tipos como maus-tratos aos animais e manipulação genética; ou, então, em um movimento de *racionalização* – isto é, de mascaramento da realidade através de *fachadas de aparente racionalidade*[77], como nas já analisadas tentativas de explicação dos

72. Cf., a título meramente exemplificativo, GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49, 2004. p. 107 e ss.; ROXIN, Claus. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013. p. 444 e ss. Deve-se apontar que tal aversão não existe, ou ao menos não possui a mesma intensidade, quando se trata de descriminalização de condutas, por exemplo, no caso do aborto sentimental. cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 89 e ss.

73. HÖRNLE, Tatjana. Der Schutz von Gefühlen im StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. p. 277 e ss.

74. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2016. p. 15 e ss.

75. Para uma abordagem mais completa a respeito do dilema entre a autoparalisação e a autoilusão, cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 73 e ss.

76. GRECO, Luís. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 46 e ss.

77. Expressão retirada de HÖRNLE, Tatjana. Der Schutz von Gefühlen im StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. p. 271.

tipos de legitimidade evidente –, o modelo racionalista acaba recaindo em uma *postura autoilusória*[78].

Um modelo que se abra a outras formas de compreensão do mundo, rejeitando uma razão totalitária[79] – sem recair em um irracionalismo paralisante[80] –, parece ser capaz de superar esse dilema. Para desenvolvê-lo, é preciso retornar a uma das questões básicas da filosofia ética, a saber, o debate a respeito da formação dos juízos morais. Nesse campo, Jesse Prinz, ao propor um exercício mental que consiste na reiteração de perguntas a respeito do motivo da qualidade moral de um argumento (*why-questions*), constata, destoando do pensamento tradicional ocidental[81], que, a partir de determinado momento, não há mais uma resposta racional a ser dada à pergunta[82]. Isso acontece quando se atinge o núcleo de valores básicos do indivíduo, que configuram a real origem dos juízos morais e não estão sujeitos a práticas de justificação[83].

A percepção de que a razão não fundamenta os juízos morais corrobora com a filosofia de David Hume, segundo a qual a razão somente está apta a verificar questões de fato e relações[84]. Nessa linha de pensamento, são as emoções de aversão ou propensão – derivadas de uma perspectiva de dor ou prazer – que detém a capacidade de impulsionar uma pessoa a praticar uma ação, ou seja, o poder de determinar sua vontade[85]. Como os juízos morais têm por característica a

78. KAHAN, Dan M. The progressive appropriation of disgust. In: BANDES, Susan (Ed.). *The passions of law*. Nova York: New York University Press, 1999. p. 73.

79. PEREIRA, Miguel Baptista. Modos de presença da filosofia antiga no pensamento contemporâneo. *As humanidades greco-latinas e a civilização do universal*: actas. Coimbra: Minerva, 1988. p. 303.

80. Cf. a título de exemplo desse irracionalismo, a associação entre conhecimento e injustiças promovida em FOUCAULT, Michel. Nietzsche, la généalogie, l'histoire. In: BACHELARD, Suzanne *et al* (Org.). *Hommage à Jean Hyppolite*. Paris: PUF, 1971. p. 170 e ss.

81. Cf., por todos, KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik des Sittens*. Akadamieausgabe: 1785. AA 4:411 e ss.

82. PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 29 e ss.

83. PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 32.

84. HUME, David. *An enquiry concerning the principles of morals*. Londres: A. Millar, 1751. p. 201; HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888. p. 413 e ss.

85. HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888. p. 414.

capacidade de determinar a vontade humana, e considerando que esse poder não cabe à razão, e sim às emoções[86], pode-se concluir que, diferentemente do que postula a tradição hegemônica da filosofia moral ocidental, os juízos morais possuem uma natureza sentimental[87]. Em outros termos, algo é avaliado como certo ou errado a partir das emoções que causa ao avaliador: caso estimule sentimentos positivos, é correto e merece aprovação; caso deflagre emoções negativas, é errado e está sujeito à desaprovação. Em suma, a razão tem o papel de instrução a respeito das características e tendências de um ato, ao passo que os sentimentos atuam na sua qualificação moral[88].

Tal ideia é complementada pela noção de empatia, entendida aqui como uma habilidade emocional capaz de permitir, de modo neutro[89], que os indivíduos sejam introduzidos no mundo sentimental de terceiros, ou seja, uma habilidade emocional de compartilhamento de sentimentos[90] Nessa habilidade emocional, compreende-se, também, a capacidade de autoavaliação do indivíduo, que o permite colocar-se na situação de *espectador imparcial*[91], possibilitando juízos morais não pautados por interesses egoísticos decorrentes do mero interesse pessoal do sujeito[92]. Tal recurso torna possível a compatibilização da proposição senti-

86. Para uma catalogação de parte da corroboração empírica da fundamentação ora trazida, cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 114 e ss.; TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito e sensibilidade: uma abordagem sentimentalista das relações entre direito e moral. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. p. 54 e ss.

87. HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888. p. 457.

88. HUME, David. *An enquiry concerning the principles of morals*. Londres: A. Millar, 1751. p. 199.

89. No contexto dessa definição, a habilidade de introdução positivamente enviesada no mundo emocional dos indivíduos consiste na simpatia. Sobre a distinção entre simpatia e empatia, cf. LAZARUS, Richard S. *Emotion and adaptation*. Nova York: Oxford University Press, 1991. p. 289; SINGER, Tania; LAMM, Claus. The social neuroscience of empathy. *Annals of the New York Academy of Sciences*, v. 1156, n. 1, 2009. p. 84; SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 97 e ss.

90. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 97 e ss.

91. SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 6. ed. Londres: A. Miller, 1790. p. 99 e ss.

92. Cf. SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 6. ed. Londres: A. Miller, 1790. p. 118 e ss.

mentalista de uma natureza emocional dos juízos morais com a pretensão de universalidade e objetividade do racionalismo[93].

Ao se conjugar o reconhecimento da limitação de um paradigma puramente racional com a plausibilidade do modelo sentimentalista, bem como com a sua crescente corroboração empírica feita a partir de estudos da neurociência e da psicologia cognitiva[94], adota-se neste trabalho a tese de que as decisões de criminalização, sendo reflexo de avaliações morais do legislador – o que não significa recair em um moralismo puro[95] –, possuem uma natureza de fundo emocional. Isso aponta para a necessidade de se identificar quais sentimentos estão por trás das decisões incriminadoras e como eles funcionam.

3.2. Os sentimentos sociais de criminalização

Entende-se atualmente que as diferentes emoções não correspondem a estados afetivos únicos, sendo mais apropriado compreendê-las como feixes de sentimentos singulares unidos por uma mesma temática[96]. Tais feixes são denominados de família emocional, de modo que, a rigor, sentimentos como a raiva, a alegria e o medo não devem ser vistos como emoções individuais, e sim como uma família de sentimentos similares[97]. Tal qual ocorre com o conceito de família nuclear e família extensa, é possível também agrupar esses feixes em conjuntos mais amplos[98]. Em um desses conjuntos, tem-se o que se pode chamar

93. TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito e sensibilidade: uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. p. 51.

94. Cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 114 e ss.; TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito e sensibilidade: uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. p. 54 e ss.

95. Para críticas a um moralismo puro, cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 23 e ss.

96. EKMAN, Paul. An argument for basic emotions. *Cognition and Emotion*, v. 6, n. 3-4, 1992. p. 172 e ss.

97. Apesar de se reconhecer tal fato, chamar-se-á as famílias emocionais de "emoção" e "sentimento" para facilitar a compreensão das ideias a serem desenvolvidas.

98. Cf. HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Ed.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford

de família emocional de *condenação a terceiros*[99], família de *emoções reativas de condenação*[100] ou família de *emoções críticas a terceiros*[101], que tem por característica o fato de serem emoções negativas deflagradas em resposta ao caráter ou a ações de outras pessoas diversas do sujeito avaliador. Nesse grupo, inserem-se o nojo, a raiva e o desprezo[102].

Cada uma dessas emoções pode ser associada a um dos três sistemas morais que coexistem nas diferentes sociedades humanas, no que se pode chamar de modelo CAD[103]: o *sistema da autonomia*, vinculado à ordem individual e à ideia de proteção contra danos[104], cuja violação deflagra a raiva[105]; o *sistema da comunidade*, vinculado à ordem coletiva e à ideia de proteção das regras sociais[106],

University Press, 2003. p. 855; PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 68 e ss.

99. HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Ed.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 855 e ss.

100. PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 69 e ss.

101. ROZIN, Paul et al. The CAD triad hypothesis: A mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity). *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 76, n. 4, 1999. p. 575.

102. HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Ed.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 855; PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 69 e ss.

103. Nome dado em razão da coincidência entre os acrônimos em inglês das três emoções em exame ("*contempt*", "*anger*" e "*disgust*") e dos respectivos sistemas morais ("*community*", "*autonomy*" e "*divinity*"). Cf. ROZIN, Paul et al. The CAD triad hypothesis: a mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity). *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 76, n. 4, 1999. p. 574 e ss.

104. SHWEDER, Richard A. et al. The "big three" of morality (autonomy, community, divinity) and the "big three" explanations of suffering. In: BRANDT, Allan M.; ROZIN, Paul (Ed.). *Morality and health*. Nova York: Routledge, 1997. p. 138.

105. ROZIN, Paul et al. The CAD triad hypothesis: a mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity). *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 76, n. 4, 1999. p. 576 e ss.

106. SHWEDER, Richard A. et al. The "big three" of morality (autonomy, community, divinity) and the "big three" explanations of suffering. In: BRANDT, Allan M.; ROZIN, Paul (Ed.). *Morality and health*. Nova York: Routledge, 1997. p. 138.

cuja violação deflagra o desprezo[107]; e o sistema da divindade, vinculado à ordem natural e à ideia de proteção contra degradações e impurezas[108], cuja violação deflagra o nojo[109].

Sendo o Direito Penal um típico sistema de condenação, é possível transplantar a ele a lógica do sistema CAD, no que se pode chamar de *modelo sentimentalista da criminalização*. Dessa forma, em uma visão ainda puramente descritiva, pode-se identificar o sistema da autonomia com a tutela penal do indivíduo, o sistema da comunidade com a tutela penal da coletividade, por último, o sistema da divindade com a tutela penal da natureza humana. Em relação aos dois primeiros sistemas, parece não haver muito espaço para se questionar a sua legitimidade. Isto é, o reconhecimento da origem emocional permite que se use as emoções sociais como justificação e critério de identificação positiva das condutas criminalizáveis[110] ao mesmo tempo em que os já desenvolvidos critérios negativos da teoria dualista do bem jurídico possibilitam a limitação da aplicação desses sentimentos. Tal fato não ocorre com o nojo.

3.3. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas

A partir dessa constatação, e considerando a incompatibilidade dos *delitos de comportamento de legitimidade evidente* na teoria do bem jurídico, cumpre avaliar se é possível fundamentá-los no sentimento de asco e, caso o seja, quais são os critérios limitadores de sua aplicação. Para tanto, é preciso promover um estudo mais aprofundado da repugnância.

---

107. ROZIN, Paul et al. The CAD triad hypothesis: a mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity). *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 76, n. 4, 1999. p. 576 e ss.

108. SHWEDER, Richard A. et al. The "big three" of morality (autonomy, community, divinity) and the "big three" explanations of suffering. In: BRANDT, Allan M.; ROZIN, Paul (Ed.). *Morality and health*. Nova York: Routledge, 1997. p. 138.

109. ROZIN, Paul et al. The CAD triad hypothesis: a mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity). *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 76, n. 4, 1999. p. 576 e ss.

110. Preocupação já demonstrada por Greco, ao menos em relação aos bens jurídicos coletivos em GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7-8, 2012. p. 365.

3.3.1. Breve anatomia do sentimento de nojo e de sua normatividade

Para se analisar a normatividade do sentimento de asco, faz-se necessário observar primeiramente alguma de suas características[111]. O nojo pode ser descrito como uma emoção básica[112], sujeita a certas variações interculturais,[113] mas detentora de certos traços básicos e universais[114].

Originalmente, entendia-se a repugnância como uma emoção exclusivamente física, e mesmo limitada ao âmbito oral[115], concepção que foi paulatinamente superada, de modo a hoje ser reconhecida a existência de uma dimensão moral do nojo[116].

111. Neste trabalho, far-se-á uma descrição relativamente resumida do nojo. Para uma descrição mais completa, cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 136 e ss.; SOARES, Hugo. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 12 e ss.

112. BELZUNG, Catherine. *Biologia das emoções*. Lisboa: Instituto Piaget, 2010. p. 439; EKMAN, Paul. An argument for basic emotions. *Cognition and Emotion*, v. 6, n. 3-4, 1992. p. 170 e ss.

113. ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. Disgust. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeanette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Ed.). *Handbook of emotions*. 3. ed. Nova York: The Guilford Press, 2008. p. 766.

114. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 138 e ss.

115. Cf. DARWIN, Charles. *The expression of the emotions in man and animals*. Londres: John Murray, 1872. p. 257 e ss.

116. CURTIS, Valerie; BIRAN, Adam. Dirt, disgust, and disease: is hygiene in our genes? *Perspectives in biology and medicine*, v. 44, n. 1, 2001. p. 18 e ss.; PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 69 e ss.; ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. Disgust. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeanette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Ed.). *Handbook of emotions*. 3. ed. Nova York: The Guilford Press, 2008. p. 762 e ss; HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Ed.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 857. Em sentido similar, embora limitado somente a implicações sociomorais que envolvem o corpo, cf. BLOOM, Paul. *Descartes' baby:* how the science of child development explains what makes us human. New York: Basic Books, 2004. *apud* OLIVERA LA ROSA, Antonio; ROSSELLÓ MIR, Jaume. On the relationships between disgust and morality: a critical review. *Psicothema*, v. 25, n. 2, 2003. p. 224. Em sentido contrário, com diferentes argumentos, cf. NABI, Robin L. The theoretical versus the lay meaning of disgust: implications for emotion research. *Cognition and emotion*, v. 16, n. 5, 2002. p. 700 e ss; ROYZMAN, Edward B.; SABINI, John. Something it

Atualmente, os fatores deflagradores do nojo são classificados em cinco grupos, sendo três relacionados com a dimensão original e dois referentes à dimensão moral. No âmbito físico, incluem-se: 1) partes e excreções corporais; 2) alimentos apodrecidos ou deteriorados; e 3) certos animais, como ratos e insetos[117]. No campo moral, encontram-se: 1) certas categorias sociais vistas como não pertencentes ao grupo de quem observa; e 2) determinadas violações de normas morais ou sociais[118]. A partir dessa classificação, pode-se observar uma associação entre o nojo e a percepção de violação da dignidade humana em um sentido de *limite mínimo da categoria da humanidade*[119] ou *patamar mínimo da condição humana*[120].

3.3.2. Argumentos favoráveis à normatividade jurídico-penal do nojo

Ao se constatar essa associação entre o asco e a percepção de violação da dignidade humana, ganha-se um argumento *a priori* favorável ao emprego desse sentimento como fundamento para a criminalização de condutas. Afinal, sendo a dignidade o principal valor dos ordenamentos jurídicos atuais e sendo o nojo um critério de identificação da sua violação, parece correta a ideia de protegê-la por meio da tutela penal, expandindo a função do Direito Penal para a proteção de *valores jurídico-penais* e não apenas *bens jurídico-penais*, como defende a maior parte dos autores adeptos da teoria do bem jurídico[121].

---

takes to be an emotion: the interest case of disgust. *Journal for the Theory of Social Behaviour*, v. 31, n. 1, 2001. p. 52 e ss. Para uma refutação das correntes contrárias, cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 138 e ss; SOARES, Hugo. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 14 e ss.

117. CURTIS, Valerie; BIRAN, Adam. Dirt, disgust, and disease: is hygiene in our genes? *Perspectives in biology and medicine*, v. 44, n. 1, 2001. p. 18 e ss.

118. CURTIS, Valerie; BIRAN, Adam. Dirt, disgust, and disease: is hygiene in our genes? *Perspectives in biology and medicine*, v. 44, n. 1, 2001. p. 18 e ss.

119. HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Ed.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 857.

120. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 141 e ss.

121. Cf., por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo. O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa.

a) Tese da autopreservação das sociedades

Nesse contexto, convém revisitar a chamada tese da autopreservação das sociedades, defendida por Patrick Devlin[122]. A sua premissa principal consiste na ideia de que seria legítimo a incriminação de imoralidades, desde que elas demonstrassem o condão de, com sua gravidade, desintegrar o tecido social[123]. Essa capacidade seria observada a partir da verificação do sentimento social de nojo moral *profundo* e *natural* em relação às condutas observadas[124]. A incriminação de condutas tidas como moralmente repugnantes, desde que, portanto, seria legítima sob o argumento do direito inerente a toda sociedade de buscar a sua preservação.

Essa utilização do nojo pela tese da autopreservação mostra-se problemática principalmente por não indicar como esse sentimento pode ser um critério confiável para a seleção de condutas criminalizáveis[125]. Tal crítica pode ser ilustrada pelo exemplo histórico da repugnância ao socialmente inofensivo casamento inter-racial, que demonstrava uma intensidade maior do que comportamentos evidentemente mais perigosos para a sociedade, como o racismo e o sexismo[126]. Ademais, o argumento de que a prática disseminada de determinada conduta seria capaz de desintegrar uma sociedade aproxima-se bastante do conceito de *delitos de cumulação*[127], o que demandaria um esforço de superação de diversas de suas problemáticas, como a inofensividade da conduta individualmente considerada e a violação do princípio da culpabilidade, o que não é feito[128].

In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 250 e ss.

122. DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press, 1965.

123. DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press, 1965. p. 13 e ss.

124. DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press, 1965. p. 17 e ss.

125. NUSSBAUM, Martha. *Hiding from humanity*: disgust, shame, and the law. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 78 e ss.

126. NUSSBAUM, Martha. *Hiding from humanity*: disgust, shame, and the law. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 78 e ss.

127. Para uma crítica mais aprofundada aos delitos de cumulação, cf. DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 1, 2003. sobretudo p. 335 e ss.

128. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 145.

b) Tese da sabedoria da repugnância

A tese da sabedoria da repugnância parece oferecer meios para superar as falhas da tese da autopreservação das sociedades. Proposta por Leon Kass no âmbito da bioética, a referida tese defende que o nojo não é um guia confiável para a criminalização de comportamentos, salvo em *casos cruciais*, em que ele opera como expressão emocional de uma *sabedoria profunda racionalmente inarticulável*[129]. Nessas situações, a tolerância com a violação da dignidade, mesmo que ocorrida poucas vezes, traria um risco de afetação grave e profunda do próprio senso de identidade individual[130] dos membros da sociedade[131]. Basicamente, está-se a dizer que a repugnância é capaz de, em casos cruciais, identificar os delitos *evidentemente legítimos* não fundamentados racionalmente.

A partir dessa inovação, derruba-se, a um só tempo, a crítica relativa à aproximação com os delitos cumulativos – ao demonstrar o risco de abalo à identidade individual em virtude da participação em sociedades tolerantes a atos de violação da dignidade –, e a crítica em relação a confiabilidade do nojo – haja vista que a criminalização com base nessa emoção somente seria legítima nos chamados *casos cruciais*. O problema da tese da sabedoria da repugnância reside em não demonstrar quais seriam esses casos. Leon Kass chega a esboçar uma lista de condutas que reputa inaceitáveis[132]. Essa tentativa revela-se malsucedida, pois as condutas referidas no mencionado rol não apresentam um substrato comum capaz de unificá-las todas em um só conjunto[133]. A rigor, Kass chega a incluir condutas que sequer parecem deflagrar um sentimento de nojo, como o homicídio, que parece estar mais próximo do sentimento de raiva[134]. Por esse motivo, a tese da sabedoria da repugnância também pode ser reputada falha.

---

129. KASS, Leon. The wisdom of repugnance. *New Republic*, v. 216, n. 22, 1997. p. 20.

130. Sobre a relação entre a identidade individual e a sociedade, cf. HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015. p. 10 e ss.; HELENO, José Manuel. *Identidade pessoal*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 73 e ss.

131. KASS, Leon. Preventing a brave new world. In: HANKS, Craig (Ed.). *Technology and values*: essential readings. Chichester: Blackwell Publishing, 2010. p. 321.

132. KASS, Leon. The wisdom of repugnance. *New Republic*, v. 216, n. 22, 1997. p. 20.

133. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 147 e ss.; SOARES, Hugo Leonardo Chaves. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 25.

134. SOARES, Hugo Leonardo Chaves. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 25.

3.3.3. Argumentos contrários à normatividade jurídico-penal do nojo

A ampliação da função do Direito Penal no sentido de englobar não só a proteção de bens jurídicos, mas também a dignidade – em um conjunto que se pode chamar de valores jurídico-penais –, mostra-se promissora no que diz respeito à possibilidade de fundamentação dos *delitos evidentemente legítimos*. Ocorre que, além da já aduzida dificuldade na demonstração da viabilidade do asco como critério de identificação da violação da dignidade, há também argumentos que buscam comprovar a sua inviabilidade.

a) Argumento do conteúdo cognitivo central

Uma primeira objeção ao emprego do nojo como fundamento para a criminalização de condutas consiste no que se pode chamar de *argumento do conteúdo cognitivo central*. Fundado em uma perspectiva cognitivista das emoções[135], tal argumento defende que o nojo é composto exclusivamente pela ideia de *contaminação*, que seria baseada em imputações irreais de causalidade (*magical thinking*), diferentemente da ideia de dano associada à raiva[136]. Assim, as violações identificadas pelo nojo não seriam confiáveis como as identificadas pela raiva.

A esse argumento, apresenta-se duas objeções principais[137]. Primeiramente, há, de fato, uma correlação entre a repugnância e a ideia de *contaminação*, porém ela não é absoluta. A utilização de um garfo para afastar alimentos considerados nojentos muitas vezes não implica a substituição do talher, o que demonstra que, nesses casos, não há uma *contaminação*[138]. Por outro lado, a raiva também se

135. Para um debate e refutação da perspectiva cognitivista em prol de uma perspectiva não cognitivista, segundo a qual as emoções correspondem a alarmes configurados para avisar a possível ocorrência de eventos importantes, cf. PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 50 e ss.; SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 105 e ss.

136. NUSSBAUM, Martha. *Hiding from humanity*: disgust, shame, and the law. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 99 e ss.

137. Para outras objeções, cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 149 e ss.; SOARES, Hugo Leonardo Chaves. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 22 e ss.

138. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade

mostra passível de ser associada à ideia de *contaminação*, como é possível observar na transmissão geracional da raiva entre os Capuleto e Montecchio no clássico *Romeu e Julieta*[139].

Em segundo lugar, em uma concepção não cognitivista, as emoções não estão associadas diretamente a ideias, sendo, antes, alarmes calibrados para reconhecer situações potenciais, ainda que, em situações concretas, possam estar equivocadas[140]. Nesse contexto, o nojo opera como alerta para a violação da dignidade e a raiva como alerta para violação da individualidade. Considerando que nenhuma das duas exige uma efetiva ocorrência da situação para a qual ela pretende avisar, conclui-se que ambas são igualmente confiáveis[141].

b) Argumento histórico

Para além do argumento do conteúdo cognitivo central, encontra-se na literatura uma segunda modalidade de argumento contrário ao emprego jurídico-penal do nojo: o histórico. De forma sucinta, esse argumento defende que o nojo não deve ser empregado penalmente em virtude da exclusão social e dos abusos historicamente produzidos por ele[142]. Inúmeros exemplos podem ser trazidos, mas o Holocausto desponta como o principal.

Esse argumento em si mostra-se coerente. Sua falha reside na conclusão que se extrai dele. A existência de tragédias históricas fundadas no sentimento de

---

de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 141 e ss.; SOARES, Hugo Leonardo Chaves. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 13 e ss.

139. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 141 e ss.; SOARES, Hugo Leonardo Chaves. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 13 e ss.

140. PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 50 e ss.; SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 105 e ss.

141. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 149 e ss.; SOARES, Hugo Leonardo Chaves. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 23.

142. NUSSBAUM, Martha. *Hiding from humanity*: disgust, shame, and the law. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 107 e ss.

repugnância não se mostra capaz de justificar total exclusão do emprego do nojo da mesma forma que o reconhecimento dos abusos cometidos pelo poder punitivo estatal não justifica um abolicionismo penal[143]. Dessa forma, a conclusão mais adequada a ser extraída do argumento histórico não é a exclusão completa do nojo do ordenamento penal, mas o cuidado no seu manejo[144].

3.3.4. Síntese do papel do nojo na incriminação de condutas

Há, portanto, um dilema. Por um lado, a tese da sabedoria da repugnância é capaz de demonstrar por que a dignidade merece ser tutelada pela esfera penal, embora não seja capaz de demonstrar em quais *casos cruciais* o nojo atua como critério de reconhecimento. Por outro lado, não parece haver argumentos capazes de comprovar cabalmente a inviabilidade do emprego da repugnância no Direito Penal, havendo apenas um dever de cuidado com a sua utilização, sobretudo em relação a grupos minoritários.

Perante esse impasse, cumpre retornar aos fatores deflagradores do nojo moral, qual sejam: certas categorias sociais desviantes e certas violações morais[145], que consistiriam nas efetivas violações da dignidade humana. Considerando a associação entre os fatores relacionados a grupos sociais e a probabilidade de reedição de abusos historicamente perpetrados, parece plausível entender pela exclusão desses fatores como deflagradores de um *nojo incriminador legítimo*[146]. Essa medida mostra-se duplamente coerente: primeiro por evitar os riscos evidenciados pelo argumento histórico. Em segundo lugar, estudos demonstram

143. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 151 e ss.; SOARES, Hugo Leonardo Chaves. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 24.

144. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 151 e ss.; SOARES, Hugo Leonardo Chaves. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 24.

145. CURTIS, Valerie; BIRAN, Adam. Dirt, disgust, and disease: is hygiene in our genes? *Perspectives in biology and medicine*, v. 44, n. 1, 2001. p. 18 e ss.

146. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 152 e ss.; SOARES, Hugo Leonardo Chaves. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 24 e ss.

uma associação entre o nojo e condutas extremas como o Holocausto[147] – o que é plausível, diante da flagrante violação da dignidade humana perpetrada nesse evento histórico –, de modo que faz sentido evitar o uso da repugnância em situações que podem levar a sentimentos ainda mais intensos de asco[148].

O problema reside em como identificar quando o asco foi deflagrado por categorias sociais e quando o foi por violações à dignidade. Muitas vezes, esses dois fatores mostram-se profundamente imbricados, como no caso de práticas culturais típicas de um grupo minoritário, por exemplo, o sacrifício ritual animal. Dessa forma, é preciso encontrar um critério capaz de distinguir as violações morais atentatórias à dignidade humana, que representariam os efetivos *casos cruciais*, das demais violações sociomorais penalmente irrelevantes.

Para tanto, convém realizar uma breve revisão da noção de dignidade humana. Considerada o valor jurídico supremo nos ordenamentos, a dignidade pode ser dividida em duas dimensões: a objetiva e limitadora de direitos[149], que parece estar associada à repugnância como alarme para a preservação do *patamar mínimo da condição humana*; e a subjetiva e fundamentadora de direitos[150], que parece conectar-se com a ideia de compaixão empática[151].

147. ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. Disgust. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeanette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Ed.). *Handbook of emotions*. 3. ed. Nova York: The Guilford Press, 2008. p. 763.

148. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 152; SOARES, Hugo Leonardo Chaves. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015. p. 24 e ss.

149. Cf. MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, 2008. p. 702 e ss.; MEILAENDER, Gilbert. Human dignity: exploring and explicating the council's vision. In: PELLEGRINO, Edmund D.; SCHULMAN, Adam; MERRILL, Thomas W. (Ed.). *Human dignity and bioethics*: essays commissioned by the president's council on bioethics. Washington: The President's Council on Bioethics, 2008. p. 273.

150. Cf. MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, 2008. p. 702 e ss.; MEILAENDER, Gilbert. Human dignity: exploring and explicating the council's vision. In: PELLEGRINO, Edmund D.; SCHULMAN, Adam; MERRILL, Thomas W. (Ed.). *Human dignity and bioethics*: essays commissioned by the president's council on bioethics. Washington: The President's Council on Bioethics, 2008. p. 273.

151. Para uma análise aprofundada da compaixão empática e de sua relação com a dimensão subjetiva da dignidade, cf. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão:

A dignidade em sua dimensão subjetiva impede ingerências estatais no que se pode chamar de núcleo dos direitos fundamentais de um indivíduo[152], algo próximo ao que Greco tenta estabelecer com seu argumento da autonomia (*Autonomieargument*), reconhecendo um campo de autonomia individual sobre o qual somente as decisões da pessoa são legítimas[153]. Tal núcleo parece guardar uma relação íntima com a noção de identidade do indivíduo, de modo que se pode afirmar que a dimensão subjetiva da dignidade não permite ao Estado interferir nas decisões que *apenas* digam respeito ou expressem a identidade de uma pessoa. Em outras palavras, e decompondo a identidade, pode-se elaborar uma regra segundo a qual *ao Estado é legítimo incriminar condutas com base no nojo moral, desde que não se tratem de condutas inseridas no campo da cultura e da sexualidade consentida do indivíduo*.

Aplicando essa regra a casos de *delitos de legitimidade evidente*, é possível observar a sua capacidade de rendimento. Por exemplo, a conduta de maus-tratos aos animais praticada por puro sadismo deflagra o nojo moral na sociedade, porém não está inserida no campo cultural nem do da sexualidade consentida, de modo que pode ser criminalizada por ser uma prática atentatória à dignidade humana[154]. Já o sacrifício animal ritual é parte da identidade cultural de uma pessoa, de maneira que não pode ser classificada como um *caso crucial* violador da dignidade. Processo similar ocorre com a manipulação genética: nos casos de

---

uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 129 e ss. e 155 e ss.

152. SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 169. Sobre os conceitos de núcleo, orla e periferia de um direito, cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, n. 1, 2006. p. 158 e ss.; ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 33, 2006. p. 106 e ss.

153. GRECO, Luís. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 5, 2008. p. 237.

154. Convém ressaltar que, ainda que o sujeito passivo do crime de maus-tratos aos animais não seja humano, as condutas atentatórias à dignidade humana violam tanto a dignidade do agente quanto do paciente. Nesse sentido, cf. DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva et al (Org). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 116 e ss.

engenharia genética com fins terapêuticos, não parece haver um sentimento social de repugnância, de modo que essa conduta não pode ser proibida penalmente; já nos casos de engenharia genética não terapêutica, o nojo moral social parece surgir[155], devendo-se analisar, então, se se trata de uma prática cultural ou sexualmente consentida, o que não é o caso. Assim, trata-se de uma conduta criminalizável.

Essa regra também tem aplicabilidade para além dos delitos paradigmáticos abordados nesse trabalho. Pode-se trazer à baila o caso do incesto, comportamento que é criminalizado na Alemanha. Nessa situação, trata-se de uma prática capaz de deflagrar o asco moral. Ocorre que está evidentemente inserida no domínio da sexualidade consentida. Dessa forma, é possível afirmar a ilegitimidade do tipo penal de incesto na Alemanha. No tipo de tráfico de drogas – e não no tipo de uso, cuja legitimidade deve enfrentar discussões mais profundas sobre os limites do paternalismo penal –, pode-se notar uma repugnância social sobretudo em relação à venda de drogas pesadas como o *crack*[156]. Não sendo o tráfico de drogas pesadas uma decorrência da cultura ou da sexualidade, conclui-se pela legitimidade de sua criminalização.

4. Considerações finais

Percebeu-se, com a exposição, que as formulações tradicionais da teoria do bem jurídico, bem como as suas tentativas de inovação, falham ao tentar explicar os *delitos evidentemente legítimos*. Por outro lado, foi possível concluir que o desenvolvimento de uma teoria da criminalização baseada na normatividade das *emoções de condenação a terceiros* mostra-se apta a resolver tal questão. Com a *regra de não ingerência estatal na esfera da identidade* deduzida a partir da interação normativa entre o nojo moral e a compaixão empática, elaborou-se um critério confiável de identificação dos *casos cruciais* mencionados na tese da sabedoria da repugnância ao mesmo tempo que se atentou às preocupações decorrentes do

155. Cf. a relação entre a engenharia genética e a dignidade humana em SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 234 e ss.

156. Em relação à maconha, o sentimento social de nojo parece inexistente ou, ao menos, substancialmente menos intenso, o que pode ser percebido pela forma como a questão é abordada abertamente em programas televisivos, filmes e músicas. Registre-se que, na Alemanha, a empresa pública de transportes de Berlim promoveu uma peça publicitária que fazia referência clara ao consumo de maconha, sem, com isso, causar qualquer escândalo público. Cf. [https://twitter.com/BVG_Kampagne/status/987241784580431873].

argumento histórico contra o uso do nojo moral como critério de incriminações, fundamentando, assim, os *delitos de legitimidade evidente* sem abandonar as possibilidades de uma teoria crítica da criminalização.

Nota-se, igualmente, que essa nova teoria permite a compreensão da dignidade humana dentro da categoria de valor jurídico penal tutelável, em conjunto com os já consensualmente aceitos bens jurídico-penais individuais e coletivos, no que se pode chamar de *teoria sentimentalista do valor jurídico-penal*. Convém mencionar que tal inclusão traz implicações para outros debates, como o que se debruça sobre a possibilidade de inserção direta – ou seja, sem a necessidade de intermediação por bens jurídicos – da proteção da dignidade, valor maior dos sistemas jurídicos, no âmbito de tutela penal, ramo do Direito voltado justamente para a proteção dos valores mais importantes de uma sociedade[157]. Pode-se, destarte, sanar esse conflito valorativo sem fazer uso de conceitos demasiados amplos e imprecisos[158].

Por esses motivos, e mesmo independentemente da aceitação parcial ou total das propostas trazidas neste trabalho, é possível perceber a abertura de novos campos de investigação penal, seja no aprofundamento do estudo da normatividade das emoções no Direito Penal, seja na densificação e desenvolvimento de critérios e categorias das teorias da criminalização, seja no debate sobre o conteúdo material da dignidade humana. Espera-se, com esse esforço, que se tenha trazido uma contribuição relevante para as ciências criminais.

Referências bibliográficas

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 33, p. 93-116, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, n. 1, p. 145-168, 2006.

BELZUNG, Catherine. *Biologia das emoções*. Lisboa: Instituto Piaget, 2010.

CURTIS, Valerie; BIRAN, Adam. Dirt, disgust, and disease: is hygiene in our genes? *Perspectives in biology and medicine*, v. 44, n. 1, p. 17-31, 2001.

DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes*: emoção, razão e cérebro humano. Lisboa: Temas & Debates – Círculo de Leitores, 2011.

157. Cf. debate em HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing behaviour to protect human dignity. *Criminal Law and Philosophy*, v. 6, 2012. p. 307 e ss.

158. ROACH, Kent. The primacy of liberty and proportionality, not human dignity, when subjecting criminal law to constitutional control. *Israel Law Review*, v. 44, 2011. p. 93 e ss.

DARWIN, Charles. *The expression of the emotions in man and animals*. Londres: John Murray, 1872.

DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press, 1965.

DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 1, p. 303-345, 2003.

DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva et al (Org). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Life's dominion:* an argument about abortion and euthanasia. Nova York: Vintage Books, 1994.

EKMAN, Paul. An argument for basic emotions. *Cognition and emotion*, v. 6, n. 3-4, p. 169-200, 1992.

FEIJOO SÁNCHEZ. Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. *InDret*: *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, p. 1-16, 2008.

FOUCAULT, Michel. Nietzsche, la généalogie, l'histoire. In: BACHELARD, Suzanne *et al* (Org.). *Hommage à Jean Hyppolite*. Paris: PUF, 1971.

FREIRIA, Marcelo Turbay. O crime de maus tratos a animais: a análise da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e o novo tratamento dado pelo anteprojeto de reforma do Código Penal: será o direito penal a melhor solução para reprimir/prevenir tal prática? *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 12, p. 7475-7505, 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2016.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 49, p. 89-147, 2004.

GRECO, Luís. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 5, p. 234-238, 2008.

GRECO, Luís. Rechtsgüterschutz und Tierquälerei. In: BÖSE, Martin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts*: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Berlim: Duncker & Humblot, 2009.

GRECO, Luís. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7-8, p. 349-373, 2012.

HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Ed.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972.

HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: PHILIPPS, Lothar; SCHOLLER, Heinrich (Org.). *Jenseits des Funktionalismus*: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag. Heidelberg: Decker & Müller, 1989.

HASSEMER, Winfried. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de derecho*, n. 19, p. 147-158, 2001.

HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Munique: Heymanns, 2002.

HEFENDEHL, Roland. Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

HELENO, José Manuel. *Identidade pessoal*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

HÖRNLE, Tatjana. Offensive behavior and German Penal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, p. 255-278, 2001.

HÖRNLE, Tatjana. Der Schutz von Gefühlen im StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing behaviour to protect human dignity. *Criminal Law and Philosophy*, v. 6, p. 307-325, 2012.

HÖRNLE, Tatjana. "Rights of others" in criminalisation theory. In: SIMESTER, Andrew P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

HUME, David. *An enquiry concerning the principles of morals*. Londres: A. Millar, 1751.

HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*: Part 1: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre – Lehrbuch. 2. ed. Berlim: de Gruyter, 1991.

KAHAN, Dan M. The progressive appropriation of disgust. In: BANDES, Susan (Ed.). *The passions of law*. Nova York: New York University Press, 1999.

KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik des Sittens*. Akadamieausgabe: 1785.

KASS, Leon. The wisdom of repugnance. *New Republic*, v. 216, n. 22, p. 17-26, 1997.

KASS, Leon. Preventing a brave new world. In: HANKS, Craig (Ed.). *Technology and values*: essential readings. Chichester: Blackwell Publishing, 2010.

LAZARUS, Richard S. *Emotion and adaptation*. Nova York: Oxford University Press, 1991.

MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.

MEILAENDER, Gilbert. Human dignity: exploring and explicating the council's vision. In: PELLEGRINO, Edmund D.; SCHULMAN, Adam; MERRILL, Thomas W. (Ed.). *Human dignity and bioethics*: essays commissioned by the president's council on bioethics. Washington: The President's Council on Bioethics, 2008.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Clonación: reflexiones necesarias sobre lo imaginario. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 30, p. 63-92, 2009.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; GORDILHO, Jacqueline. A natureza e os animais no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 11, n. 23, p. 33-51, 2016.

MINAHIM, Maria Auxiliadora, GORDILHO, Heron José de Santana; PORTUGAL, Daniela Carvalho. Animal cruelty and information society. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 37, n. 1, p. 223-245, 2017.

NABI, Robin L. The theoretical *versus* the lay meaning of disgust: implications for emotion research. *Cognition and emotion*, v. 16, n. 5, p. 695-703, 2002.

NEUMANN, Ulfrid. »Alternativen: keine«. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Org.). *"Personale Rechtsgutslehre" und "Opferorientierung im Strafrecht"*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007.

NEUMANN, Ulfrid. A dignidade humana como fardo humano: ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

NUSSBAUM, Martha. *Hiding from humanity*: disgust, shame, and the law. Princeton: Princeton University Press, 2004.

OLIVERA LA ROSA, Antonio; ROSSELLÓ MIR, Jaume. On the relationships between disgust and morality: a critical review. *Psicothema*, v. 25, n. 2, p. 222-226, 2003.

PALMA, Maria Fernanda. Animais e companhia: O Estado não pode recorrer à criação de crimes para se demitir de zelar pelos valores comunitários. *Correio da Manhã* [*on-line*]. 2014. Disponível em: [www.cmjornal.pt/opiniao/colunistas/fernanda-palma/detalhe/animais_e_companhia]. Acesso em: 18.03.2018.

PALMA, Maria Fernanda. Conceito material de crime e reforma penal. *Anatomia do crime*, n. 0, p. 11-23, 2014.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PERALTA, David Rosario Mendiguri. El delito de manipulación genética con fines de clonar seres humanos. Una contribución al estudio del nuevo art. 324 del Código penal peruano (Part. II). *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 26, p. 91-119, 2007.

PEREIRA, Miguel Baptista. Modos de presença da filosofia antiga no pensamento contemporâneo. *As humanidades greco-latinas e a civilização do universal*: actas. Coimbra: Minerva, 1988.

PRADO, Luís Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

ROACH, Kent. The primacy of liberty and proportionality, not human dignity, when subjecting criminal law to constitutional control. *Israel Law Review*, v. 44, p. 91-113, 2011.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2006.

ROXIN, Claus. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 433-453, 2013.

ROYZMAN, Edward B.; SABINI, John. Something it takes to be an emotion: the interest case of disgust. *Journal for the Theory of Social Behaviour*, v. 31, n. 1, p. 29-59, 2001.

ROZIN, Paul et al. The CAD triad hypothesis: a mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity). *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 76, n. 4, p. 574-586, 1999.

ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. Disgust. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeanette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Ed.). *Handbook of emotions*. 3. ed. Nova York: The Guilford Press, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*: Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

SHKLAR, Judith N. The liberalism of fear. In: ROSENBLUM, Nancy L. (Ed.). *Liberalism and the moral life*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

SHWEDER, Richard A. et al. The "big three" of morality (autonomy, community, divinity) and the "big three" explanations of suffering. In: BRANDT, Allan M.; ROZIN, Paul (Ed.). *Morality and health*. Nova York: Routledge, 1997.

SINGER, Tania; LAMM, Claus. The social neuroscience of empathy. *Annals of the New York Academy of Sciences*, v. 1156, n. 1, p. 81-96, 2009.

SOARES, Hugo. O nojo como fundamento para a criminalização de condutas. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015.

SOARES, Hugo. Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 6. ed. Londres: A. Miller, 1790.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The constitutional deficiencies of the German Rechtsgutslehre. *Oñati Socio-legal Series*, 3 (1), p. 31-41, 2013.

TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito e sensibilidade: uma abordagem sentimentalista das relações entre direito e moral. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5. ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano, de Gisele Mendes de Carvalho e Érika Mendes de Carvalho – *Ciências Penais* 7/182-211 (DTR\2007\388);
- Células-tronco na perspectiva do direito brasileiro, de Elimar Szaniawski – *RT* 916/155--188 (DTR\2012\75); e
- Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga, de Edison Tetsuzo Namba – *RT* 905/67-87 e *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 1/1385-1406 (DTR\2011\1287).

El "cosmopolitismo negativo" del miedo y de la vigilancia: los dos lados del uso de los mecanismos de monitoreo electrónico en el ámbito del proceso penal en Brasil

The "negative cosmopolitism" of fear and surveillance: the two sides of the use of the electronic monitoring mechanisms in the field of the criminal procedure in Brazil

Jânia Saldanha

Pos-doctora en Derecho IHEJ por el Institut des Hautes Études sur la Justice (2014-2015). Doctora en Derecho Público por la UNISINOS (2001-2004). Coordinadora y Profesora del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSM. Profesora visitante en los años de 2016-2017 de la Université Sorbonne-Nouvelle, Paris III, IHEAL – Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine, Cátedra Simon Bolívar. Professora visitante USP ano de 2018. Abogada.
janiasaldanha@gmail.com

James Cavallaro

Doctor en Derechos Humanos y Desarollo por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España (2012). Formado en ciencias políticas (A.B.) por la Universidad de Harvard e en derecho (J.D.) por la Universidad de Berkeley. Profesor de la Universidad de Stanford (EEUU). Diirector de la Clínica y del Centro de DDHH, de la Stanford, ex comisionado (2014-2017). Presidente de la CIDH – Comission Interamericana de Derechos Humanos (2016-2017).
jcavallaro@law.stanford.edu

Recebido em: 18.02.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 17.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumen: Muchas de las decisiones y acuerdos que instituyen el régimen de dispositivos electrónicos de monitoreo en lugar de la cárcel se fundan en el neoliberalismo y en un cosmopolitismo negativo basado en el miedo. Realidad que promueve un problema de doble cara. Por eso el artículo se divide en dos partes: en la primera, se pregunta en qué medida el uso de los instrumentos

Abstract: Many of the decisions and policies that authorize electronic monitoring regimes in lieu of incarceration are grounded in a neoliberal model, or 'negative cosmopolitanism' rooted in fear. This in turn leads to a two, interrelated problems, which we consider in the sections of this article. First, we assess the extent to which the use of electronic monitoring instruments, as an

de monitoreo electrónico, usados como alternativa a la cárcel, reduce o no la problemática de la crisis del encarcelamiento en Brasil. En la segunda, se analiza si estos instrumentos violan los derechos humanos de los presos y, con eso, generan la responsabilidad solidaria del Estado y de las empresas que de algún modo, participan de esas prácticas. El objetivo general es, entonces, investigar la efectividad de los instrumentos de monitoreo electrónico para reducir la crisis carcelaria y evaluar la responsabilidad de los actores involucrados. El estudio es de gran actualidad en el contexto de la lógica securitaria global, para exponer ese panorama se utiliza como método de abordaje el dialéctico, porque a partir de las contradicciones internas que la temática presenta es posible delinear algunos parámetros para el uso de medios alternativos a las prisiones

Palabras claves: Cosmopolitismo negativo – Derecho penal – Derechos humanos – Monitoreo electrónico – Responsabilización social de las empresas.

alternative to jail, reduces or does not reduce overcrowding and abuseive incarceration in Brazil. Second, we consider possible human rights violations in the use of electronic monitoring and the related responsibility of both the State and private enterprise. Our overall goal is to assess the effectiveness (if any) of electronic monitoring in alleviating the prison crisis, and to evaluate the responsibility of the actors involved. The study is highly relevant in the context of the current logic of global security. By exposing the internal contradictions if e current approach, we seek to shed light on possible parameters for legitimate (rights respecting) use of alternatives methods to prison.

Keywords: Negative cosmopolitism – Criminal law – Human rights – Electronic monitoring – Social responsibilization of companies.

Sumário: Introducción. 1. De la lógica de la culpabilidad a la lógica de la peligrosidad: la deshumanización del derecho penal. 1.1. De la culpabilidad a la peligrosidad. 1.2. La deshumanización del derecho penal. 2. De las prisiones a las medidas de monitoreo electrónico en Brasil: las bases jurídicas, las prácticas, los riesgos de violación de los derechos humanos y la responsabilidad de los actores. 2.1. La base legislativa. 2.2. La base jurisprudencial. 2.3. La aplicación de las medidas de monitoreo electrónico por la justicia penal y la violación de los derechos humanos: la responsabilidad de los actores. 2.4. La responsabilidad de los actores públicos y privados. Conclusion. Referencias.

Désormais, la securité est au-dessus des lois.
Michel Foucault

Introducción

Enfrentar el problema de las cárceles, tal como se presenta hoy en varios lugares del planeta, consiste no solamente en apelar a la imaginación y encontrar salidas alternativas, sino también en reconocer que los sistemas penales están indeleblemente relacionados a las formas de gobernar, y a modelos de Estados y modelos económicos. Así lo demuestran las innúmeras políticas públicas aplicadas por los Estados.

Michel Foucault demostró con precisión quirúrgica que cada gobernabilidad expresa un discurso de verdad que legitima la conducta de los hombres. Un conjunto de prácticas/régimen de verdad, segundo Foucault[1], forma un dispositivo de saber/poder que marca efectivamente lo real. Así, el modelo clásico de la soberanía que dio origen al Estado moderno, se apoyó en el saber puramente técnico-racional, y en el derecho positivo. De esta forma se distinguía de la moral y la justicia, se representaba por la equivalencia entre la acción y la retribución, un daño y su indemnización, todo de acuerdo con determinada hermenéutica jurídica. Ese modelo disciplinar se valía de un dato del discurso, el de las ciencias humanas. No obstante, el modelo neoliberal de la etapa casi final del siglo XX se apoyó en el discurso de la economía, en la lógica de la ciencia, más que en la lógica del discurso[2].

Basados en este enfoque, es posible percibir en qué medida el tema vinculado a las decisiones, a los "acuerdos" o "consentimientos" para instituir, en lugar de la cárcel (sea preventiva, o del régimen cerrado para el semiabierto), el régimen de los dispositivos electrónicos de monitoreo, hace que la justicia responda a los llamados del modelo neoliberal. Este modelo considera a los hombres "como sujetos racionales" capaces de decidir su destino, pero al mismo tiempo, puede producir severas violaciones a los derechos humanos de estos sujetos racionales. Así, los controles establecidos en la forma de sofisticados instrumentos de vigilancia, si por un lado, pueden reemplazar la detención preventiva y en este aspecto, conllevan un fuerte sentido positivo; por otro, el uso exagerado del mismo, estandarizado e impersonal, hace pensar en la posibilidad de que se deba solamente a una necesidad global y local por seguridad, con la implementación de un cosmopolitismo negativo[3] basado en el miedo y como consecuencia, en la vigilancia.

El problema de la crisis del sistema penitenciario y el de las medidas sustitutivas de la prisión, está indeleblemente marcado por la necesidad de encontrar alternativas posibles. Es un fenómeno antiguo y estructural, que provoca, indudablemente una profunda modificación en la lógica del Derecho Penal (Parte 1) representada, actualmente, por el uso indiscriminado del monitoreo electrónico (Parte 2).

1. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 27.
2. GARAPON, Antoine. *La raison du moindre État:* le néoliberalisme et la justice. Paris: Odile Jacob, 2010, p. 113-152.
3. Sobre el tema ver: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico:* teorias e práticas entre mundializaçao e globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

1. De la lógica de la culpabilidad a la lógica de la peligrosidad: la deshumanización del derecho penal

1.1. De la culpabilidad a la peligrosidad

La sociedad de masa germinó no apenas comportamientos, producción y consumo estandarizados, sino también supo en la misma medida y en igual naturaleza, producir sus conflictos, sus exclusiones y así potencializar e inflacionar los crímenes e incrementar las estadísticas de los sistemas carcelarios o penitenciarios.

Cuando Jeremy Bentham, en el siglo XVIII, construyó la idea del panóptico, dos siglos más tarde actualizada y lapidada por Michel Foucault en Vigiar y Punir, intentó entender la lógica de la vigilancia y de la seguridad desde el punto de vista de la geometría del cuadrado[4]. Esta percepción, estimada para entender los mecanismos de control de cuerpos y de libertad, actualmente es absolutamente impotente para explicar la masa de seres humanos que habita los espacios insalubres, lúgubres, sucios y limitados de las cárceles en muchos países.

Brasil, después de los EEUUA[5] y China[6], ocupa el tercer lugar en el *ranking* global del número de personas encarceladas. De acuerdo a la Recolección Nacional de datos de Informaciones Penitenciarias (Infopen)[7], divulgados en diciembre de 2017, la población carcelaria de Brasil llegó a 726,7 mil presos en junio de 2016, más que el doble de 2005, cuando se inició el estudio. Tomando como base datos del CNJ – Consejo Nacional de Justicia – el WPB[8] – World Prison

4. Sobre el tema ver el texto de ZACKSESKI, Cristina. MACIEL, Welliton Caixeta. Vigilância eletrônica e mecanismos de controle de liberdade: elementos para reflexão. *R. EMERJ*. Rio de Janeiro: v. 18, n. 67, ene-feb. 2015 p. 459-466. Disponible en: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_459.pdf]. Acesso en: 16.02.2018.
5. Ocupa el primer lugar. Disponible en: Institute for Criminal Policy Research (ICPR). World prision brief data: Brasil. Disponible en: [http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america]. Acesso en: 03.01.2018.
6. Ocupa el segundo lugar: Disponible en: Institute for Criminal Policy Research (ICPR). World prision brief data: China. Disponible en : [http://www.prisonstudies.org/country/china]. Acesso en: 03.01.2018.
7. BRASIL, Ministério da justiça. Censo das unidades prisionais e dados agregados. Brasília. Disponible en: [http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias/resource/5652dceb-d81a-402f-a5c8-e4d9175241f5]. Acesso en: 04.01.2018.
8. INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH (ICPR). World prision brief data: Estados Unidos. Disponible en: [http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america]. Acesso en: 03.01.2018.

Brief – observa que la población carcelaria del País en diciembre de 2017 era de 668.914 presos. Según estos datos, la tasa de ocupación en las cárceles brasileñas llegó a un 162,9%, siendo un 40% prisiones provisorias. Y las prisiones, y sus condiciones, si por un lado, acentúan en una potencialidad espantosa el carácter punitivo de la pena, por otro, no sirven para rehabilitar a los individuos al reintegrarse al medio social. Se volvieron fábricas de abusos, de violación de derechos humanos, de generación de extremada vulnerabilidad, de aprendizaje y de sofisticación con el objetivo de dar continuidad a la práctica de crímenes dentro y fuera de las unidades carcelarias.

La explosión de los números de la población carcelaria superó ampliamente lo que los establecimientos penitenciarios pueden soportar, como ocurre en innúmeros países de América Latina. En Brasil especialmente[9], provocó como reacción la búsqueda de alternativas para las cárceles de los ya condenados, así como también para aquellos cuyos crímenes, legalmente, exigen medidas de urgencia que los impida continuar o reiterar la práctica de las acciones delictivas.

Así, de los "dispositivos de seguridad" tales como el de la vacunación en masa en los siglos XVIII y XIX se pasa, en el siglo XXI, a la vigilancia electrónica de los cuerpos y de las mentes lo que demuestra que los problemas sociales relacionados a la inseguridad se transformaron en la razón directa del surgimiento del paradigma del "riesgo", como bien trató Ulrich Beck[10].

No obstante, sabemos que la banalización de la seguridad presente en el mundo global no está desconectada de un tema mucho más profundo: el miedo. Esta es la causa más radical de esta búsqueda por seguridad a cualquier precio, así como es, además, un efecto constante. La presión causada por el miedo que nos hace actuar y claramente, ha orientado las políticas de Estado para reducir los riesgos a la seguridad de la sociedad. Esta referida reducción se produce a expensas a menudo, de la violación de derechos humanos. Ahora bien, nada más racional y psicológicamente espontáneo que adoptar medidas de precaución como anticipación de hechos futuros ¡desconocidos e inciertos! Entretanto ese miedo, como refiere Foessel[11], padece de su propia abstracción. Lo mejor entonces, es la adopción de medidas estandarizadas, la generalización de los riesgos, etiquetar los individuos peligrosos, contar con sofisticadas tecnologías de información y comunicación, con el apoyo de actores privados, decretar la derrocada de la

9. Entre 2011 y 2016 Brasil aumentó un 40% su población carcelaria.

10. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 2006.

11. FOESSEL, Michaël. *État de vigilance* : critique de la banalité securitaire. Paris: Le bord de l'eau, 2010, p. 122.

búsqueda de la verdad en el proceso y relativizar las garantías del proceso. La interrogante es ¿de qué tenemos miedo?

Parte de la explicación puede encontrarse en la lógica global por seguridad que surgió con la caída de las torres gemelas en Nueva York, que generó el estado de guerra contra el terrorismo y la figura del enemigo combatiente ilegal. Una Resolución del Congreso estadounidense del 18 de septiembre de 2001 instauró en worl un derecho penal de excepción por medio del *Patriot Act*, del día 25 de octubre del mismo año y por ello, el discurso de la vigilancia a cualquier precio, de la instalación de los "estados de emergencia" *sine die* y de la "normalización" del estado de excepción, se tornó un fenómeno global sin precedentes. La replicación de esa lógica a nivel interno, en muchos países, no hizo nada más que representar el fenómeno denominado por Boaventura de Sousa Santos[12] "globalismo localizado".

En el ámbito de este derecho penal de excepción, la culpabilidad, el elemento visceral de la lógica penal y presupuesto para la determinación e imposición de la pena y sus límites, en la sociedad de riesgo, fue suplantada por la peligrosidad. Se decreta, así, si no el fin de la presunción de inocencia, pero sí, su más profunda debilitación. Consiste, en una radical inversión de la lógica del derecho penal y ya no se trata más, como afirmó Michel Foessel[13], de definir con precisión el dominio de lo lícito o de lo ilícito y de la ilicitud, sino evaluar cuál es la salida más tolerable – y también más económica – para reducir los males producidos sobre una determinada sociedad. En lo que se refiere al uso de mecanismos electrónicos de vigilancia en el campo penal y su justificativa reducir los encarcelamientos frente a la superpoblación y de las malas condiciones de las unidades prisionales, es apenas una parte de la historia que, es necesario reconocer, puede ser muy positiva. La otra parte demuestra el uso excesivo de las referidas medidas, estremece la ley penal y como consecuencia, produce violación de derechos humanos.

Por consiguiente, más que erradicar el fenómeno de la crisis de las cárceles, un fuerte elemento puede identificarse, que cualquiera que sea, es necesario limitar sus efectos económicos buscando alternativas interesantes para el propio sistema y para el mercado. Así, se presenta el discurso, viralizado en los medios

12. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*. Disponible en: [http://www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/multicultural.html]. Acesso en: 20.02.2018.

13. FOESSEL, Michaël. *État de vigilance* : critique de la banalité securitaire. Paris: Le bord de l'eau, 2010, p. 39.

de comunicación de masa, de que los instrumentos de monitoreo electrónico son económicamente menos costosos para el Estado que mantener personas encarceladas.

Si lo mencionado anteriormente es verdadero, cabe agregar que ha servido también para alimentar ese nuevo mercado de productos, o sea, el de los instrumentos de monitoreo electrónicos – tobilleras, pulseras, chips para agregar al cuerpo, etc. – producidos por empresas nacionales y transnacionales que, cada vez más, aseguran a los Estados amplias prestaciones de servicio, o sea, desde servicios logísticos, informaciones, seguridad electrónica, entre otros, lo que significa una fuerte tendencia de desmoronamiento de la distinción entre la gestión pública y privada, de las crisis y de las necesidades, en este caso, de los sistemas penitenciarios. Al ser verídica esa afirmación, como se verá, (en el cuadro de responsabilidades por violación de derechos humanos) deberán también inserirse los actores privados que, paulatinamente, asumen funciones que siempre fueron desarrolladas por el Estado.

Ese diseño evidencia, inexorablemente, que la sustitución de la culpabilidad por la peligrosidad, la fragilidad de la búsqueda de la verdad en proceso, la falta de respeto a los límites de la pena, la quiebra de la presunción de inocencia como principio constitucional y convencional, la negación de las garantías del proceso indican, en su conjunto, una acelerada y profunda deshumanización del derecho penal. Se trata de una deshumanización mucho más sofisticada y sutil que aquella producida tradicionalmente por la tortura y por los tratamientos crueles y degradantes. Dicha deshumanización ocurre en las formas de actuación de actores públicos y privados más insidiosas y perniciosas, en la medida en que son presentadas en nombre de la protección social y de su seguridad.

1.2. La deshumanización del derecho penal

La historia muestra que la visión humanista, esencia del derecho penal moderno, fue muchas veces atacada, por ejemplo, se utilizó para justificar los regímenes totalitarios que proliferaron en el siglo XX. Por ello la tentación actual es instrumentalizar el derecho penal y banalizarlo. La referida banalización se realiza en nombre de la defensa de la sociedad, y de las potenciales víctimas, justifica la adopción del control social, de los individuos y sus cuerpos fundados apenas en la peligrosidad, remontándose así a la Escuela Positivista italiana[14]. Esta

14. DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Seuil, 2010, p. 41.

postura invierte totalmente la lógica en que se funda el derecho penal que es el de la responsabilidad después de reconocida la culpabilidad.

Ese derecho penal que monitorea y controla generalizando provoca como principal consecuencia lo "humano impersonal"[15] basado en la perversa presunción de que pertenece al grupo de los "peligrosos potenciales". Ello puede ocurrir cuando medidas de monitoreo se fijan más allá de la pena (sustituyendo la responsabilidad ya decretada y de contornos delimitados, por una peligrosidad aplazada y, quizás ficticia). De la misma forma ocurre cuando no hay culpabilidad reconocida y más allá de las previsiones legales que autorizan las prisiones preventivas, pero invariablemente con fundamentos en etiquetajes, individuos son sometidos a controles electrónicos.

En el camino de la lógica global de la seguridad y en la tentativa de resolver, en parte el problema de la crisis del sistema penitenciario, Brasil en la primera década del siglo XX empieza a adoptar los mecanismos de monitoreo electrónico. A continuación será desarrollado.

2. De las prisiones a las medidas de monitoreo electrónico en Brasil: las bases jurídicas, las prácticas, los riesgos de violación de los derechos humanos y la responsabilidad de los actores

2.1. La base legislativa

A pesar de que el uso de los dispositivos de monitoreo sustitutos de las prisiones haya surgido en Estados Unidos en la década del 60 del siglo pasado y haya sido colocado en práctica en los años 1980, el tema comenzó a ocupar la atención de la agenda de Brasil apenas al inicio del siglo XXI.

Pero el monitoreo electrónico[16] fue introducido en el País, en primer lugar para ser aplicado a reos ya condenados, por medio de la Ley 12.258 de 2010[17]. La

15. DELMAS-MARTY, Mireille. *Résistir, responsabiliser, anticiper.* Paris: Seuil, 2013, p. 106.

16. El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2017 relativo a las medidas para reducir las prisiones preventivas, publicado bajo la Relatoría del Comisionado James Cavallaro, indica fuentes normativas concernientes a la adopción del monitoreo electrónico en numerosos países de América Latina. Véase en: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Medidas para reduzir as prisões preventivas, San José, 2017, p. 84-86. Disponible en: [http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf]. Acesso en: 06.01.2018.

17. El proyecto que la originó ha tenido innúmeros vetos por parte de la Presidenta de la República Dilma Roussef.

referida ley alteró la Ley de Ejecuciones Penales y así otorgó nueva redacción al artículo 122 previendo la posibilidad de monitoreo electrónico del condenado, en los casos de salida temporal de la prisión en el régimen semiabierto y en caso de prisión domiciliar, conforme lo establece el artículo 146-B, inciso II[18].

Un año después, fue editada la Ley 12.403/2011. Ese texto normativo alteró dispositivos del Código de Proceso Penal e insirió en el artículo 319 el inciso IX que prevé el monitoreo electrónico, entre otras, una medida cautelar diversa de la prisión. Detrás de la mencionada innovación legislativa había un intento de crear una medida sustitutiva – y no alternativa – la prisión preventiva, como una de las formas de evitar el encarcelamiento – entonces una política penal – y dotar al investigado/acusado de otras posibilidades de control, siempre que se cumplieran los requisitos del artículo 312 necesarios para que se adopte la prisión cautelar.

Seis meses después se sancionó el Decreto 7.627/2011 cuyo contenido reglamenta las previsiones del Código de Proceso Penal y de la Ley de Ejecuciones Penales que se refiere al monitoreo electrónico y establece el concepto, los derechos y deberes de la persona monitoreada, atribución de su gestión a los órganos penitenciarios (art. 4º) y el modo de su aplicación/utilización.

La literatura jurídica del País y la jurisprudencia de los tribunales muestran la pluralidad de prácticas judiciales relativas a la aplicación del monitoreo electrónico, cuya aplicación por los jueces se banalizó, como justificativa responde mucho más a la crisis[19] de las unidades carcelarias, por falta de espacio. La mencionada crisis se debe al limitadísimo número o incluso inexistencia en muchos lugares, de establecimientos para acoger los presidiarios que gozan de régimen semiabierto. Así, lo que se constata es la falta de reconocimiento de que la prisión

18. Art. 146-B, inc. II y IV, de la Ley de Ejecuciones Penales. Vea se en: BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julio de 1984, Ley de Ejecuciones Penales. Instituye la Ley de Ejecución Penal. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm]. Acesso en: 06.01.2018.

19. Sobre la referida ver el voto del Ministro Gilmar Mendes en el caso de la sentencia del RE 641320/RS interpuesto por el Ministerio Público del RS contra el Estado de Rio Grande do Sul. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Decision que reconoció em parte el derecho al cumplimiento de la pena en régimen menos gravoso ante la falta de vacantes en un establecimiento penitenciario adecuado. Recurso extraordinário n. 641.320. Ministerio Publico del Estado do Rio Grande do Sul e Luciano da Silva Moraes. Relator: Gilmar Mendes. 11 mayo 2016. Disponible en: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372]. Acesso em: 08.01.2018.

debe ser la última medida, cuando estén presentes los requisitos para el decreto de la prisión preventiva.

De acuerdo a las orientaciones de la ONU sobre la tortura y en la etapa de las recomendaciones del SIDH – Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por medio de dos significativos informes[20]sobre las prisiones preventivas en América, así como en la etapa de las conclusiones presentes en las Directrices para Tratamiento y Protección de datos en el monitoreo electrónico de personas del DEPEN – Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de Justicia y por llevar en consideración al(a) potencial desencarcelador del monitoreo electrónico como medida cautelar diversa de la prisión y una efectiva sustitución a la privación de la libertad, y (b) la necesidad de reconocer que su utilización debe producirse en casos de estricta necesidad y en carácter excepcional, ya que el sistema prevé la posibilidad de libertad provisoria sin la restricción del monitoreo y que puede aplicarse una medida cautelar menos gravosa, fue publicada el 10 de noviembre de 2017 la Resolución n. 5 del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria[21].

Orientándose también, en la jurisprudencia del STF consolidada en la sentencia del RE 641320[22] y en la Suma Vinculante n. 56[23], el Consejo elaboró la Resolución n. 5 de modo que los dispositivos generales pudieran reflejar su definición, la excepcionalidad de su carácter y su aplicación con base en principios. Se previeron doce principios, como forma de orientar a los jueces de Brasil, seguramente para poner fin como se verá más adelante a las opciones discrecionales de esos actores y por ello a menudo arbitrarias, en el uso del monitoreo electrónico. Por

20. De los años de 2013 y de 2017. Disponible en: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas. San José, 2013. Disponible en: [http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf]. Acesso en: 06.01.2018 e en COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Medidas para reduzir as prisões preventivas, San José, 2017, p. 84-86. Disponible en: [http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf]. Acesso en: 06.01.2018.
21. BRASIL, Resolução n. 5 de 15 de noviembre de 2017. Dispone sobre la política de implantación de Monitoreo Electrónico y da otras providencias.Disponible en: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucao-no-5-de-10-de-novembro-de-2017-monitoracao-eletronica.pdf/view]. Acesso em: 22.01.2018.
22. Ver nota 18.
23. BRASIL, Superior Tribunal Federal (STF). Súmulas Vinculantes. Disponible en: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf]. Acesso em: 17.01.2018.

consiguiente, la referida Resolución por ser un texto legislativo de jerarquía inferior reproduce no sólo los principios constitucionales y convencionales, sino también otros presentes en la jurisprudencia penal, como el de la reserva de la ley o legalidad (inciso I); el de la subsidiariedad e intervención penal mínima (inciso II); el de la presunción de la inocencia (inciso III); el de la dignidad (inciso IV); el de la necesidad (inciso V); el de adecuación social (inciso VI); el de la adecuación jurídica (inciso VII); el de la provisionalidad (inciso VIII); el de la individualización de la pena (IX); el de la normalidad (inciso X); el de la protección de datos (inciso XI) y; el de menor daño (inciso XII).

2.2. La base jurisprudencial

El tema de la aplicación del monitoreo electrónico por la justicia se ha convertido en variado y polémico. Sería ser demasiado exigente en la investigación de este espacio, ante sus límites, referirse al comportamiento del ordenamiento jurídico sobre el tema. Sin embargo, la decision del Supremo Tribunal Federal nel Recurso Extraordinario (RE) 641320 del día 11 de mayo de 2016, anteriormente citado, por la propia naturaleza y finalidad del recurso extraordinario, es capaz de demostrar el grado de diversidad de la hermenéutica por jueces, que se distanciaron notablemente de la razón primera de la adopción de la supervisión electrónica que era evitar la detención, por lo tanto una medida cautelar de prisión preventiva o sustitutiva, para el control de los detenidos en régimen semiabierto, con salidas temporales y aquellas otras personas bajo arresto domiciliario. La lógica de seguridad, anclada en el miedo de la práctica de nuevos delitos y en el diseño estandarizado de peligrosidad, condujo a la utilización indiscriminada de estos controles, representado fuertemente, en Brasil, por el uso de tobilleras electrónicas.

No obstante, en el recurso extraordinario en análisis, el Ministerio Público de Rio Grande do Sul cuestionó la constitucionalidad de la decisión, en este caso, se autorizó el régimen semiabierto al penado condenado a régimen cerrado, debido a la falta de lugar en las cárceles de aquella Unidad Federal. El juicio fue la oportunidad otorgada a la Suprema Corte, a través de la fundamentación del Ministro Gilmar Mendes, para reconocer la existencia de una grave crisis carcelaria en el país, entre otros elementos no menos importantes. Lo cual se manifiesta en la falta de lugar en las unidades carcelarias y en los establecimientos de destino de los penados en régimen semiabierto. Por lo tanto, dada la ausencia de políticas públicas efectivas y consistentes para erradicar este problema, a pesar de las reiteradas recomendaciones de la SIDH para el país, el Ministro, reconociendo que es la naturaleza de la actividad jurisdiccional de un Tribunal Supremo la posibilidad de emitir decisiones manipulativas aditivas, las cuales atribuyen a las normas en

análisis por el Tribunal, incidencia normativa o contenido distinto del original, estableció parámetros para la aplicación del régimen semiabierto en el Brasil[24].

Sensibles al problema carcelario del país el Supremo Tribunal Federal decidió, que el monitoreo electrónico es una de las salidas para resolver autorizaciones judiciales para el beneficio del régimen semiabierto cuando no hay lugar para cumplir con el régimen cerrado, por un lado y por otro, cuando el régimen establecido al penado es semiabierto, pero por falta de establecimientos adecuados para acogerlos, no existe otra alternativa. En esta última hipótesis el Supremo Tribunal Federal amplió el uso de monitoreo, más allá de lo que prevén las leyes citadas en el punto 2.1 con fuerte fundamento para responder al problema de las cárceles no resuelto por el Poder Ejecutivo. Además, según el Supremo Tribunal Federal, el monitoreo electrónico sería una medida que, a pesar de ser incómoda y estigmatizar, traería menos incómodo que el régimen domiciliar[25]. Sin embargo, si el monitoreo electrónico parece ser menos grave en el caso de imposibilidad de penado cumplir con el régimen cerrado por falta de lugar, lo contrario, es decir, su aplicación indiscriminadamente para todos los casos de cumplimiento de pena en régimen semiabierto, viola las previsiones legales que establece parámetros claros apenas para dos casos.

¿Podría el Supremo Tribunal Federal fundamentar su decisión en "buenas razones" para terminar con un grave problema social, pero que sigue siendo, después de todo, por no respetar los derechos humanos de los penados, sometidos a la vigilancia, no como un reemplazo, sino como una exacerbación de la pena? Detrás del manejo de la técnica de manipulación aditiva, no se esconde una buena dosis de activismo judicial[26] ¿es decir, como todos sabemos, es incompatible con el estado de derecho que, por su naturaleza impone, en las democracias contemporáneas, límites a la actividad de los jueces? Qué hermenéutica constitucional y convencional debe hacerse de la Suma Vinculante nº 56 del 1º de agosto de 2016 que dice: "la falta de adecuado establecimiento penal no autoriza el mantenimiento de los condenados a prisión en un régimen más opresivo y cabe destacar, en esta hipótesis, los parámetros establecidos en el RE 641.320/RS" No obstante aclarada esta decisión, hay que decir que el monitoreo electrónico indiscriminado y generalizado tiene el potencial de violar los derechos humanos de los penados en muchas situaciones concretas, la situación de desconcierto, malestar, discriminación física y social que causa.

24. Ver páginas 14 a 43 de la Sentencia.

25. Ver páginas 14 a 19 de la Sentencia.

26. STRECK, Lenio; SALDANHA, Jânia. Ativismo e garantismo na Corte Interamericana de direitos humanos. In: DIDIER, Fredie; NALINI, José Renato et al. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

Además, no se puede ignorar el hecho de que una adecuada comprensión hermenéutica nos dice que las sumas, tanto como las leyes son textos. Y como tal, requieren interpretación por parte de los intérpretes. Por lo tanto, aunque las decisiones de la Corte Suprema son vinculantes, ya que es su última palabra en cuanto a la constitucionalidad, el intérprete tiene la prerrogativa de decir que violan la Constitución y las Convenciones de los derechos humanos. ¿Qué es lo que justificaría la modificación y evolución jurisprudencial, así como la capacidad de los Tribunales para revisar sus decisiones?

El hecho es que, aunque la decisión de la Corte Suprema, el monitoreo electrónico continúa usándose como una panacea para los males del sistema carcelario de Brasil. Los análisis de del DEPEN y el comportamiento de la Justicia brasileña confirman esta declaración.

2.3. La aplicación de las medidas de monitoreo electrónico por la justicia penal y la violación de los derechos humanos: la responsabilidad de los actores

El último informe del tema DEPEN sobre el tema, del año de 2015, indica que en el país había 18.172 personas bajo monitoreo electrónico[27]. Más recientemente, un medio de comunicación[28] informó a partir de los datos recolectados en los gobiernos estatales que en 2017, de los 622.000 penados del País, por lo menos 24.203 penados son monitoreados por el uso de tobilleras electrónicas. El escenario descripto en la investigación muestra una fuerte tendencia a ampliar ese número como alternativa no a la prisión, como medida de restricción de libertad, sino para "no resolver", contrariamente a lo que ya ha determinado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en numerosos casos, las malas condiciones estructurales de las cárceles en el país.

Esta lógica determina que el informe de DEPEN [29] indica que el país utiliza el sistema de monitoreo de personas condenadas que, según la ley de ejecución

27. BRASIL, Ministério de la Justicia. A implementação da política de monitoração eletrônica no Brasil. Brasília, 2015, p. 35. Disponible en: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf]. Acesso en: 18.01.2018.

28. MODZELESKY, Alessandra. MAZUI, Guilherme. Tornozeleiras eletrônicas monitoram mais de 24 mil presos no País, diz monitoramento. *G1*, 21 de julho de 2017. Disponible en: [https://g1.globo.com/politica/noticia/tornozeleiras-eletronicas-monitoram-mais-de-24-mil-presos-no-pais-diz-levantamento.ghtml]. Acesso en: 20.01.2018.

29. BRASIL, Ministério de la Justicia. A implementação da política de monitoração eletrônica no Brasil. Brasília, 2015. Disponible en: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf]. Acesso en : 18.01.2018.

penal, se benefician de algún tipo de medida de liberación y no deben ser sometidas a esta medida. Si la vigilancia no es algo nuevo, estas prácticas demuestran que lo que es nuevo en esta idea es que ella se desprende de la infracción penal cometida y legítima, con aspecto de veracidad, la aplicación de medidas por medio de monitoreos como es el caso de las tobilleras, pulseras electrónicas entre otros.

¿Cómo no sentir temor, entonces, de que aquello que se pregona como una solución plausible y posible para la crisis carcelaria, se transforme en motivo de nuevas – (además de las deplorables y deshumanas condiciones de los presidios brasileños) – violaciones de los derechos humanos de los penados? Como refiere Mireille Delmas-Marty[30] hay un doble desliz: el primero, del criminoso al criminoso potencial. El segundo, del criminoso potencial a las poblaciones que ofrecen riesgos.

En efecto, experimentamos apenas un paso para la deshumanización del derecho penal, revelada por nuevos léxicos asociados a sofisticadas tecnologías de información y comunicación y el trazado posmoderno de tipos "peligrosos" para justificar la vigilancia electrónica y sugerir la completa metamorfosis del ser humano en objeto peligroso. La despersonalización de la pena, la desconexión de la imposición del control electrónico de la situación particular y concreta del penado o la radicalización de la imposición de los mencionados controles, preventivamente, al estremecimiento de la ley penal, genera grupos de individuos – en general jóvenes, negros, pobres y con poca escolaridad – que podemos denominar de individuos "por falta"[31], es decir, aquellos a los cuales les faltan los recursos necesarios para asumir positivamente su libertad como individuos, sujetos de derechos, aunque criminosos o acusados de serlo.

Si el Poder Ejecutivo no ofrece alternativas reales para debelar la crisis del sistema penitenciario, mejor es tratar, según la lógica de la seguridad, los sospechosos de practicar crímenes, pero que no presentan los requisitos para un decreto de prisión preventiva previstos en el art. 282 del Código de Proceso Penal, como peligrosos imponiéndoles la restricción del monitoreo. Esta lógica justifica su aplicación para todos los penados en régimen semiabierto y no apenas para los casos de "salidas temporarias". Ocurre aquí la violación de los derechos humanos dado el evidente mantenimiento del estado de permanencia de la pena, que se transforma en un absoluto, al ser extendida más allá de los límites previstos en

30. DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Seuil, 2010, p. 47-48.

31. CASTEL, Robert. *La montée des incertitudes* : travail, protections, statut de l'individu. Paris: Seuil, 2009, p. 436.

la ley penal. Brasil, ingresa de esa forma en la lógica transnacional de la peligrosidad al demostrar el impase en que vivimos.

Hay aquí una "hipertrofia del riesgo"[32] que caracteriza a las sociedades contemporáneas, o sea, no es suficiente que el apenado haya cumplido su pena como prevé el sistema penal que lo autoriza a cumplir el resto de la misma en régimen semiabierto o abierto, como tampoco es suficiente la inexistencia de elementos capaces de justificar la prisión preventiva[33] dada la ausencia de peligro al orden público (a) y al orden económico (b); como también porque la prisión preventiva, en el caso concreto no es una exigencia de la instrucción criminal (c) ni para asegurar la aplicación de la ley(d). Él no se libra – al contrario es su gran víctima – de la lógica de la peligrosidad y por esta fuerza, el Estado extiende sus tentáculos, a veces manteniendo el condenado a vigilancia perenne, otras veces penalizando ilegalmente, antes de eventual condena futura, violando, de esta forma, la Constitución y las Convenciones protectoras de derechos humanos ratificadas y no respetando, que el sistema penal está orientado por la culpabilidad del acusado, reconocida en el momento de la condena (a), como por la presunción de inocencia (b).

Pero no menos grave es también el hecho de que el Estado, con esto, estimula el miedo social generalizado de inseguridad, sin preguntarse sobre los medios de disponer de los referidos mecanismos de vigilancia ni tampoco, si son necesarios. Al admitirse la necesidad de realizar cálculo de los riesgos, lo que se impone al Estado es evaluar la prioridad de los mismos para tomar decisiones adecuadas al Estado de Derecho.

Debe observarse el DEPEN, órgano del Ministerio de Justicia, y ligado al Poder Ejecutivo, presentó en su Informe de 2015 un rol de puntos críticos acerca de la aplicación del monitoreo electrónico. Este documento[34] relata que "se identificaron casos en los que, por ejemplo, todos los presos del régimen semiabierto con derecho a salida temporaria son monitoreados electrónicamente, una demonstración clara del exceso de control..."Si esta medida sustitutiva de la prisión, aparentemente, nace para promover el desencarcelamiento, el monitoreo en masa

32. CASTEL, Robert. *La montée des incertitudes* : travail, protections, statut de l'individu. Paris: Seuil, 2009, p. 36.

33. Veáse: art. 312 del Código de Proceso Penal. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de octobre de 1941.Código de Proceso Penal. Establece el código de Proceso Penal. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso en: 05.02.2018.

34. BRASIL, Ministerio de la Justicia. A implementação da política de monitoração de pessoas no Brasil. Brasília, 2015, p. 44. Disponible en: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf]. Acesso en: 08.02.2018.

tal como constatado por DEPEN evidencia que su aplicación ha sido estandarizada por el Poder Judicial. Las acciones de esta naturaleza provocan como efecto más perverso en el campo penal la violación de la individualización, de la necesidad, de la adecuación y de la proporcionalidad.

Se transmuta una medida que tiene carácter penal, prevista en el Código de Proceso Penal y en la Ley de Ejecuciones Penales en problema del sistema de seguridad penitenciaria. Es decir, tenemos aquí un problema de política en detrimento del derecho de los sujetos, penados o no, sometidos al monitoreo electrónico[35]. Por eso en su informe DEPEN afirma que mucho más que servir de solución para el encarcelamiento, el uso abusivo del monitoreo electrónico viola la dignidad porque genera inconvenientes a los monitoreados al ser sometidos a largas horas de espera en las colas para atención en las centrales de monitoreo.

Además de lo anteriormente mencionado, hay una falacia de la libertad. El informe demuestra que, muchas veces, los presos prefieren quedarse en la cárcel y no tener que vivir como si "llevasen la llave de la cárcel"[36] sin poder salir de allí. De hecho, la determinación de las llamadas "zonas de inclusión" y de "exclusión" imponen a los penados una vida limitada, con fronteras invisibles que violan su derecho de ir y venir, asegurado por la Constitución Federal.

La deshumanización tiene su primer escondite, en el efecto perverso de la decisión judicial que aplica el monitoreo electrónico (ya sea como medida cautelar sustitutiva de la prisión preventiva fuera de la previsión del artículo 313 del CPP) o como condición para el ejercicio por el preso condenado al régimen semiabierto, en cualquier situación y no solamente en aquellas del artículo 124 de la Ley de Ejecución Penal. Se trata de una fuga de la imposición de responsabilidad por el Estado, en los casos previstos en la ley penal, para una metamorfosis del ser humano en "objeto peligroso"[37].

2.4. La responsabilidad de los actores públicos y privados

El cuadro descripto de violación de la ley penal en la aplicación de las medidas de monitoreo electrónico desemboca indefectiblemente en la violación de

35. Esta subordinación del derecho a la política, en perjuicio de su autonomía y en favor de su funcionalidad, fue muy bien destacado por CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e em que sentido?* O problema atual da autonomia do direito. 10 ed. Lisboa: Piaget, 2012.

36. Ibid., p. 44.

37. DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Seuil, 2010, p. 48.

derechos humanos de los sujetos monitoreados y luego, origina la responsabilidad de los actores bajo el prisma del derecho interno y del derecho internacional. Es justamente en el "entre" de la voluntad imperiosa en encontrar alternativas – en el plano teórico – a la prisión y, del anhelo en reducir la crisis de las cárceles – en el plano práctico – por el uso de los dispositivos de monitoreo electrónico, que puede ser identificada la violación de derechos humanos y la responsabilidad de los actores por esas violaciones.

¿Pero de que violación de derechos humanos estamos hablando? Como se ha visto, podemos señalar una violación de doble faz que penaliza doblemente a los sujetos monitoreados. La primera de ellas como se demostró surge de la imposición de la medida de monitoreo a ser aplicada – por imposición del sistema judicial o por acuerdo hecho con el sujeto monitoreado – en rebeldía de las situaciones previstas en la ley. La segunda ocurre, ya sea cuando se aplica a la medida en ese primer caso o inclusive en las hipótesis previstas legalmente, cuando la ejecución de la medida somete el sujeto monitoreado a una situación ultrajante y degradante.

En el primer caso el uso del monitoreo electrónico podrá implicar una quiebra de la presunción de inocencia; en la imposición de la pena sin reconocimiento de culpa; en la violación del derecho de ir y venir libremente en el caso de la determinación de las zonas de inclusión/exclusión, en fin, viola el principio de la dignidad humana. Estas consecuencias, desde el punto de vista de los marcos globales del derecho internacional de los derechos humanos, violan los artículos 11º, 1 – relativo a la presunción de inocencia – y 13º, 1 – relativo a la libre circulación – de la DUDH – Declaración Universal de Derechos Humanos[38]. Violan, también, los artículos 2º, 1 – relativo a la no discriminación –; 7º – relativo a la interdicción de tratamientos degradantes –; 9º, 1 – relativo a una forma de privación de libertad – y 14º – concerniente a la presunción de inocencia –, todos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos[39].

De igual modo, el régimen de protección especial del derecho internacional de los derechos humanos es también violado. Obsérvese que el artículo 16º, 1 de la Convención contra la tortura y otros tratamientos o penas crueles, deshumanos

38. Veáse en: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal de Direitos Humanos. 1948. Disponible en: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf]. Acesso en: 18.02.2018.

39. Veáse en: BRASIL. Decreto n. 592 de 6 de julio de 1992. Dispone sobre la promulgación de actos internacionales y pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos. Brasília, 1992. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm]. Acesso en: 15.01.2018.

o degradantes[40] determina que cada Estado Parte estará comprometido a impedir que, en su territorio, sean practicados actos que constituyan un tratamiento o penas crueles deshumanas o degradantes, que no sean tortura, pero que fueron cometidos por un funcionario público o por otra persona en el ejercicio de atribuciones públicas, por su instigación o con su consentimiento. En ese caso, deberán ser aplicadas las obligaciones contenidas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por otras formas de tratamientos o penas crueles, deshumanas o degradantes. La hermenéutica correcta de ese dispositivo permite que sean interpretados los casos de imposición de monitoreo electrónico – en la forma de tobillera, como ocurre en Brasil –, cuando fuera de las hipótesis legales y en desconsideración con la adecuación, proporcionalidad y cuidado de la medida, como un acto judicial que caracteriza tratamiento degradante y deshumano.

En el contexto de la normatividad regional del derecho internacional de derechos humanos, protección similar es atribuida por los artículos 5º, 2; 7º, 2; 8º, 2 de la CADH – Convención Americana de Derechos Humanos[41].

En el segundo caso, la violación a la dignidad humana emerge en la forma de sumisión que el uso de dispositivos de monitoreo electrónico pueden provocar. Así, es posible constatar que no apenas derechos civiles y políticos son violados, sino también derechos económicos, sociales y culturales, y los daños que puedan ocurrir a la salud y al acceso al trabajo.

El informe del DEPEN[42] indica que la implementación del monitoreo electrónico consiste en una política pública cuyos objetivos son a) el desencarcelamiento; b) la inserción social con el acompañamiento psicosocial, a los efectos de que la medida cause el menor daño; sea adecuada y necesaria y respete la dignidad humana. Sin embargo, si este es un ideal teórico, el mismo documento demuestra que, en la práctica, el principio de la dignidad, como elemento fundamental del monitoreo, no es respetado. Esta situación se traduce, entre otras, en la exigencia

40. Veáse en: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. 1984. Disponible en: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/convencao_onu.pdf]. Acesso en: 22.02.2018.

41. Veáse en COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Disponible en: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm].

42. BRASIL, Ministério de la Justicia. A implementação da política de monitoração eletrônica no Brasil. Brasília, 2015, p. 35. Disponible en: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf]. Acesso en: 18.01.2018.

de que el sujeto monitoreado comparezca a las Centrales de Monitoreo, sin la existencia de los motivos legales para ello, como la violación de las áreas de inclusión/exclusión o en la faceta de la descarga de la batería de dispositivo electrónico. La exigencia de la comparecencia se vuelve abusiva, ya que somete a los sujetos monitoreados a horas de espera y colas en la calle, esperas en salones con estructuras muy precarias sin ser atendidos por profesionales destinados a brindar el apoyo técnico necesario para la plena implementación de las medidas de monitoreo, como, por ejemplo, psicólogos.

Específicamente, la situación ultrajante a la que están expuestos los sujetos monitoreados adviene de la débil consideración, tanto del Poder Judicial como de quien debe controlar el cumplimiento de las medidas, de los principios que deberían orientar esa política pública, o sea, la necesidad (a); la adecuación (b) y; la individualización(c). ¿La ceguera ante los principios mencionados y la lógica de la seguridad del "exceso de control", pueden justificar la situación, "normalizada" por el orden jurídico de Brasil, de transformar todos los penados al goce del régimen semiabierto, en sujetos monitoreados? El carácter de excepcional de esa medida se transforma en ordinaria, en nombre de una libertad, a menudo es una falacia.

Efectivamente, la inclusión social, uno de los motores de las medidas de monitoreo electrónico, se convierte en un ideal a ser seguido en la medida en que la restricción de circulación impuesta al sujeto monitoreado es una consecuencia inexorable de la sobredimensión del área de exclusión y de la mínima dimensión del área de inclusión[43]. Además, el uso de instrumentos de monitoreo electrónico fuera de las situaciones permitidas y/o no respetando la necesidad, la adecuación e individualización amplían el sentido de la pena por incrementar los factores de discriminación del sujeto, ya sea por ser considerado en la permanente condición de "sospechoso", o por ser etiquetado como individuo "peligroso".

De esta forma, el Estado y empresas privadas están involucrados en una relación híbrida[44] que tiene dos lados. Primero, por la naturaleza contractual de la relación jurídica que se establece entre comprador y vendedor/fabricante. El Estado, actor mayor que debe proteger los derechos humanos, al exacerbar el uso de instrumentos de monitoreo electrónico incumple la ley, la viola al no respetar

43. BRASIL, Ministério de la Justicia. A implementação da política de monitoração eletrônica no Brasil. Brasília, 2015, p. 44. Disponible en : [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf]. Acesso en : 18.01.2018.

44. GAYRAUD, Jean-François. *Théorie des hybrides* : terrorisme et crime organisé. Paris: CNRS Éditions, 2017.

derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales. Por otro lado, las empresas privadas – nacionales o transnacionales – saben que producen dispositivos cuyo uso implica violar derechos humanos y siendo así, asumen el riesgo de la corresponsabilidad.

Segundo, porque tal hibridismo adviene de la mezcla entre lo público y lo privado, en la medida que quien fabrica y vende también ha asumido la incumbencia de vigilar los sujetos monitoreados.

Las disposiciones internacionales mencionadas anteriormente se suman al derecho interno para que sea reconocida la responsabilidad del ente estatal. El ilícito estatal tiene dos aspectos: viola el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, ante su deber jurídico asumido internacionalmente y del deber moral de construir una comunidad mundial interhumana. Además ese no es un tema inédito. Al contrario, en sentencia del RE 580252[45] dictada el 17 de febrero de 2017, el Supremo Tribunal Federal tuvo la oportunidad de analizar la responsabilidad del Estado de indemnizar los presos por los daños causados por las deshumanas condiciones de las unidades carcelarias en el País. La misma hermenéutica puede ser aplicada cuando esas condiciones deshumanas y degradantes asumen la forma de monitoreos electrónicos arbitrarios e ilegales.

Entretanto, el deber estatal de construir una comunidad interhumana no se limita apenas a los Estados. Tratándose de valores vinculados a los derechos humanos, actualmente, más que una tendencia que se construyó a partir del derecho interno, se observa un esfuerzo verdadero para responsabilizar a los actores económicos. Así, el tema de la responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos está en la pauta de los estudiosos de la internacionalización del derecho. Ese es, de hecho y de derecho un enorme reto en la medida en que las empresas transnacionales[46], invariablemente, haciendo uso del *law shopping* y/o del *forum shopping,* buscan huir de la responsabilidad que el derecho interno, en muchos países, les impone.

45. Veáse en: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). Decisión que reconoció la responsabilidad del Estado por daños morales derivados del hacinamiento carcelario. Recurso Extraordinário nº 580.252. Anderson Nunes da Silva e Estado de Mato Grosso do Sul. Ministro Teori Zavascki. 11 septiembre 2017. Disponible en: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623]. Acesso en: 18.01.2018.

46. Véa-se: DELMAS-MARTY, Mireille. Trois dynamiques pour responsabiliser les États et les entreprises transnationales, *In :* SUPIOT, Alain. DELMAS-MARTY, Mireille. *Prendre la responsabilité aux sérieux.* Paris : Puf, 2015, p. 396-408.

Así, es posible pensar en la responsabilidad social y jurídica de las empresas fabricantes de los instrumentos de monitoreo electrónico. La misma se constituye por violación de derechos humanos, por el uso ilegal, discriminatorio y arbitrario de los mismos. Los cuales, autorizado por el Estado, porque los fabrican, o porque participan en conjunto con los agentes del sistema penitenciario, del monitoreo del uso por los sujetos monitoreados de los dispositivos de vigilancia. En estos términos, ¿en qué medida se establece la referida responsabilidad?

En el caso de Brasil, como visto, el artículo 4º del Decreto 7627 de 2011 establece que los órganos de gestión penitenciaria tienen la responsabilidad de la administración ejecución y control del monitoreo electrónico. Esta regla está más explícita en el artículo 10 de la Resolución 5 del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria al prever que cabe al Poder Ejecutivo estructurar a las Centrales de Monitoreo Electrónico. No obstante, el documento relativo a la Implementación de la política de monitoreo electrónico de personas en Brasil[47] informa que el equipo responsable por los servicios de monitoreo está compuesta por agentes del sistema penitenciario y de la empresa contratada que es la misma que fabrica.

En la hipótesis de que se mantengan estas prácticas ante la falta de respeto, por el Estado, de lo que prevé la Resolución 5 de 2017, ya sea por déficit presupuestario, o por desidia administrativa, la relación simbiótica entre lo público y lo privado en la práctica de la ilegalidad de la aplicación del monitoreo electrónico con la falta de respeto a las leyes internas y a las Convenciones de derechos humanos, se mantiene. En ese caso, ya sean empresas privadas nacionales o no, la consecuencia será la imposición de responsabilidad por daños morales, físicos y, quizás, patrimoniales, sufridos por los sujetos monitoreados. Finalmente, la instalación global y local de prácticas de bioseguridad, no prescinde de la colaboración entre lo público y lo privado y frente a esto, de un nivel de sofisticación y de capacidad de decisión superior que esos instrumentos de monitoreo electrónico son capaces de proporcionar en la era de las técnicas *high-tech* y de la "traçabilité"[48] de la identificación (quién es) y de la localización (¿dónde está?).

El fundamento de la responsabilidad de las empresas por corresponsabilidad en la violación de los derechos humanos ya se encuentra presente en un cuadro normativo internacional en construcción y en una doctrina jurídica que renueva en gran medida la teoría del derecho internacional.

47. BRASIL, Ministério de la Justicia. A implementação da política de monitoração eletrônica no Brasil. Brasília, 2015, p. 12. Disponible en: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf].

48. GROS, Fréderic. *Le principe securité*. Paris: Gallimard, 2012, p. 194-211.

La Observación General Nº 24[49], del 10 de agosto de 2017, del Consejo Económico y Social de la ONU, establece numerosas obligaciones de los Estados en virtud de las previsiones del Pacto Internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, frente a las actividades de empresas nacionales y transnacionales. Aunque el Consejo reconoce que en muchos países el derecho interno garantiza mecanismos jurídicos para responsabilizar a los actores privados por violación activa y pasiva de derechos humanos, como es el caso de Brasil, recuerda que las normativas internacionales también son plenamente aplicables a los mismos, no directamente, sino indirectamente en virtud de las responsabilidades estatales en virtud del Pacto, como la de la obligación de no discriminación, la de respetar y proteger.

Así, en el ámbito del deber de respetar, dice la Observación General 24[50], que los Estados serán responsables por actos de las empresas cuando estas actúen obedeciendo instrucciones o directrices de acciones que estén bajo el control del ente estatal (a) y; cuando la empresa esté autorizada por un acto normativo interno a practicar actos que sean prerrogativa del Estado (b).

De esta manera, la responsabilidad del Estado se impone, sobre todo, cuando los intereses económicos de los actores económicos se colocan en primer lugar por el ente estatal. Esto ocurre porque da prestigio a determinados segmentos específicamente o empresas en particular, como también porque lleva a cabo políticas que tienen efectos negativos sobre los derechos protegidos por el Pacto. El documento de la ONU hace una referencia a la responsabilidad del Estado cuando esos efectos son consecuencia de proyectos de inversión y que violan derechos de grupos especialmente vulnerables, como los autóctonos, mujeres, niños y trabajadores[51].

---

49. ORGANIZAÇÃO DS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Consejo Economico e Social. Observación general núm. 24. Nueva York, 2017. Disponible en: [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcIMOuuG4TpS9jwIhCJcXiumBy835dMBXxx3qbFbFIQsxmftFUOg56%2f9JM1LMnnqJ1PRyKELBcKJtCKvrXnf%2fIH]. Acesso en: 22.02.2018.
50. ORGANIZAÇÃO DS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Consejo Economico e Social. Observación general núm. 24. Nueva York, 2017. Disponible en: [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcIMOuuG4TpS9jwIhCJcXiumBy835dMBXxx3qbFbFIQsxmftFUOg56%2f9JM1LMnnqJ1PRyKELBcKJtCKvrXnf%2fIH]. Acesso en: 22.02.2018.
51. ORGANIZAÇÃO DS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Consejo Economico e Social. Observación general núm. 24. Nueva York, 2017. Disponible en: [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdIm-

Pero es posible ir más allá de lo que manifestó el Comité Económico y Social. Primero para afirmar que la responsabilidad estatal se impone cuando otros grupos, también vulnerables, sean alcanzados por políticas públicas que, a pesar de estar basadas en buenas intenciones, en definitiva, tiene el objetivo de prestigiar actores privados, si no directamente, al menos por omisión. Esta situación involucra las políticas de monitoreo electrónico de las personas encarceladas o en vías de serlo. Segundo porque además del deber de respetar, el documento de la ONU destaca la obligación del Estado de proteger los derechos humanos. Esa responsabilidad convoca la creación, por un lado, de un marco normativo para limitar y controlar la actividad de las empresas y, por otro lado, reivindica del Estado una intervención directa. Dicha intervención debe establecer medidas claras capaces de restringir actividades de comercialización de ciertos bienes y servicios a los efectos de proteger la dignidad humana, la salud de las personas, combatir el uso de productos que sean capaces de provocar discriminación y estereotipos sexistas, económicos y de origen social, etc.

Por lo tanto, si la Observación General 24 enfoca preferencialmente la responsabilidad del estado por el ilícito internacional, permite anticipar, que los actores privados no están inmunes a la responsabilidad por la violación de los derechos humanos. Si la creación de un marco normativo global para hacer responsable, social y jurídicamente las empresas por violación del derecho internacional de los derechos humanos y no es una solamente una necesidad. Por consiguiente es posible pensar que el "endurecimiento" de *soft law* vigente sobre el tema, por el derecho interno, es una vía posible para promover la reparación a las víctimas, pero antes brindarles medios jurídicos y acceso a la justicia capaces de garantizar efectivamente las reparaciones.

Se trata de pensar, entonces, en qué medida los Principios directivos de la ONU para las empresas transnacionales y otras[52], según su Relator – John Ruggie, cuando se aplican internamente, pueden llamar a la responsabilidad a esos actores por violación de derechos humanos. Ese documento prevé, entre otras menciones, que las empresas privadas tienen el deber de evitar violar derechos humanos, de remediar la incidencia negativa de sus actividades, servicios y productos sobre tales derechos (Principio 11). Esta responsabilidad se impone a cualquier empresa, independientemente de su porte, del sector de actuación, de su equipo personal, de su régimen de propiedad y de su estructura (Principio

nsJZZVQcIMOuuG4TpS9jwIhCJcXiumBy835dMBXxx3qbFbFIQsxmftFUOg56%2f9JM1LMnnqJ1PRyKELBcKJtCKvrXnf%2fIH]. Acesso en: 22.02.2018.

52. SUPIOT, Alain. *Principe solidarité*. Paris: Odile Jacob, 2015.

14). Las mismas tienen el deber de evaluar los riesgos de su actividad y de los productos que fabrican. Así, deben evaluar las incidencias negativas o potenciales sobre los derechos humanos, frente a sus actividades o de sus relaciones comerciales (Principio 18). El Informe John Ruggie, por otra parte, prevé que las propias empresas deberán tener la capacidad de prever la incidencia negativa de sus actividades sobre los derechos humanos y, por consiguiente, deben prever medidas de reparación o, como mínimo, colaborar para que la reparación se efectúe por medio de procedimientos legítimos (Principio 22).

No obstante, la existencia de discordancias doctrinarias, se puede afirmar a partir de los marcos normativos internos y del ya existente marco normativo internacional, que las empresas productoras de los dispositivos de vigilancia electrónica, y el ente estatal podrian ser responsables por las violaciones causadas a los derechos humanos. Dichos dispositivos suelen ser usados por los Estados de forma: estandardizada , impersonal, sin respetar la necesidad, adecuación y singularidad de cada caso. Esta responsabilidad seria de ambos a pesar de la justificativa del uso de los mencionados dispositivos basada en la necesidad de la inserción social de los penados condenados o en situación de prisión provisoria, así como la finalidad de debelar la "crisis de los sistemas penitenciarios". Esta responsabilidad puede ser de orden civil, penal y administrativa. Es correcto afirmar que ese es un gran reto que emerge entre el derecho internacional de los derechos humanos y la RSE – Responsabilidad Social de las Empresas – porque el ideal del Pacto Mundial de la ONU de que las empresas sean "protectoras" de los derechos humanos, se opone a la figura de las empresas "predadoras" de esos mismos derechos. [53]

Conclusion

Si hay una buena dosis de tecnicidad en este debate, no se puede ocultar un profundo cambio de significado del universo de los actores responsables. Antes apenas los Estados respondían. Actualmente, los actores privados no se escapan de esa responsabilidad. Además, hay otra modificación profunda respecto a la motivación para imponer la responsabilidad. No se trata de reconocer la violación del derecho humano e individual de la víctima. Consiste sí, en demarcar la necesidad de preservación y respeto de valores universales que pertenecen a toda la humanidad y que fueron reconocidos en los marcos globales y regionales protectores de derechos humanos. Este cambio de sentido desemboca en la multiplicación

53. SUPIOT, Alain. *Principe solidarité*. Paris: Odile Jacob, 2015.

de los responsables que, por fuerza de los valores comunes universales protegidos, responden solidariamente.[54]

Finalmente, si la fuerza de las cosas nos compele a admitir la necesidad de la utilización del monitoreo electrónico como una alternativa a la prisión y por lo tanto, en la condición de una medida quizás más humanizada del derecho penal, como indica el Informe de la CIDH sobre medidas para reducir la prisión preventiva[55] que, en el caso de Brasil, involucra un 40% del total de personas encarceladas, es necesario reconocer que el uso debe obedecer los criterios constitucionales y convencionales cuando además no haya otra medida menos gravosa y cuando su aplicación obedezca rigurosamente a las hipótesis que la ley penal autoriza, debido al principio de la legalidad.

Referencias

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de octobre de 1941. Código de Proceso Penal. Establece el código de Proceso Penal. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso en: 05.02.2018.

BRASIL, Ministério da justiça. Censo das unidades prisionais e dados agregados. Brasília, 2015. Disponible en: [http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias/resource/5652dceb-d81a--402f-a5c8-e4d9175241f5]. Acesso en: 04.01.2018.

BRASIL, Ministério de la Justicia. A implementação da política de monitoração eletrônica no Brasil. Brasília, 2015. Disponible en: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf]. Acesso en: 18.01.2018.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e em que sentido?* O problema atual da autonomia do direito. 10 ed. Lisboa: Piaget, 2012.

CASTEL, Robert. *La montée des incertitudes* : travail, protections, statut de l'individu. Paris: Seuil, 2009.

COMISSÃO Interamericana De Direitos Humanos (CIDH). Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Disponible en: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso en: 02.01.2018.

54. Ibid.

55. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Medidas para reduzir a prisão preventivas. San José, 2017, p. 157. Disponible en: [http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf]. Acesso en: 22.02.2018.

CORTE Interamericana De Direitos Humanos (CIDH) Medidas para reduzir a prisão preventivas. San José, 2017. Disponible en: [http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf]. Acesso en: 22.02.2018.

COMISSÃO Interamericana De Direitos Humanos (CIDH). Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas. San José, 2013. Disponible en: [http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf]. Acesso en: 22.02.2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Seuil, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Résistir, responsabiliser, anticiper*. Paris: Seuil, 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. Trois dynamiques pour responsabiliser les États et les entreprises transnationales. In: SUPIOT, Alain ; DELMAS-MARTY, Mireille. *Prendre la responsabilité aux sérieux*. Paris: Puf, 2015.

FOESSEL, Michaël. *État de vigilance* : critique de la banalité securitaire. Paris: Le bord de l'eau, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GAYRAUD, Jean-François. *Théorie des hybrides*: terrorisme et crime organisé. Paris: CNRS Éditions, 2017.

GARAPON, Antoine. *La raison du moindre État*: le néoliberalisme et la justice. Paris: Odile Jacob, 2010.

GROS, Fréderic. *Le principe securité*. Paris: Gallimard, 2012.

INSTITUTE for Criminal Policy Research (ICPR). World prision brief data: Brasil. Disponible en: [http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america]. Acesso en: 03.01.2018.

INSTITUTE for Criminal Policy Research (ICPR). World prision brief data: China Disponible en: [http://www.prisonstudies.org/country/china]. Acesso en: 03.01.2018.

INSTITUTE for Criminal Policy Research (ICPR). World prision brief data: Estados Unidos. Disponible en: [http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america]. Acesso en: 03.01.2018.

MODZELESKY, Alessandra: MAZUI, Guilherme. Tornozeleiras eletrônicas monitoram mais de 24 mil presos no País, diz monitoramento. *G1*, 21 de julho de 2017. Disponible en: [https://g1.globo.com/politica/noticia/tornozeleiras-eletronicas-monitoram-mais-de-24-mil-presos-no-pais-diz-levantamento.ghtml]. Acesso en: 20.01.2018.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). Consejo Economico e Social. Observación general núm. 24. Nueva York, 2017. Disponible en: [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcIMOuuG4TpS9jwIhCJcXiumBy835dMBXxx3qbFbFIQsxmftFUOg56%2f9JM1LMnnqJ1PRyKELBcKJtCKvrXnf%2fIH]. Acesso en: 22.01.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. 1984. Disponible en: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/convencao_onu.pdf]. Acesso en: 22.01.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal de Direitos Humanos. 1948. Disponible en: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf]. Acesso en: 18.02.2018.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico*: teorias e práticas entre mundializaçao e globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*. Disponible en: [http://www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/multicultural.html]. Acesso en: 20.02.2018.

STRECK, Lenio; SALDANHA, Jânia. Ativismo e garantismo na Corte Interamericana de direitos humanos. In: DIDIER, Fredie; NALINI, José Renato et al. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

SUPIOT, Alain. *Principe solidarité*. Paris: Odile Jacob, 2015.

ZACKSESKI, Cristina. MACIEL, Welliton Caixeta. Vigilância eletrônica e mecanismos de controle de liberdade: elementos para reflexão. *R. EMERJ*. Rio de Janeiro: v. 18, n. 67, ene-feb. 2015. Disponible en: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_459.pdf]. Acesso en: 16.02.2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O monitoramento eletrônico e os direitos e garantias individuais, de Juliana Burri – *RT* 904/475-493 (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
- Prisões brasileiras: o descumprimento da lei pelo próprio estado, de Cristina Zackseski e Beatriz Vargas Ramos – *RBCCrim* 139/143-170 (DTR\2017\7103).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2016\778855; JRP\2017\30865 e JRP\2018\285722.

Racionalidad instrumental del legislador y estereotipos sociales sobre la delincuencia: modelos de argumentación punitivista

Instrumental rationality of the legislator and social stereotypes on crime: models of punitive argumentation

José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Oviedo (España), Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas (D. Penal), Campus del Cristo.
paredesmanuel@uniovi.es

Recebido em: 30/04/2018
Aprovado em: 05/06/2018
Última versão do autor: 11/06/2018

Área do Direito: Penal

Resumen: El análisis de los discursos que los legisladores elaboran para justificar las propuestas de reforma legislativa que pretenden ampliar la intervención penal (creando o ampliando delitos, o agravando penas) permite detectar cuáles son los presupuestos conceptuales y los argumentos que se utilizan para defender los beneficios de la expansión punitiva. En el trabajo se estudian cuatro reformas del Código Penal español en sentido punitivista y se ponen de manifiesto los estereotipos y prejuicios de los que legisladores de todas las ideologías parten, a la hora de concebir el papel del Derecho Penal y sus efectos sobre los fenómenos de desviación social. Se concluye que los discursos político-criminales de los legisladores suelen carecer de rigor, limitándose a reflejar sus prejuicios y los de los grupos de presión y careciendo habitualmente de cualquier sustento empírico sólido.

Palabras clave: Racionalidad – Populismo punitivo – Prevención – Fines de las penas – Análisis crítico del discurso.

Abstract: Analysis of discourses elaborated by legislators to justify the proposals of legislative reform that intend to extend the penal intervention (creating or extending crimes, or aggravating penalties) allows to detect which are the conceptual presuppositions and the arguments used to defend the benefits of the punitive expansion. In the paper, four punitive reforms of the Spanish Penal Code are studied and the stereotypes and prejudices of those that legislators (of all ideologies) start from, when it comes to conceiving the role of Criminal Law and its effects on the phenomena of social deviation. It is concluded that the penal discourses of legislators usually lack rigor, only reflecting prejudices of legislators and lobbies, and usually lacking any solid empirical support.

Keywords: Rationality – Penal populism – Prevention – Function of sanctions – Critical discourse analysis.

Sumário: 1. Los discursos legislativos como objeto de estudio. 2. Racionalidad instrumental y función motivadora de la norma penal. 3. El destinatario de las normas penales: casos de estudio. 3.1. Cuatro modelos de destinatario. 3.2. Caso 1 (terrorismo). 3.3. Caso 2 (hurto). 3.4. Caso 3 (seguridad vial). 3.5. Caso 4 (violencia contra las mujeres). 3.6. Tabla comparativa. 4. Semántica del discurso legislativo sobre destinatarios de las normas. 4.1. Introducción. 4.2. Configuración del espacio semántico: dominios conceptuales predominantes. 4.3. Conceptualización: temas prominentes en cada discurso. 5. Categorización: tipología de delincuentes-modelo. 6. Crítica: estereotipos legislativos, ideología punitivista y realidad empírica. Bibliografía citada.

1. Los discursos legislativos como objeto de estudio

Todo legislador contemporáneo presume de proponer y de adoptar decisiones racionales. Más aún: presume asimismo de que sus decisiones resultan no sólo racionales, sino además también razonables desde el punto de vista de la razón pública[1]. Así, al menos en los discursos públicos, y especialmente en aquellos discursos públicos emitidos en las situaciones más intensamente institucionales (como ocurre, por ejemplo, con los declaraciones públicas de representantes del gobierno o de los grupos parlamentarios cuando presentan un proyecto de ley, con las exposiciones de motivos de dichos proyectos y con las intervenciones y debates en sede parlamentaria), parece casi imposible –más allá de algún caso anecdótico– encontrar ejemplos de líderes políticamente relevantes que declaren proponer o apoyar un proyecto de nueva ley o de reforma de una ley preexistente tan solo por razones puramente egoístas, expresivas o emocionales. Ocurre, en efecto, que, cuando menos en la cultura occidental, la racionalidad es concebida como una virtud, pero también (y, paradójicamente, al mismo tiempo) como un presupuesto (una condición trascendental, en el sentido kantiano), imprescindible para que un discurso práctico –en torno al actuar-– pueda cobrar sentido. Y que, además, en la cultura política occidental, también se considera que la razonabilidad intersubjetiva constituye una virtud política de primer orden.

Por supuesto, podría suceder que esta pretensión de racionalidad resultase simplemente mendaz: podría ocurrir que se tratase tan solo de un caso de hipocresía, ese –en palabras de La Rochefoucauld– "tributo que el vicio rinde a la

1. Por razón pública (en tanto que forma intermedia de justificación –intermedia, en comparación con el juicio puramente moral– de las decisiones morales colectivas y de las decisiones políticas) hay que entender la exigencia de que las reglas de racionalidad práctica que proponemos y aplicamos resulten les justificables o, cuando menos, racionalmente aceptables, a todos aquellos sujetos concernidos por la aplicación de dichas reglas: Quong (2017).

virtud"; es decir, que los legisladores, siendo conscientes del valor que se atribuye en nuestra cultura a la virtud de la racionalidad, disimulasen, detrás de sus alegaciones de estar actuando racionalmente, puros intereses, puras emociones o puras. Y, desde luego, algo de eso hay siempre: sabiendo cómo transcurre la dinámica política real, ni siquiera el más desinteresado y sereno de los líderes políticos puede ni debe prescindir por completo de las implicaciones emocionales, simbólicas y electorales de aquellas decisiones políticas que adopta. De manera que sí, es cierto: en algún sentido (limitado, cuando menos), existe siempre, cuando se propone un cambio legislativo, cierta hipocresía en las alegaciones de que se hace por (pura) racionalidad, por el "interés general".

Ahora bien, siendo esto cierto, también lo es, me parece, que no constituye toda la historia, sino tan sólo una parte. Que, por el contrario, también es verdad que, por regla general, y dentro de ciertos límites, los legisladores también tienen la intención, cuando proponen reformas legales, de obtener a través de ellas determinados resultados ligados (cuando menos, según el marco de creencias en el que ellos piensan) al "interés general". Y que tal intención es, muchas veces (aunque, desde luego, no siempre), sincera. Es decir, que, como regla general, la acción legislativa no es, ni puede ser, nunca puramente racional, pero tampoco es puramente irracional: es (como toda acción humana y, especialmente, como toda actuación política) el fruto de decisiones adoptadas a partir de una combinación inextricable de motivos racionales egoístas, de motivos racionales altruistas (pro-sociales, en beneficio de un interés colectivo) y de motivos "irracionales" (emocionales y/o expresivos)[2].

En este trabajo quisiera concentrarme exclusivamente en la segunda clase de motivos referidos: en aquella parte de la motivación del legislador para actuar que puede ser valorada como (conjunto de) motivos pro-sociales; aquellos que dependen de la intención de obtener, merced a la acción legislativa, un resultado beneficioso (según su punto de vista) para el "interés general" (definido igualmente conforme a su propio marco de creencias). Tal y como más arriba se indicó, la motivación pro-social del legislador es la que normalmente aparece de un modo más explícito, en forma de razones para actuar, en los discursos públicos que profiere –en especial, en los de perfil más institucional– y que están destinados a justificar la acción legislativa.

De entre dichas razones, unas harán referencia a argumentos de naturaleza moral y otras, en cambio, a argumentos de índole instrumental. Así, en el caso

2. Prescindo aquí de una característica adicional: que se trata de una decisión (de actuar) adoptada colectivamente. Sobre este último rasgo, vid. WALDRON (2005), pp. 29 ss.

concreto –el que aquí nos interesa– de las reformas penales por las que bien se crean o amplían delitos, o bien se crean o agravan penas, las razones morales aducidas por los legisladores para justificarlas suelen tener que ver con: 1º) la valoración moral que, conforme a determinados principios morales, que se pretende que son universalmente aceptados, debería otorgarse a la conducta prohibida y penada; y 2º) los sentimientos morales que la mayoría de la ciudadanía albergaría (sea esto o no cierto) en relación con dicha conducta.

Mucho puede y debe decirse respecto de estas dos clases de argumentos morales, con el fin de determinar críticamente cuál es su verdadera fuerza[3]. No obstante, yo aquí deseo concentrarme más bien en la otra clase de razones que el legislador suele aducir, intentando justificar la racionalidad de su empeño: las razones instrumentales. La racionalidad instrumental de una acción hace referencia a la idoneidad de la misma, en atención a los resultados que se pretende lograr con ella. En este sentido, una acción (legislativa, por ejemplo) es tanto más racional, desde la perspectiva meramente instrumental, cuanto mayor sea la coherencia entre las consecuencias causales de la misma que son previsibles y los estados de cosas que se desea que tengan lugar[4].

2. Racionalidad instrumental y función motivadora de la norma penal

En el caso concreto del Derecho Penal, la razones de índole instrumental aducidas para justificar la acción legislativa por la que se crean o amplían delitos, o se crean o agravan penas, suelen tener que ver con la función que la norma penal que se pretende promulgar debería cumplir en la etapa de conminación (en el momento, pues, en el que, mediante actos de habla, el contenido prescriptivo de la norma es comunicado a sus destinatarios). Por el contrario, resulta inusual que durante la discusión legislativa sobre el Derecho Penal sustantivo se haga referencia a los efectos de las normas en las etapas de enjuiciamiento o de ejecución penal. No, cuando menos, para traer a colación los argumentos principales del debate, que suelen tener que ver más bien con el momento de la conminación[5].

3. De unos y de otros me he ocupado ya en trabajos anteriores: por lo que hace a la primera clase (el delito como conducta inmoral y la pena como respuesta a la misa), vid. PAREDES CASTAÑÓN (2013); y en relación con la segunda (el delito como escándalo moral en contra de las creencias mayoritarias), vid. PAREDES CASTAÑÓN (2016).
4. KOLODNY/ BRUNERO (2013).
5. Hay, no obstante, excepciones: principalmente, en el caso de las reformas que afectan a las penas, cuando se discute de modo acerbo acerca de si una determinada pena está (por su naturaleza o por su magnitud) moralmente justificada, pueden aparecer

Así pues, en los discursos del legislador, junto con razones de índole moral, las razones de naturaleza instrumental que suelen alegarse para justificar la reforma legal que crea o amplía un delito, o que crea o agrava una pena, habitualmente tienen que ver con la función de motivación que las normas penales deberían cumplir en el momento de la conminación. Lo que se suele argumentar, en efecto, es que la creación de un delito (sea porque el delito no existía previamente, o porque la conducta en cuestión anteriormente no resultaba subsumible en el mismo, o lo era en uno menos grave), o la agravación de su pena, constituyen acciones idóneas para producir (o, si se trata de una agravación, para incrementar) el efecto de motivación que la norma penal es idónea para causar en sus destinatarios; un efecto que, en tanto la reforma legislativa no tenga lugar, no se produce, de manera que –se sostiene- existiría un grave riesgo de que la política pública (de no intervenir prohibiendo y sancionando, o sancionando más) tuviese efectos criminógenos, incentivando mediante la omisión la realización de conductas desviadas respecto de las normas de comportamiento social deseable.

El modelo de secuencia causal que parece estar implícito en este tipo de discurso es el siguiente:

— La conminación mediante la norma penal (mediante su creación y ulterior comunicación reiterada) es un acto de habla, a través del cual el legislador-emisor (actuando como mensajero del Estado) pretende transmitir un mensaje al destinatario de la norma-receptor. Un mensaje cuyo significado es una combinación de prescripción y de amenaza: prescripción (acto de habla directivo), por cuanto se prohíbe realizar una determinada clase de acciones; y amenaza (acto de habla conmisivo)[6], en la medida en que se promete causar un mal al receptor, en el caso de que no cumpla con la prohibición.

---

argumentos adicionales –en todo caso, siempre de importancia secundaria– relacionados con la racionalidad instrumental del proceso de determinación de la penal o de su régimen de ejecución. Así ha ocurrido, por ejemplo, recientemente en España, en relación con la pena de prisión permanente revisable (introducida por el legislador español en la reforma del Código Penal de 2015), cuando se discute sobre la racionalidad de su régimen de revisión. Y algo parecido viene ocurriendo en el debate internacional acerca de la pena de muerte, en el que en ocasiones se argumenta en torno a la ineficiencia (por su lentitud y por su coste) del proceso de aplicación de la pena. Debe observarse, sin embargo, que en ambos casos los argumentos referidos a los momentos de la imposición o de la ejecución de la pena son siempre secundarios. Y más aún lo son los relativos a la racionalidad instrumental de dichos procesos, dado que el debate se concentra principalmente en cuestiones de justificación moral.

6. Sobre los conceptos de la teoría de los actos de habla aquí implicados, vid. SEARLE (1991), pp. 459-466.

— En las condiciones idóneas, el mensaje transmitido introduce uno o varios motivos adicionales (a los que previamente hubiera ya) en el proceso de motivación del destinatario de la norma que determina sus acciones.

— En tales condiciones idóneas, cuanto más grave sea la acción que el emisor promete llevar a cabo (cuanto mayor sea la entidad de la amenaza), más intenso será el efecto motivacional de la conminación legislativa sobre el destinatario de la norma. De este modo, el efecto motivacional de la promulgación de un delito sería siempre, *ceteris paribus*, superior al de otras prescripciones. E igualmente, el efecto motivacional de una pena más grave sería siempre –en las mismas condiciones– más intenso al de una pena más leve.

De nuevo, serían muchas las observaciones críticas que podrían realizarse acerca del simplismo de este modelo de la secuencia causal que opera en el momento de la conminación penal. Simplismo, de una parte, por lo que hace al modelo de comunicación entre legislador y destinatario de la norma del que se parte, que parece ignorar las dificultades que en el proceso comunicativo introducen tanto la existencia de ruido ambiental (de naturaleza, sociocultural), que interfiere en la comprensión del mensaje normativo por parte de sus receptores, como lo idiosincrásicos que resultan ser siempre los procesos de descodificación por parte de estos[7]. Pero simplismo también, de otra, a la hora de concebir el proceso de motivación psíquica de los individuos, que es entendido sobre la base de un conductismo ingenuo, en el que se ignoran características de dicho proceso (su naturaleza de sistema complejo y la naturaleza no lineal de sus dinámicas) que hoy están completamente demostradas[8] y que vuelven dudosa –cuando menos– la hipótesis de que un incremento en la gravedad de la amenaza esté directamente correlacionado con la intensidad de la motivación aportada por la misma[9].

3. EL DESTINATARIO DE LAS NORMAS PENALES: CASOS DE ESTUDIO

3.1. Cuatro modelos de destinatario

En todo caso, mi objetivo aquí no es contrastar el modelo de motivación mediante normas prescriptivas que maneja el legislador con la evidencia al respecto

7. CUESTA (2000), pp. 95 ss., 155 ss. De hecho, muchas teorías criminológicas (como la de la anomia o la de las subculturas criminales) parten de tales dificultades de comunicación para intentar proporcionar explicaciones más convincentes de las dinámicas sociales que conducen a la realización de conductas criminales: vid. DOWNES/ ROCK (2011), pp. 151 ss.
8. CARVER/ SCHEIER (1998), pp. 250-262.
9. NAGIN (2013).

proporcionada por las ciencias empíricas, sino profundizar en los contenidos de dicho modelo. En este sentido, además de la –ya señalada– simpleza del modelo desde el punto de vista causal, lo más llamativo en el mismo resulta su ambigüedad a la hora de describir las características del tipo ideal de sujeto que sería el receptor del mensaje normativo, aquél a quien habría que motivar.

En efecto, el análisis de los discursos públicos que los legisladores emiten (especialmente, como indiqué, aquellos que poseen un carácter más marcadamente institucional) pone de manifiesto que, en realidad, aunque prácticamente en todos los discursos se parte, para justificar la racionalidad instrumental, de un único modelo de secuencia causal (en el que existiría una línea recta y sin desvíos desde la conminación por parte del legislador hasta el efecto motivacional en el destinatario, y en el que la intensidad de la una y del otro estarían correlacionadas), no en todos los casos se concibe de igual modo al sujeto que debe ser motivado. Antes al contrario, parecería más bien que los legisladores contemporáneos manejan, dependiendo de qué ámbitos de regulación se trate, modelos diferentes de sujeto destinatario de la norma penal. De manera que, en último extremo, el proceso de motivación que justificaría la acción legislativa resultaría ser, según los casos, notablemente diferente.

Propongo, en este sentido, que, con el fin de examinar esta diferencia de tratamiento en los discursos legislativos del sujeto destinatario de la norma penal encargada de motivarle, realicemos a continuación un seguimiento por extenso de los discursos de los legisladores (de los de perfil máximamente institucional: de las exposiciones de motivos y de los debates parlamentarios –especialmente, es este último caso, de las intervenciones de parlamentarios de los "partidos de gobierno") en cuatro casos ejemplares de reformas del Derecho Penal español: en materia de terrorismo, de "violencia de género" (violencia contra la pareja o ex pareja) o familiar, de seguridad vial y de delitos patrimoniales. Pudiendo, de este modo, comparar las muy diferentes operaciones de conceptualización y de categorización que se han introducido en cada uno de tales discursos, a la hora de intentar justificar, desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, las reformas.

3.2. Caso 1 (terrorismo)

En el año 2003 (VII Legislatura), el Gobierno español (Partido Popular) presentó en las Cortes Generales un proyecto de reforma del Código Penal que, entre otras cosas, proponía modificar las penas de los delitos de terrorismo y de los hurtos leves sin violencia ni fuerza en las cosas.

Obsérvese lo que se decía en relación con el primero de los temas. En la exposición de motivos del Proyecto:

> Pero, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento.
>
> (…)
>
> *La sociedad demanda una protección más eficaz* frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación *debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas* y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto.[10]

Y, luego, en los debates parlamentarios dentro de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados:

> […] mi grupo parlamentario, aun sabiendo lo que ha sido el efecto de ese instrumento de la legislación anterior de la redención de penas por el trabajo, puede *compartir la preocupación que han sentido algunos ciudadanos* cuando han visto que personas condenadas a muchos años de prisión, en algunos casos a más de 200 años de prisión, por el juego del límite máximo de cumplimiento de las penas, de la redención de penas por el trabajo y de alguna que otra actuación de algún juez de Vigilancia Penitenciaria, han estado en la calle –por así decirlo–, a los pocos años –pocos años comparados con estos 200–, a los 10 ó 17 años.[11]
>
> *La sociedad tiene derecho a tener garantías* de que cuando alguien que la ofendió terriblemente con un crimen múltiple, con un asesinato múltiple, con un coche bomba matando a cuatro personas de una sentada y disponiéndose a matar a

10. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (Boletín Oficial del Estado núm. 156, de 1 de julio de 2003). Disponible en: [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-13022]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.
11. Intervención del diputado Manuel Silva Sánchez (CiU) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 13.05.2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-761). Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.

> otras cuatro en cuanto tenga la menor oportunidad, […] ve reducida una condena de 120 años a 32, 22 ó 23 de cumplimiento efectivo, eso es a cambio de que esa persona ha dejado de ser ofensiva y una amenaza para el conjunto de la sociedad. Pero aún algo más, no solamente que esa persona individualmente ha dejado de ser ofensiva y una amenaza para el conjunto de la sociedad, sino que ha lanzado un mensaje de compromiso con la democracia constitucional y con las libertades suficientemente disuasorio en el entorno del que procede.[12]
>
> El Partido Popular se ha movido, se mueve y se moverá siempre dentro del Estado de derecho y la reforma introduce una serie de mecanismos jurídicos plenamente compatibles con la Constitución que se orientan a fortalecer el principio de seguridad jurídica, perfeccionar el ordenamiento jurídico penal con el fin de incrementar las penas para los delitos especialmente graves, como se ha puesto de manifiesto en el proyecto y en las enmiendas incorporadas, y *evitar posibles supuestos de práctica impunidad*.[13]

3.3. Caso 2 (hurto)

Obsérvese a continuación cómo, en cambio, se discutía (mismo momento, mismo proyecto de ley, misma situación política) acerca de la reforma del delito de hurto. Decía al respecto la exposición de motivos del Proyecto:

> La realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, *la delincuencia profesionalizada*. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, *delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada*.
>
> […]
>
> El presente texto establece, en primer lugar, medidas dirigidas a dar *una respuesta adecuada a aquellos supuestos* en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos

12. Intervención del diputado Juan Francisco López Aguilar (PSOE) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 13.05.2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-761). Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.
13. Intervención del diputado Leocadio Bueso Zaera (PP) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 13.05.2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-761). Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.

> cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales.[14]

Y, luego, en los debates de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados se dijeron cosas como las siguientes:

> […] *quién no está alarmado por algunas situaciones de delincuencia habitual o de multirreincidencia*, en el sentido técnico, de algunos delincuentes que, seguramente por dificultades operativas de falta de medios, de jueces, etcétera, *están en la calle, cuando deberían tener una sanción penal* motivada por la transgresión de normas a la convivencia que nos hemos dado.[15]
>
> Nuestro Estado democrático exige que las penas impuestas a los delincuentes reincidentes *no se determinen de espaldas a la trascendencia social que la irritación de los ciudadanos otorga a estas situaciones delictivas*.[16]
>
> […] lo que nos permite, con mayor corrección dogmática, *distinguir la persona que se dedica habitual y profesionalmente a cometer hurtos* del jovenzuelo que no lo debiera hacer pero lo hace un día que entra en unos grandes almacenes y se lleva un compact disc. Esto es lo que en el fondo todos aquí pretendemos distinguir, el delincuente primario, que en este caso perfectamente puede tener una pena de falta, del habitual, el profesional, el reincidente, que debe tener una pena superior.[17]

3.4. Caso 3 (seguridad vial)

En el año 2006 (VIII Legislatura) actuó en el Congreso de los Diputados una Comisión No Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de

14. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Subrayado mío.
15. Intervención del diputado Jaime Javier Barrero López (PSOE) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 17.06.2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-776). Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.
16. Intervención de la diputada Ana María Torme Pardo (PP) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 17.06.2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-776). Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.
17. Intervención del diputado Manuel Silva Sánchez (CiU) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 17.06.2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-776). Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.

Tráfico, fruto de la cual sería la posterior reforma de los "delitos contra la seguridad vial", promovida por el Gobierno (PSOE) e introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2007. En dicha Comisión se discutió –entre otras cosas– acerca de la función que podía cumplir el Derecho Penal en la represión de las conductas imprudentes en el tráfico automovilístico. Obsérvese en qué términos:

> […] el que exploramos hoy aquí es un *terreno mejor abonado, como también trataré de exponer, para la prevención e incluso para la educación*. […] Educación sí, prevención también, pero no habrá una política seria sin que también se otorgue su territorio, en este campo, al derecho penal.
>
> […]
>
> *En la línea del clásico concepto de prevención general, la probabilidad de ser sancionado y su coste asociado deberían ser suficientes e idóneos para reprimir esta clase de conductas* cuya faceta más trágica es, en muchos casos, su origen exclusivamente caprichoso o arbitrario, que se manifiesta en la simple y consciente adopción por parte del usuario de la vía de actitudes irresponsables debidas a la falta de una suficiente valoración del riesgo o a la inadecuada ponderación de sus consecuencias. Se trata por tanto de intervenir sobre esta lista de consecuencias, anteponiendo a las que resultan de la concreción final del peligro otras que permitan evitar su realización. Dicho de modo más claro, *se trata de hacer llegar al usuario el mensaje de que su conducta imprudente o irresponsable puede en efecto provocar un siniestro que genere daños personales y materiales irreparables a otras personas o a él mismo, pero incluso antes de ese efecto irreparable, el hecho mismo de conducirse de manera descuidada o temeraria debe acarrearle otros perjuicios serios*.[18]
>
> […] conviene una reflexión sobre qué puede hacer la legislación penal para reforzar el valor de la seguridad vial; entre otros […] *el de cumplir el objetivo que conceptualmente se denomina de prevención general y de prevención especial, es decir, el efecto preventivo, en la medida en que la ley penal, precisamente por la entidad del reproche, por su imponencia, está llamada a ejercitar una especial disuasión en la incursión en las conductas que merecen esa calificación*, lo cual intencionalmente tendría como objetivo disminuir la frecuencia de esas conductas y, al mismo tiempo, significar la intolerancia social con respecto de esas conductas a la vista del daño que acarrean y de los efectos que producen.

18. Comparecencia de Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fiscal General del Estado, en la sesión de la Comisión No Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico del Congreso de los Diputados de 23.11.2005 (Diario de Sesiones C núm. VIII-437. Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_437.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.

> […] sí quiero confirmar […] que la seguridad vial va a estar presente en este proyecto de reforma del Código Penal, y lo vamos a hacer […] sobre todo para expresar que el Código de circulación debe ser tomado muy en serio, que son muchos y muy importantes los valores que están involucrados en la actitud de los conductores en la seguridad vial.
>
> […]
>
> Esto tampoco puede asociarse de forma inmediata a efectos milagrosos o de impacto sobre la reducción de la siniestralidad, pero sin ninguna duda estará *lanzando un mensaje de compromiso muy potente y en el transcurso del tiempo está llamado a reducir esa tasa de siniestralidad* y el balance de dolor humano y de pérdidas que eso comporta.[19]

Con posterioridad, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2007 decía lo siguiente:

> Entre las resoluciones aprobadas como consecuencia del debate sobre el Estado de la Nación de 2006 se incluye la número diecinueve, en la que se declara, entre otros aspectos, que el Congreso de los Diputados considera oportuno impulsar la modificación del Código Penal, teniendo en cuenta las distintas propuestas que se están estudiando en la Comisión de Seguridad Vial del Congreso de los Diputados, con el objetivo de *definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes*.
>
> […]
>
> se presenta esta Proposición de Ley Orgánica de reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial, cuyo contenido básico persigue, de una parte, *incrementar el control sobre el riesgo tolerable* por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración. A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás, como ya venía haciendo el Código. *Las penas y consecuencias se incrementan notablemente* […].[20]

19. Comparecencia de Juan Francisco López Aguilar, Ministro de Justicia, en la sesión de la Comisión No Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico del Congreso de los Diputados de 20/6/2006 (Diario de Sesiones C núm. VIII-610. Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_610.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.

20. Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia

3.5. Caso 4 (violencia contra las mujeres)

Por fin, en el año 2004 (VIII Legislatura) el Gobierno (PSOE) presentó a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que contenía, entre otras muchas, también propuestas de reforma del Código Penal. En el debate parlamentario de dicho Proyecto, en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados, se argumentaron cosas como las siguientes:

> Si *entendemos la ley como vinculada al concepto de prevención general*, que es un concepto interesante, *no el de prevención general negativa*, es decir, no que la gente se asuste ante el temor de la sanción, que es lo que suponían las teorías de la prevención general negativa, *sino la prevención general positiva, […] teniendo en cuenta que los tipos penales y la acción judicial pueden servir de pedagogía positiva para que los ciudadanos comprendan que esos comportamientos, […] es decir, eso, la prevención general positiva puede verse favorecida*, y yo no criticaría el exceso ni de la tutela judicial ni el exceso –entre comillas– de la acción penal en esta materia.
>
> […]
>
> Está visto que el aumento de las penas […] no garantiza ni resuelve nada en absoluto en relación con la disminución de los delitos. Sin embargo, la prevención general positiva […] ¿Qué es lo que pretende esta doctrina, este planteamiento sobre el sentido del derecho penal? Pues *pretende evitar la comisión de delitos por parte de la colectividad, conformando la conciencia jurídica de los ciudadanos para fomentar su adhesión al derecho y al reconocimiento de los valores que encarna, sus mandatos y sus prohibiciones, y así no sería el miedo sino la función comunicativa de los valores jurídicos la que llevaría a esta justificación*.[21]
>
> […] se planteó desde los que ampliamente hemos venido demandando esta ley en el pasado era *que se explicitara claramente la tolerancia cero frente a la violencia*. Es un objetivo que se ha planteado desde el feminismo y usted ha hablado muy bien desde su posición de feminista. La tolerancia cero se puede desprender del articulado, pero hay algunos aspectos que la hacen más visible con respecto a la violencia. Uno de ellos es sin duda el agravamiento de las

---

de seguridad vial (Boletín Oficial del Estado núm. 288, de 1 de diciembre de 2007). Disponible en: [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-20636]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.

21. Comparecencia de Gregorio Peces-Barba Martínez en la sesión de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados de 19.07.2004 (Diario de Sesiones C núm. VIII-64). Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_064.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.

> penas. Usted ha dicho que desde el feminismo no estaba muy de acuerdo con ese planteamiento y yo le pregunto cómo haría para que desde el articulado se hiciese visible de verdad la tolerancia cero contra la violencia en un amplio sentido, socialmente, culturalmente, de manera que la sociedad comprenda que efectivamente se ha emprendido un proceso en el que la sociedad en su conjunto y el Estado en particular, a través de sus instrumentos, no vamos a tolerar la violencia contra las mujeres.[22]
>
> Esto quiere decir –es una explicación muy sencilla– que las reformas legislativas que se han aprobado en este Parlamento *han producido que la mujer tenga una mayor confianza en la Administración*. Ahora tenemos mejores textos legales, tenemos una ley de la orden de protección que está funcionando correctamente en los órganos judiciales y en ese sentido podemos comprobar que *la mujer se siente mucho más protegida*.[23]

Y, en consonancia, la Exposición de Motivos de la Ley afirmaba que:

> En su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad.
>
> *Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza* plasmándolas en tipos penales específicos.[24]

22. Intervención de la diputada María Virtudes Monteserín Rodríguez (PSOE) en la sesión de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados de 22.07.2004 (Diario de Sesiones C núm. VIII-67). Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_067.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.
23. Comparecencia de Vicente Magro Servet en la sesión de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados de 08.09.2004 (Diario de Sesiones C núm. VIII-70). Disponible en: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_070.PDF]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.
24. Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Boletín Oficial del Estado núm. 313, de 29 de diciembre de 2004). Disponible en: [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-21760]. Acceso: 30.04.2018. Subrayado mío.

3.6. Tabla comparativa

En la siguiente tabla comparativa se recopilan las piezas centrales de cada uno de los cuatro discursos, para facilitar la apreciación de las diferencias entre ellos:

	Caso 1 (Terrorismo)	**Caso 2 (Hurto)**	**Caso 3 (Seguridad vial)**	**Caso 4 (Violencia de género)**
Exposición de motivos	"La sociedad demanda una protección más eficaz […] debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas […]"	"[…] la delincuencia profesionalizada. […] delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada. […] una respuesta adecuada a aquellos supuestos […]"	"[…] definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico […] evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes. […] incrementar el control sobre el riesgo tolerable […] Las penas y consecuencias se incrementan notablemente […]"	"[…] Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza […]"
Debate parlamentario	"[…] compartir la preocupación que han sentido algunos ciudadanos […]" "La sociedad tiene derecho a tener garantías […]"	"[…] quién no está alarmado por algunas situaciones de delincuencia habitual o de multirreincidencia, […] están en la calle, cuando	"[…] terreno mejor abonado, como también trataré de exponer, para la prevención e incluso para la educación. […]	"Si entendemos la ley como vinculada al concepto de prevención general […] no el de prevención general negativa […] sino la prevención

	Caso 1 (Terrorismo)	Caso 2 (Hurto)	Caso 3 (Seguridad vial)	Caso 4 (Violencia de género)
Debate parlamentario	"[…] evitar posibles supuestos de práctica impunidad."	deberían tener una sanción penal […]" "[…] no se determinen de espaldas a la trascendencia social que la irritación de los ciudadanos otorga a estas situaciones delictivas." "[…] distinguir la persona que se dedica habitual y profesionalmente a cometer hurtos […]"	En la línea del clásico concepto de prevención general, la probabilidad de ser sancionado y su coste asociado deberían ser suficientes e idóneos para reprimir esta clase de conductas […] hacer llegar al usuario el mensaje de que su conducta imprudente o irresponsable puede en efecto provocar un siniestro que genere daños personales y materiales irreparables a otras personas o a él mismo, pero incluso antes de ese efecto irreparable, el hecho mismo de conducirse de manera descuidada o temeraria debe acarrearle otros perjuicios serios."	general positiva, […] los tipos penales y la acción judicial pueden servir de pedagogía positiva para que los ciudadanos comprendan que esos comportamientos, […] es decir, eso, la prevención general positiva puede verse favorecida, […] evitar la comisión de delitos por parte de la colectividad, conformando la conciencia jurídica de los ciudadanos para fomentar su adhesión al derecho y al reconocimiento de los valores […]" "[…] que se explicitara claramente la tolerancia cero frente a la violencia […]"

	Caso 1 (Terrorismo)	Caso 2 (Hurto)	Caso 3 (Seguridad vial)	Caso 4 (Violencia de género)
Debate parlamentario			"[…] cumplir el objetivo que conceptualmente se denomina de prevención general y de prevención especial, es decir, el efecto preventivo, en la medida en que la ley penal, precisamente por la entidad del reproche, por su imponencia, está llamada a ejercitar una especial disuasión […] lanzando un mensaje de compromiso muy potente y en el transcurso del tiempo está llamado a reducir esa tasa de siniestralidad […]"	"[…] han producido que la mujer tenga una mayor confianza en la Administración. […] la mujer se siente mucho más protegida."

4. Semántica del discurso legislativo sobre destinatarios de las normas

4.1. Introducción

Por supuesto, las expresiones entresacadas no son más que las muestras más prominentes de los respectivos discursos que los legisladores han construido con

el fin de justificar la racionalidad instrumental de cada una de las propuestas de expansión punitiva (y que yo he seleccionado, para dotarles de una mayor visibilidad y posibilitar la comparación entre ellos). Conviene, por ello, reconstruir a continuación las estructuras semánticas subyacentes a cada uno de tales discursos.

En efecto, como siempre que se construye un discurso, son muy diversas las herramientas que se emplean para favorecer la producción del efecto comunicativo perseguido. En este caso, se trata de llevar a cabo, a través del discurso, varios actos de habla al mismo tiempo: además, por supuesto, del propio acto locutivo de decir, se pretende llevar también a cabo al mismo tiempo un acto de habla ilocutivo de (auto-)justificación (una acto expresivo, pues); otro acto ilocutivo directivo, para motivar a los oyentes a actuar (a votar a favor, en el caso de los restantes diputados y diputadas, y a aprobar la actuación del hablante, en el caso del resto del público); y, en fin, un cuarto acto de habla, este de naturaleza perlocutiva, consistente en que los oyentes se sientan convencidos por los puntos de vista aducidos[25].

Con el fin de tener éxito en el desarrollo de todas estas actividades comunicativas que se pretende realizar a través del discurso, se emplean toda suerte de herramientas lingüísticas y paralingüísticas: sintácticas, léxicas, retóricas, etc.[26] En nuestro caso, el aspecto que nos interesa destacar particularmente es el semántico: es decir, las estructuras conceptuales que se ponen en juego, mediante su expresión lingüística, a la hora de intentar construir discursos justificativos de esta índole[27].

En este sentido, el análisis semántico de los discursos más arriba expuestos pone de manifiesto que, en su elaboración, se han llevado a cabo las tres clases de operaciones semánticas que son usuales cuando se trata (como siempre se trata, en el contexto de discursos y de conceptos esencialmente discutidos, como habitualmente lo son aquellos que se emplean en el debate político)[28] de cons-

25. Sobre el fundamento teórico de los conceptos y clasificación de los actos de habla que se emplean en el texto, vid. SEARLE (1991); SEARLE (1994); AUSTIN (1996).

26. Vid. CASALMIGLIA/TUSÓN (2012), pp. 315 ss.

27. Evidentemente, en la práctica, los elementos semánticos puestos en juego en los discursos legislativos no operan de manera aislada, sino que se integran con el resto de elementos: muy señaladamente, con los recursos pragmáticos (la situación parlamentaria en la que se habla, el eco en los medios de comunicación, etc.). Vid. CASALMIGLIA/TUSÓN (2012), pp. 91 ss. No obstante, creo que el análisis crítico de los contenidos semánticos –que es el objeto de este trabajo– resulta ya por sí solo suficientemente significativo.

28. CONNOLLY (1993).

truir una estructura conceptual que, cuando se expresa lingüísticamente, debe proporcionar una nueva forma de percibir la realidad: aquí, no sólo más convincente desde el punto de vista teórico, de su verdad, sino también más adecuada en términos prácticos, por lo que hace a la racionalidad de la acción humana (estatal: legislativa) sobre dicha realidad.

La primera de las operaciones semánticas desarrolladas es una de *categorización*: consiste en la agrupación de diferentes significados de una unidad lingüística bajo una única categoría, caracterizada por alguna o algunas propiedades distintivas. La segunda operación que ha tenido lugar es una de *configuración del espacio semántico*: la puesta en relación de unos significados con otros, en un espacio mental común. Por fin, en tercer lugar, se ha llevado a cabo también una operación de *conceptualización*: empleando diversos conceptos, se da lugar a una determinada forma de representación de la realidad de la que se pretende hablar[29].

4.2. Configuración del espacio semántico: dominios conceptuales predominantes

No obstante, con el fin de iluminar más claramente cómo queda estructurado el espacio mental que se evoca en cada uno los cuatro discursos examinados, expondré la plasmación de dichas operaciones semánticas realizadas justamente en sentido inverso, empezando por las de conceptualización y acabando por las de categorización.

Caso 1: Puede observarse, así, en primer lugar, que, en el caso de los discursos justificativos de la reforma de los delitos de terrorismo, la prominencia dentro

29. Sobre todos estos conceptos, propios de la semántica cognitiva (en la que aquí me inspiro), vid. EVANS/GREEN (2006), pp. 206 ss.; CROFT/CRUSE (2008), pp. 25 ss.; HAMAWAND (2016), pp. 121 ss. Desde la perspectiva que aquí se adopta, por lo tanto, no se trata tanto (como ocurre en la concepción más más tradicional –la veritativo-funcional– de la Semántica: vid., por ejemplo, KEARNS (2011), pp. 24 ss.) de dar con una definición exacta del significado de los términos, proposiciones y discursos, cuanto de ser capaces de analizar los procesos de constitución de dichos significados. Precisamente, esta especial atención a los procesos históricos de configuración de los significados, propia del enfoque cognitivo, es lo que la convierte en una herramienta útil para el análisis crítico del discurso (vid. FAIRCLOUGH/WODAK (2000), pp. 367 ss.): puesto que no se limita a llevar a cabo una reconstrucción ideal de los significados en el sistema-lengua (la *langue* de la que hablaba Ferdinand de Saussure: SAUSSURE (2006), pp. 33-35, 40-42, 45-47), sino que, al intentar poner de manifiesto cómo se han llegado a crear dichos significados, presta especial atención a las interacciones (conceptuales y sociales) que en dicho proceso tienen lugar.

del discurso es otorgada ante todo a "la sociedad" y "los ciudadanos". Parece, en efecto, que son ambos términos (y los conceptos que representan) aquello que ha de constituir el elemento central del texto argumentativo que se desarrolla.

Caso 2: En cambio, cuando se trata de justificar la reforma del delito de hurto, la prominencia dentro del discurso parece otorgarse más bien a "los delincuentes" (profesionales, habituales).

Caso 3: En el caso de la reforma de los delitos contra la seguridad vial, el énfasis se hace sobre el término "prevención".

Caso 4: Por fin, al intentar justificar la reforma de los delitos de "violencia de género", los legisladores destacan como términos más prominente los de "confianza" y "mostrar firmeza".

Obsérvese, entonces, que en cada uno de los cuatro casos, los discursos emitidos por los legisladores proponen conexiones con muy diferentes dominios conceptuales[30]:

— En el *Caso 1*, el significado del discurso se concentra en la sociedad y la ciudadanía: en cómo una y otra perciben el fenómeno del terrorismo. Así, el dominio conceptual correspondiente es el acotado por términos como "sentimientos", "opinión pública", "indignación", "creencias", "justicia", "merecido", etc.

— En el *Caso 2*, en cambio, el significado más prominente en el discurso tiene que ver con los delincuentes, con los autores de hurtos; más exactamente, con determinados autores de hurtos (profesionales, habituales…). De este modo, el dominio conceptual al que se proporciona acceso se delimita por términos tales como "delincuente", "peligroso", "reincidente", "contumaz", "ladrón", "profesional del crimen", "problema de seguridad ciudadana", etc.

— En el *Caso 3*, se dota de prominencia a la cuestión del efecto de la conminación penal sobre los destinatarios de la norma, potenciales infractores. El dominio conceptual así evocado se constituye a partir de términos como "intimidación", "prevención", "tomarse en serio", "costes y beneficios", "racionalidad", "decisión racional"…

30. Vid. EVANS/GREEN (2006), pp. 230-231. Desde el punto de vista que aquí nos interesa (el de el impacto de las operaciones semánticas sobre los discursos –y la praxis– legislativas), el momento de la configuración del espacio semántico se revela decisivo: es en este momento en el que se ponen en relación significados que en principio proceden de campos radicalmente diferentes y en el que, mediante un proceso de entremezcladura (*blending*: EVANS/GREEN (2006), pp. 407-418), quedan asociados términos en principio distantes: "justicia" e "indignación", por ejemplo; o "ladrón" y "reincidente".

— Por fin, en el *Caso 4*, el significado más prominente es el de la confianza. El dominio conceptual queda, entonces, delimitado por términos como "tranquilidad", "confianza", "seguridad", "miedo", "autoridad", "consenso", etc.

4.3. Conceptualización: temas prominentes en cada discurso

Lo llamativo es, sobre todo, la diversidad de los dominios conceptuales evocados, cuando de lo que se trata en todos los casos es de lograr un mismo objetivo: justificar, desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, propuestas de reforma legislativa con un sentido punitivista (de creación de nuevas figuras delictivas y/o de agravación de sus penas). Es decir, prácticamente los mismos legisladores (los mismos partidos, a veces incluso las mismas personas, en legislaturas muy próximas, y sin que se hayan producido cambios significativos en los programas políticos respectivos), persiguiendo fines similares, alteran, sin embargo, significativamente los contenidos semánticos de los discursos justificativos que profieren, dependiendo de la temática de que se trate.

— Así, en el caso de la reforma de los delitos de terrorismo, los legisladores de los partidos españoles de gobierno dotan en todos los casos de preeminencia discursiva a la cuestión de la "justicia" de la pena; esto es, a la retribución, a través de la magnitud de la pena impuesta, del injusto y de las lesiones de bienes jurídicos propios de los delitos de terrorismo. Lo más relevante parece ser fijar para el delito aquella pena que sea sentida (que "la sociedad sienta") como justa. Y, en cambio, parecen bastante despreocupados de los efectos empíricos de la pena: si resulta o no intimidatoria, si es o no apta para resocializar, etc.

— En el caso de la reforma propuesta del delito de hurto, el tipo de argumentos que se aducen es de una índole completamente distinta. En este caso, en efecto, parece que lo decisivo, aquello que da pie a la justificación de la reforma, es la peligrosidad: la extraordinaria y específica peligrosidad criminal de ciertas categorías de personas, con una propensión, prácticamente irrefrenable (por profesionalización y por habitualidad), a la comisión de delitos patrimoniales. Delitos pequeños por su entidad individual, pero preocupantes por su gran número, así como por el hecho de que la sensación de inseguridad que crean en la ciudadanía proceda de una pequeña minoría de infractores. Se trataría, por consiguiente, de acertar con el tratamiento a través de medios jurídico-penales de esa pequeña minoría, la única verdaderamente preocupante de entre quienes suelen cometer delitos de hurto. Y, en este sentido, "acertar" equivale a hallar una reacción punitiva lo suficientemente eficaz para neutralizar (o reducir a mínimos) la peligrosidad criminal específica de ese grupo de delincuentes.

— En el caso de la delincuencia vial, el enfoque del legislador a la hora de justificar la extensión de la intervención penal es muy otra: aquí, se trataría más bien de llevar a cabo una operación de motivación sobre los potenciales infractores de la normativa sobre seguridad vial, para, en el mejor de los casos, convencerles del valor de la prudencia en el tráfico automovilístico ("educarles"). O, cuando menos, aun en el peor de los casos, hacerles comprender que no vale la pena infringir dicha normativa: que los costes de hacerlo (entre otros, los de soportar la sanción penal) siempre superan a los eventuales beneficios de la imprudencia.

— Por fin, la justificación legislativa para el incremento de la intervención penal en los casos de "violencia de género" (violencia física o psíquica contra la pareja o ex pareja) pone el énfasis en el objetivo de inducir determinados sentimientos y creencias en las víctimas y potenciales víctimas (las mujeres): en tranquilizarlas, en hacerlas confiar en el Estado y en el Derecho, etc. De manera que la reforma legislativa punitivista iría dirigida principalmente a promover y reforzar ese mensaje tranquilizador, asegurador.

En resumidas cuentas, los objetivos instrumentales principales que los legisladores dicen perseguir con sus propuestas de expansión punitiva son, respectivamente:

— "Hacer justicia", en el caso de la punición de los delitos de terrorismo: retribuir el mal causado por los infractores, con una pena que tome en consideración la magnitud de dicho mal, tal y como es percibido por la mayoría de la sociedad (cuando menos, por aquellos a quienes los legisladores imputan la condición de mayoría).

— En el caso del hurto, neutralizar la (extraordinaria) peligrosidad criminal de una clase específica de infractores de esta norma: prevenir la reincidencia en la infracción de aquel subconjunto que, dentro del conjunto de los autores de hurtos, se caracterizan por su profesionalización en el delito y su dedicación habitual a la comisión de tales actos.

— En el caso de la delincuencia vial, intimidar a potenciales haciéndoles comprender el riesgo de su conducta, e intentando incluso que cambien de actitud hacia el riesgo derivado del tráfico automovilístico.

— Por fin, en el caso de la violencia contra las mujeres, tranquilizar a víctimas y potenciales víctimas, asegurándoles la protección efectiva del Estado e incrementando su confianza en dicha protección.

Así pues: retribución (terrorismo); prevención especial, principalmente inocuizadora (hurto); prevención general, principalmente intimidatoria (delincuencia vial); y prevención general positiva (violencia contra las mujeres). Cuatro objetivos diferentes que se proponen para las prohibiciones y para las conminaciones

contenidas en las normas jurídico-penales, dependiendo de la naturaleza de la infracción y de las características que se le presuponen al infractor. Y todo ello, insisto, sin que el cambio de discurso se justifique por una alguna alteración significativa ni en la realidad social ni en los programas políticos de partida.

5. Categorización: tipología de delincuentes-modelo

Con esto llegamos a la idea clave que quisiera apuntar, y que me parece que es la única que permite explicar esta llamativa diversidad en las estrategias argumentativas empleadas en cada uno de los casos. En mi opinión, resulta evidente que, a la hora de construir sus discursos justificativos de las medidas punitivistas propuestas, los legisladores españoles de los casos comentados están partiendo de categorizaciones muy específicas (aunque no lo hagan de manera completamente explícita) acerca de las dinámicas sociales (criminológicas) subyacentes a cada uno de los cuatro distintos fenómenos de delincuencia que intenta enfrentar a través de sus reformas. Y también, por consiguiente, acerca de las características propias de la categoría de delincuentes y de víctimas a las que la conminación penal pretende dirigirse; y sobre la forma concreta en la que la motivación de que es capaz el mensaje prescriptivo de la norma jurídica es capaz de actuar en cada caso.

— Así, en el caso del terrorismo, parece que el legislador parte de la base de que el delincuente terrorista es un individuo que ha sido objeto de un proceso de socialización exótica: cuando menos, a causa de las idiosincrásicas ideas políticas, morales o religiosas que ha adquirido, si no por el conjunto de su proceso de socialización. Debido a este exotismo, con él apenas podrían funcionar los mensajes motivadores de la norma, al resultar bastante inalcanzable por los mismos. De manera que a lo único que cabría aspirar racionalmente es a neutralizarle y, luego, a castigarle como la sociedad piensa que se merece. Sin esperanza, pues, de modificación en su conducta; ante todo y sobre todo, para "hacer justicia", para satisfacer las demandas sociales de una resolución justa del conflicto, entre el terrorista y la colectividad.

— También en el caso del autor habitual (y, muchas veces, también profesional) de delitos de hurto nos hallaríamos –según el legislador– ante un individuo difícilmente motivable por la norma penal. Pues, al igual que en el caso anterior, la socialización exótica (en este supuesto, cabe imaginar, a causa de su origen social marginal, o incluso extranjero –extranjero pobre) dificultaría, hasta hacer muchas veces imposible, la eficacia de la motivación normativa. De este modo, la única solución racionalmente disponible para el legislador consistiría en

articular herramientas normativas que permitan identificar a esa categoría de sujetos peligrosos y proceder a neutralizarlos hasta el límite de lo posible (de lo que resulte compatible con los límites, constitucionales y morales, que existen en el ordenamiento jurídico al incremento de las penas).

— Las cosas cambian, sin embargo, cuando se trata de justificar la intervención represiva frente a infractores de la normativa sobre seguridad vial. En este caso, el legislador presupone que tales infractores son individuos fundamentalmente racionales y que, por ello, cabe intentar motivarles, y lograrlo, mediante la intimidación inherente a la conminación penal; o, incluso, convencerles para que cambien sus esquemas de valores y pasen a respetar, convencidos las normas sobre prudencia en el tráfico automovilístico. El infractor vial sería, pues, un ciudadano con una socialización "normal". Y, debido a ello, con él sí que podría operar la conminación penal del modo que se considera "normal": motivando, intimidando, convenciendo…

— Por fin, en el caso de la violencia contra las mujeres a manos de sus parejas o ex parejas, el énfasis se pone no en las características de los autores, sino de las víctimas. De manera que el incremento de la intervención punitiva no se justificaría, desde el punto de vista instrumental, principalmente por su eficacia preventiva; ni tampoco siquiera por el efecto retributivo. Se trataría, pues, ante todo de reducir el miedo y la inseguridad del grupo social (las mujeres) que son potenciales víctimas de estas infracciones. Reafirmando el compromiso del Estado con su deber de protegerlas.

6. Crítica: estereotipos legislativos, ideología punitivista y realidad empírica

Así, debe observarse que en realidad, de acuerdo con los discursos de los propios legisladores, la razón para ampliar la intervención punitiva en estos cuatro ámbitos únicamente en dos casos (hurto y seguridad vial) tiene que ver principalmente con necesidades preventivas percibidas como reales, mientras que en los otros dos se fundamenta más bien en el deseo de transmitir un mensaje al resto de la sociedad (en el caso del terrorismo), o a una parte relevante de la misma (las mujeres, en el caso de la "violencia de género"). En estos otros dos casos, por lo tanto, se parte del presupuesto de que lo importante es el efecto simbólico de la reforma, no tanto su efecto real (sobre los individuos y grupos sometidos a investigación policial, procesamiento, condena, ejecución de las penas), que parecería más bien haber sido concebido como un "daño colateral" de normas con una finalidad primordialmente simbólica.

Más aún, aun en los dos casos en los que se pretende estar atendiendo a problemas criminales reales, necesitados de una intervención represiva más contundente,

tan sólo en uno de ellos (el de la seguridad vial) se parte de la base de que la conminación penal es capaz de modificar la conducta de los potenciales infractores, al motivarles racionalmente a respetar las normas jurídicas de conducta. En el otro supuesto, en cambio (en el del hurto), el objetivo explícito del legislador parece más bien la pura neutralización de la peligrosidad de un grupo de individuos a los que no se concibe esencialmente como racionales (dotados de una racionalidad humana común con la nuestra) y como conciudadanos, sino como meras fuentes de peligros, con las que intentar entablar cualquier comunicación racional es absurdo. Es decir, se apuesta por una regulación penal dirigida a (en la terminología de Günther Jakobs) "enemigos", no a "ciudadanos"[31].

Por fin, conviene llamar la atención sobre el hecho de que todas y cada uno de los puntos de partida conceptuales de los que el legislador parte, a la hora de construir sus discursos justificativos, constituyen más el fruto de estereotipos y prejuicios que de conocimientos empíricos demostrables[32]. En Semántica, se denomina estereotipos de un predicado a aquellos rasgos que se consideran típicos de los entes a los que el predicado puede aplicarse[33]. La existencia de estereotipos es una característica inevitable de las lenguas naturales y de los marcos

31. JAKOBS (2006), pp. 34-44.

32. Por supuesto, la pregunta que surge inmediatamente es la de cuál es el origen de estos estereotipos y prejuicios. Pues, aunque su asunción por parte de los legisladores resulte particularmente preocupante, parece evidente que la causa primera de su aparición no se debe a ellos, sino que los legisladores se limitan a recoger (de manera acrítica, eso sí) ideas que existen en la cultura que les rodea. Aunque, evidentemente, dar una respuesta fundada a la pregunta exigiría una investigación independiente, me permito apuntar al respecto dos ideas que –aunque necesitadas de verificación empírica– podrían iluminar algo al respecto. La primera es que los estereotipos referidos acerca de la delincuencia surgen en el entorno institucional de los legisladores, en aquellas organizaciones e instituciones que les rodean: sus partidos, los ministerios e instituciones públicas (policía, muy señaladamente), los grupos de presión con los que interactúan, los medios de comunicación que les escuchan y les influyen, los *think-tanks* con mayor influencia política… Es decir, se trata de estereotipos compartidos por (buena parte, cuando menos) de cierta élite política (vid. MUMBY/CLAIR (2000), pp. 263 ss., sobre las deformaciones que en los discursos provoca la existencia de organizaciones que se apoderen de ellos); pero no necesariamente –no, al menos, en la misma medida– por el resto de la sociedad. La segunda idea tiene que ver con la manera en la que dichos estereotipos son recibidos, como "saber técnico asentado" y, por consiguientemente, incuestionable. En otras palabras: la manera en la que los estereotipos y prejuicios entran en el discurso legislativo tienen mucho que ver con las limitaciones de los procedimientos de participación política, especialmente en materia penal (me he referido a esta cuestión en PAREDES CASTAÑÓN (2016), pp. 170-178.

33. HURFORD/HEASLEY (1997), pp. 108-109.

conceptuales en los que sus expresiones se apoyan, ya que viene favorecida por el principio de economía lingüística. Ahora bien, el uso crítico del lenguaje (que se debe exigir cuando se trata, como es el caso, de justificar actuaciones estatales de elevado coste, tanto humano como económico) demanda que los estereotipos en los que se basan decisiones de políticas públicas que afectan –como usualmente ocurre con las políticas públicas– a categorías completas de personas sean sometidos a una crítica científica, para separar lo que tienen de fundado de lo que obedece más bien a prejuicios o a ideologización[34].

En efecto, como en otro lugar he estudiado con mayor detenimiento, la construcción social de los conceptos de riesgo en los que se pretenden fundar las justificaciones de las prohibiciones y sanciones penales no es en absoluto un proceso inocente, sino que, como todo proceso de cognición social, está sujeto a abundantes sesgos, que deben ser detectados y combatidos: sesgos etnocéntricos (asignar características en función de mantener la coherencia del propio discurso), sesgos ideologizadores (asignar características que ocultan parte de la realidad) y sesgos de representatividad (asignar características sin tomar en consideración cómo lo ven el resto)[35].

En el caso concreto de la justificación de políticas criminales (y, en concreto, de actuaciones legislativas punitivistas), me parece que esta advertencia resulta particularmente pertinente: partir, como hace el legislador español en los casos que se han estudiado (y casi siempre), de que la gran mayoría de los infractores o potenciales infractores a los que el mensaje prescriptivo inherente a la conminación penal va dirigido carecen del nivel de racionalidad necesario y, por consiguiente, de la aptitud para ser motivados por el Derecho Penal, constituye no sólo un error de bulto desde el punto de vista teórico (puesto que la evidencia empírica demuestra justamente lo contrario), sino una palmaria manifestación de orientación político-criminal reaccionaria (compartida, por desgracia, a derecha e izquierda), que debe ser denunciada y combatida.

Un combate que deberá sustanciarse en dos planos diferentes. En el plano teórico, reclamando que la legislación penal deje de ser el fruto de los prejuicios (clasistas, racistas, nacionalistas) y de las obsesiones expresivas (y demagógicas) de los partidos políticos y de los grupos de presión, para pasar a sustentarse en sólidos estudios empíricos (criminológicos, sociológicos, etc.) acerca de la peligrosidad criminal, las posibilidades de motivación y de prevención, los efectos de las penas, etc.

34. ZUNDA (1999), pp. 313 ss.

35. PAREDES CASTAÑÓN (2003), pp. 18-24.

Pero también debe sustanciarse en el plano moral y político: denunciando la desidia de unos legisladores que vienen a reconocer paladinamente en su discursos (aunque no se atrevan a decirlo con todas las palabras) que la mayoría de los infractores a los que va dirigida la represión penal "no son como nosotros" (los buenos ciudadanos, se entiende), por lo que con ellos sólo cabe emplear la coerción más cruda (aprovechando, de paso, el esfuerzo para lanzar también mensajes tranquilizadores a los "ciudadanos decentes"). Denunciando que esto no sólo es falso, sino que es el punto de partida que permite justificar, con buena conciencia (en legisladores y público), todos los excesos y barbaridades del punitivismo.

En mi opinión, por lo tanto, aunque es cierto que los argumentos de racionalidad instrumental pueden conducir en ocasiones a excesos, actualmente existe una batalla previa, que es la de lograr que los legisladores penales se tomen en serio los problemas de racionalidad instrumental de la legislación, de manera que se apoyen en una teoría de la racionalidad de la ley penal digna de tal nombre, y no en el habitual catálogo de prejuicios sin fundamento y de lugares comunes vacuos. Porque discutir –en serio, quiero decir– sobre los efectos de las prohibiciones penales y de las penas, sobre las características reales de los infractores y sobre la posibilidad de influir sobre ellos efectivamente, sería ya (a pesar de los riesgos) un avance muy significativo sobre el lamentable estado de irracionalidad en la discusión legislativa actual.

Bibliografía citada

AUSTIN, John L. (1996): *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. G. R. Carrió/ E. A. Rabossi, Barcelona, Paidós.

CARVER, Charles S./ SCHEIER, Michael F. (1998): *On the Self-Regulation of Behavior*, Cambridge, Cambridge University Press.

CASALMIGLIA, Helena/ TUSÓN, Amparo (2012): *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*, 3ª ed., Barcelona, Ariel.

CONNOLLY, William E. (1993): *The Terms of Political Discourse*, 3ª ed., Princeton, Princeton University Press.

CROFT, William/ CRUSE, D. Alan (2008): *Lingüística cognitiva*, trad. A. Benítez Burraco, Madrid, Akal.

CUESTA, Ubaldo (2000): *Psicología social de la comunicación*, Madrid, Cátedra.

DOWNES, David/ ROCK, Paul (2011): *Sociología de la desviación*, Barcelona, Gedisa.

EVANS, Vyvyan/ GREEN, Melanie (2006): *Cognitive Linguistics. An Introduction*, Edimburgh, Edimburgh University Press.

FAIRCLOUGH, Norman/ WODAK, Ruth (2000): *Análisis crítico del discurso*, en VAN DIJK, Teun van (comp.): *El discurso como interacción social*, Barcelona, Gedisa, pp. 367-404.

HAMAWAND, Zeki (2016): *Semantics*, Sheffield, Equinox.

HURFORD, James R./ HEASLEY, Brendan (1997): *Curso de Semántica*, trad. E. de Miguel Aparicio/ I. López Fraguas, 2ª ed., Madrid, Visor.

JAKOBS, Günther (2006): *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, en JAKOBS, Günther/ CANCIÓ MELIÁ, Manuel: *Derecho penal del enemigo*, trad. M. Cancio Meliá, 2ª ed., Madrid, Thompson Civitas, pp. 21-56.

KEARNS, Kate (2011): *Semantics*, 2ª ed., Houndmills/ New York, Palgrave McMillan.

KOLODNY, Niko/ BRUNERO, John (2013): *Stanford Encyclopedia of Philosophy: Instrumental Rationality*. Disponible en: [https://plato.stanford.edu/entries/rationality-instrumental/]. Acceso: 26.04.2018.

MUMBY, Dennis K./ CLAIR, Robin P. (2000): *El discurso en las organizaciones*, en VAN DIJK, Teun van (comp.): *El discurso como interacción social*, Barcelona, Gedisa, pp. 263-296.

NAGIN, Daniel S. (2013): *Deterrence in the Twenty-First Century*. Crime and Justice, Chicago, n. 42, pp. 199-463.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2003): *El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del Derecho Penal del riesgo*. Revista Catalana de Seguretat Pública, Barcelona, n. 13, pp. 11-29.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2013): *La justificación de las leyes penales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2016): *Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales*. Libertas, Madrid, n. 4, pp. 153-202.

QUONG, Jonathan (2017): *Stanford Encyclopedia of Philosophy: Public Reason*. Disponible en: [https://plato.stanford.edu/entries/public-reason/]. Acceso: 26/04/2018.

SAUSUSURE, Ferdinand (2006): *Curso de lingüística general*, ed. C. Baily/ A. Sechehaye/ A. Riedlinger, trad. M. Armiño, Madrid, Akal.

SEARLE, John R. (1991): *Una taxonomía de los actos ilocucionarios*, trad. L. M. Valdés Villanueva, en Valdés Villanueva, Luis Maria (ed.): *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, Madrid, Tecnos, pp. 449-476.

SEARLE, John R. (1994): *Actos de habla*, trad. L. M. Valdés Villanueva, 4ª ed., Madrid, Cátedra.

WALDRON, Jeremy (2005): *Derecho y desacuerdos*, trad. J. L. Martí/ A. Quiroga, Madrid, Marcial Pons.

ZUNDA, Ziva (1999): *Social Cognition*, Cambridge, MIT Press.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Das penas e sua aplicação, Everardo da Cunha Luna – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/477-485 (DTR\2012\450388).

Whistleblowing no Brasil: uma análise das soluções *de lege ferenda* para internalização da delação externa no ordenamento jurídico brasileiro

Whistleblowing in Brazil: an analysis of de lege ferenda *solutions towards internalization of external denunciation in the Brazilian legal system*

Luciano Alberto Ferreira

Professor Adjunto do Centro de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade Federal de Roraima – UFRR. Mestre em Administração – Políticas Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Bacharel em Direito pela Faculdade Cathedral – FACE. Especializando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.
luciano.ferreira@ufrr.br

Marcos Pereira da Silva

Professor do Curso de Direito da Faculdade Cathedral – FACE. Mestre em Direito pela Universidade Estadual da Amazônia – UEA. Doutorando em Ciências Jurídica e Social pela UFF. Advogado criminalista.
mpuva@uol.com.br

Verçulina Firmino dos Santos

Professora Adjunta do Centro de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade Federal de Roraima. Doutora em Ciências Empresariais pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. Bacharel em Direito pela Faculdade Cathedral – FACE.
versulina.firmino@ufrr.br

Recebido em: 20.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 15.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este trabalho explorou as soluções *de lege ferenda* para regulamentação do *whistleblowing* na persecução penal de crimes a partir dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro diante da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Abstract: This paper explored the *de lege ferenda* solutions to regulate whistleblowing in the criminal prosecution of crimes based on the commitments made by the Brazilian State to the United Nations (UN) and the Organization of American States (OAS). From a qualitative approach,

Ferreira, Luciano Alberto; Silva, Marcos Pereira da; Santos, Verçulina Firmino dos. *Whistleblowing* no Brasil: uma análise das soluções *de lege ferenda* para internalização da delação externa no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. p. 433-458. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

Por meio de uma abordagem qualitativa, essas propostas foram analisadas à luz da legislação vigente e dos direitos e garantias fundamentais individuais. Para os fins específicos deste trabalho concluiu-se que as propostas apresentam algumas limitações para a institucionalização do *whistleblowing*: não especificação dos fundos para garantir a proteção do delator, omissão na definição dos órgãos responsáveis pela proteção do delator, transformação de projeto de lei em meros instrumentos do direito penal simbólico e aparente conflito com normas vigentes. Ademais, essas propostas tendem a engendrar uma polarização entre os direitos de garantia de liberdade dos acusados e a eficácia repressiva, considerando o direito à assistência jurídica e à ampla defesa e o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Palavras-chave: Processo penal – *Whistleblowing* – Convenções internacionais anticorrupção – Projetos de lei – Direitos e garantias fundamentais.

these proposals were analyzed taking into account the current legislation and the individual rights and fundamental guarantees. For the specific purposes of this work it was concluded that the proposals present some limitations for the institutionalization of whistleblowing: not specifying the funds to guarantee the protection of the offender, omission in the definition of the organs responsible for the protection of the offender, transformation of the bill into mere instruments of symbolic criminal law. In addition, these proposals tend to engender a polarization between the rights of guarantee of freedom of the accused and the repressive effectiveness, considering the right to legal assistance and the ample defense and the principle of the retroactivity of the most beneficial criminal law.

Keywords: Criminal process – Whistleblowing – International conventions anticorruption – Bills – Fundamental rights and guarantees.

Sumário: 1. Introdução. 2. *Whistleblowing*: definições e usos no direito anglo-saxão. 3. As convenções internacionais anticorrupção e a produção legislativa recente sobre *whistleblowing* no Brasil: características e limites. 4. Tensões de ordem constitucional: polarização entre os direitos de garantia de liberdade dos acusados e a eficácia repressiva das Técnicas Especiais de Investigação (TEI). 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

Este trabalho trata essencialmente do tema Direito Processual Penal, em seus aspectos relacionados à produção de provas na persecução de crimes. A pesquisa abordou, a partir das atuais propostas legislativas brasileiras, os limites legais do instituto jurídico do *whistleblowing* e sua compatibilização com os direitos e garantias fundamentais pátrios.

O objetivo geral deste trabalho foi apreender as limitações jurídicas das propostas legislativas para institucionalização do *whistleblowing* no Brasil.

Justificou-se a elaboração deste trabalho considerando aspectos factuais, doutrinários e dogmático-jurídicos, desde considerações quanto à criminalidade moderna ou criminalidade da globalização, e a premente necessidade de criação de um estatuto jurídico para o *whistleblowing* diante das dificuldades de produção probatória a partir do modelo de processo penal tradicional.

Considerando o objetivo proposto, os procedimentos de coleta, as fontes de informação e o tipo de pesquisa, este trabalho caracteriza-se como descritivo, bibliográfico, documental e qualitativo[1].

Optou-se pelo estudo das soluções *de lege ferenda* para regulamentação do *whistleblowing* que indicam a internalização de propostas de organismos internacionais para combate à corrupção, em especial o Projeto de Lei do Senado 664/2011, o Projeto de Lei 1.701/2011, o Projeto de Lei 3.506/2012, o Projeto de Lei do Senado 362/2015 e o Projeto de Lei 3.165/2015.

A Lei Federal 13.608/2018, aprovada em 10 de janeiro de 2018, não foi considerada neste estudo, uma vez que não trata das condições de obtenção e tratamento das informações auferidas com a atuação do delator externo nem específicas medidas protetivas a serem dispensadas a este delator.

2. *Whistleblowing*: definições e usos no direito anglo-saxão

A par das dificuldades práticas de ordem probatória na persecução dos crimes de alta complexidade, assim como dos riscos de ofensa aos direitos e garantias fundamentais[2], destaca-se neste trabalho a técnica da delação externa, também conhecida no direito anglo-saxão como *whistleblowing*.

1. A pesquisa descritiva está focada no estudo e na "descrição das características, propriedades ou relações existentes na comunidade, grupo ou realidade", por meio de observação, registro, análise e correlação de variáveis, sem manipulação. A pesquisa bibliográfica foi utilizada para se conhecer e analisar as contribuições existentes nas referências teóricas atuais a respeito do tema e seus reflexos, inclusive autores do direito comparado. A pesquisa documental deu-se por meio de investigação direta de projetos de leis em tramitação no Congresso Nacional, constitucionalidade dos atos normativos. Esta pesquisa foi utilizada com o fim de se descrever e comparar "usos e costumes, tendências, diferenças e outras características" (CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia científica*. 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1996. p. 49-50). A pesquisa qualitativa visa "descrever a complexidade de determinado problema e a interação de certas variáveis", considerando "que há um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números", com a interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados realizadas de forma básica (BORTOLOTI, Karen. *Metodologia da pesquisa*. Rio de Janeiro: SESES, 2015. p. 76-77).
2. Ver GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015; FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da; SANTOS, Verçulina Firmino dos. Garantias liberais e eficácia repressiva: controvérsias da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 137, ano 25, p. 197-222, nov. 2017.

Essa técnica está baseada na *tradição inglesa* do século XIII, do *qui tam*, termo que se refere à uma abreviatura do latim "qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur", que em tradução livre significa "aquele que processa nessa matéria para o rei também o faz por si mesmo"[3].

O desenvolvimento recente desse instrumento jurídico teve *grande impulso* com a luta global contra a corrupção no período da recessão econômica do início do século XXI, particularmente com a iniciativa estadunidense do *Sarbanes-Oxley Act*. Por conseguinte, a discussão sobre o tema tem se tornado muito mais sofisticada nos últimos anos em vários países, principalmente nos países de tradição jurídica predominantemente anglo-saxã, que já possuíam legislações específicas sobre o tema, como Reino Unido, EUA (Estados Unidos da América), Canadá e Holanda[4].

De se notar que, enquanto instrumento considerado relevante em convenções e normas internacionais, mormente a Convenção Contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA), que visam combater a corrupção, o *whistleblowing* findou tornando-se um fenômeno jurídico conhecido em vários países que originalmente não estariam muito envolvidos ou interessados, geralmente de tradição jurídica diversa dos países anglo-saxões, como Áustria, França, Alemanha, Itália[5] e Espanha, onde é conhecido como denunciante cívico[6].

3. PASHKE, Carolyn J. The qui tam provision of the federal false claims act: the statute in current form, its history and its unique position to influence the health care industry. *Journal of Law and Health*, v. 9, n. 1, Cleveland: Law Journals, 1994. p. 165.
4. A discussão sobre o uso desse instituto ganhou importância também com as recentes divulgações de Edward Snowden, ex-empregado da Central Intelligence Agency (CIA), que revelaram uma escandalosa intrusão dos serviços de inteligência estatais na privacidade dos cidadãos em escala global nunca visto antes (THUSING, Gregor; FORST, Gerrit. Whistleblowing around the world: a comparative analysis of whistleblowing in 23 countries. In: THUSING, Gregor; FORST, Gerrit (Coord). *Whistleblowing*: a comparative study. Cham: Springer Internacional Publishing, 2016. p. 5-6).
5. Idem. Recentemente a Itália adotou a figura do *whistleblower* por meio da Lei 190/2012 (AMATO, Giovanna. Whistleblowing and bribery prevention in Italy. A survey on the relevant criminal law issues of failure to report. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 62, p. 9-57, jul.-set. 2016).
6. RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denunciação interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do *whistleblowing*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, ano 25, nov. 2017. p 114.

Em termos de evolução conceitual, impende lembrar que o termo w*histleblowing* no âmbito jurídico e corporativo vem sendo explorado na literatura estadunidense pelo menos desde a década de 1980[7].

A partir de trabalhos realizados nesse período, especialmente das pesquisadoras Marcia P. Miceli e Janet P. Near, pode-se definir w*histleblowing* como a denúncia feita por membros de determinada organização de atos ou omissões ilegais, imorais ou ilegítimos cometidos, perante autoridades ou instituições internas ou externas que poderiam adotar medidas para corrigir a transgressão[8].

Tendo como referência trabalhos dessas pesquisadoras, Giovanna Amato assevera que o conceito de w*histleblowing* é caracterizado pelo fato de que as denúncias do *whistleblower* indicam a existência de práticas consideradas *wrongdoing*, ou seja, práticas ilegais, ilegítimas ou imorais, realizadas por meio de condutas comissivas ou omissivas, de forma que a definição de *whistleblowing* não esgota seu escopo de aplicação na revelação de crimes, independentemente de terem sido ou não consumados, mas abrange também a violação de regras internas da organização[9].

Nesse processo, o w*histleblower* (agente denunciante) carece de poder e autoridade para fazer a mudança e evitar as ilegalidades e irregularidades identificadas, devendo, portanto, apelar para alguém de maior poder ou autoridade reconhecida[10], interna ou externamente, pública ou privada.

Outro aspecto relevante a ser considerado no conceito de *whistleblowing* é a posição do denunciante em relação à autoria das práticas consideradas ilegais, ilegítimas ou imorais.

Em trabalho recente, a pesquisadora brasileira Juliana Magalhães Fernandes Oliveira define o w*histleblower* como um *delator externo*, "um terceiro sabedor de informações relevantes, seja por decorrência do exercício direto do seu trabalho, seja por razões eventuais", que não tem, a princípio, qualquer interesse na incriminação do delatado, uma vez que desse ato não se beneficia e não integra qualquer grupo criminoso[11].Sob esse prisma, o *whistleblower* pode ser considerado um delator externo, que busca uma recompensa pecuniária, e que, a

7. AMATO, Giovanna. Op. cit., p. 15.
8. MICELI, Marcia P.; NEAR, Janet P. *Blowing the whistle:* the organizational and legal implications for companies and employees. New York: Lexington Books, 1992. p. XV.
9. AMATO, Giovanna. Op. cit., p. 20.
10. MICELI, Marcia P.; NEAR, Janet P. Op. cit., p. 15.
11. OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. A urgência de uma legislação *whistleblowing* no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio 2015 (Texto

princípio, é inocente em relação à ilegalidade apontada, o que poderia ser considerado como moralmente irretocável se comparado ao delator interno da colaboração premiada, por exemplo, uma vez que, em regra, esse é coautor ou partícipe do ilícito delatado, mas que barganha liberdade ou diminuição de pena em detrimento da condição dos seus antigos parceiros de criminalidade[12].

No âmbito das fraudes corporativas ou contra a gestão pública, M. Megan O'Malley[13] e Juliana Magalhães Fernandes Oliveira[14] destacam como relevantes instrumentos legais na implementação de programas de incentivo ao *whistleblower* nos EUA o *False Claims Act*, o *Federal WhistleBlower Protection Act*, o *Sarbanes-Oxley Act* e o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*.

O *False Claims Act (FCA)* é uma lei federal americana que impõe responsabilidade a pessoas e empresas (especialmente empreiteiras) que fraudam programas ou projetos governamentais. É considerado o estatuto mais utilizado para denunciar fraude corporativa e má conduta, servindo de base para outras disposições federais e estaduais de denunciantes. Também conhecida como *Lincoln Law*, essa lei foi promulgada em 1863 para combater a fraude generalizada por empresas que vendiam alimentos de má qualidade, semoventes doentes e armas inservíveis ao Exército da União durante a Guerra Civil daquele século. Em vigor ainda hoje, essa lei permite que qualquer cidadão inicie um processo em nome do governo, sendo recompensado com uma parcela significativa da recuperação dos valores perdidos pelo governo (entre 15% e 30%), dependendo da atuação do governo no processo[15].

---

para Discussão 175). Disponível em: [www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td175]. Acesso em: 23.02.2018. p. 6-7.

12. Ver GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 205; FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da; SANTOS, Verçulina Firmino dos. Op. cit., p. 204 e RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Op. cit., p.111.
13. O'MALLEY, M. Megan. Whistleblower protections, retaliation issues, and investigative issues arising under the Sarbanes-Oxley Act and the Dodd-Frank Act. The American Bar Association Annual Meeting Section of Labor and Employment Law Cutting Edge Issues in Investigations, Chicago. *Anais*... Chicago, ABA, 2015. Disponível em: [www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor_law/am/2015/omalley.authcheckdam.pdf]. Acesso em: 23.02.2018.
14. OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. Op. cit., p. 7.
15. U.S. Code, Title 31, Subtitle III, Chapter 37, Subchapter III, § 3730. Civil actions for false claims (ver OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. Op. cit., p. 9 e Office of the Law Revision Counsel. United States Code. U.S. House of Representatives. Disponível em: [http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC=-prelim-titl31e-sectio3730n&num-0&edition=prelim]. Acesso em: 23.02.2018).

Dispositivos previstos nessa lei foram incorporados à lei contra fraude e recuperação de ativos, o *Fraud Enforcement and Recovery Act*, e mais recentemente uma emenda ao *Patient Protection and Affordable Care Act*, em 2010.

Enquanto o *FCA* protege os denunciantes que não trabalham para o governo, mas são sabedores de fraudes perpetradas por empreiteiros de obras públicas contra o erário, o *Federal WhistleBlower Protection Act*, modificado pelo *Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012 (WPEA)*, destina-se à proteção de funcionários públicos federais contra atos de retaliação após denúncias, prevendo medidas como a inversão do ônus da prova, direito de o servidor público obter honorários e custas decorrentes do litígio, proteção contra demissão sem justa causa, e "reintegração ao posto de trabalho ocupado, com indenização"[16].

A seu turno, o já mencionado *Sarbanes-Oxley Act (SOX),* cuja aprovação foi motivada por escândalos financeiros corporativos ocorridos no início deste milênio, prevê direitos e garantias a funcionários de empresas privadas de capital aberto que forneçam ou indiquem informações, ou, de outra forma, auxiliem em uma investigação sobre qualquer conduta que acreditem razoavelmente constituir uma violação às proibições de fraudes em geral, fraude por meios de comunicação, fraudes bancárias ou fraudes contra valores mobiliários e *commodities* (U.S.Code 18, Title 18, Part I, Chapter 63, §§ 1341, 1343, 1344 ou 1348). Entre as garantias e direitos previstos, destaca-se a proteção contra demissão, ameaça, assédio ou qualquer outra forma de discriminação[17].

Por fim, o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, promulgado em 2010, prevê o pagamento de um prêmio (entre 10% a 30% dos valores obtidos com as multas e outras sanções) ao delator que voluntariamente fornecer informação original capaz de conduzir à execução bem sucedida de uma ação judicial ou administrativa pelo órgão governamental responsável (Commodity Futures Trading Commission ou Securities and Exchange Commission) que resulte em sanções monetárias superiores a US $ 1 milhão[18].

16. OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. Op. cit., p. 9-10.

17. U.S. Code, Title 18, Part I, Chapter 73, § 1514A (Ver OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL. United States Code. U.S. House of Representatives. Disponível em: [http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC=-prelim-titl18e-sectio1514nA&num-0&edition=prelim]. Acesso em: 23.02.2018).

18. U.S. Code, Title 7, Chapter 1, § 26 e U.S. Code, Title 15, Chapter 2B, §78u-6 (Ver OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL. United States Code. U.S. House of Representatives. Disponível em: [http:// http://uscode.house.gov/browse/&edition=prelim]. Acesso em: 23.02.2018).

Em comum, todas essas leis engendram mecanismos de combate a fraudes e outros ilícitos baseados na proteção do *delator externo* e no *qui tam*. Esses mecanismos ou técnicas compõem o que se pode entender como meios de obtenção de provas fundamentados na eficiência, em especial diante de casos complexos em que a atividade probatória se mostra impraticável a partir de meios tradicionais[19], na mesma linha das Técnicas Especiais de Investigação (TEI), tais como a colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de agentes, técnicas previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se, assim, a técnica do *whistleblowing* como meio eficiente de obtenção de provas. De toda sorte, esse meio de obtenção de provas atende à evidente demanda decorrente da insuficiência probatória das investigações realizadas por órgãos externos à organização onde ocorrem os crimes e outros ilícitos de natureza corporativa[20], em um contexto em que a obtenção de provas deve não apenas ser compatível com a complexidade dos ambientes de operação dessas organizações, sejam públicas ou privadas, mas também suficiente para uma persecução penal que conduza à condenação justa, lastreada por provas acima de qualquer dúvida razoável, e que esteja em consonância com os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos.

Todavia, não obstante a aparente unanimidade global quanto à necessidade e viabilidade desta ferramenta, principalmente a partir das adesões às convenções dos organismos internacionais já mencionados, não se pode olvidar que o uso do *whistleblowing* também tem levantado vários questionamentos que nem sempre vem sendo adequadamente respondidos em todos os sistemas jurídicos[21].

Nesse sentido, algumas ponderações quanto ao uso do instituto em comento se fazem necessárias, máxime considerando não apenas a relação entre a delação

19. Ao discorrer sobre a prova da infração penal no âmbito dos crimes do colarinho-branco, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, apontou a complexidade probatória relativa aos crimes dessa natureza ao afirmar a insuficiência dos meios ordinários do processo penal vigente (STF, Pleno. AP 470, p. 9, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 17.12.2012).

20. Afetos aos crimes relacionados ao Direito Penal Econômico, também chamados de "crimes de colarinho branco", que incluem crimes contra a ordem econômica, contra a sistema financeiro, contra a administração pública, contra o mercado de capitais, entre outros (Ver PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015; SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, feb. 1940).

21. THUSING, Gregor; FORST, Gerrit. Op. cit., p. 4.

de condutas de colegas de trabalho próximos e a qualidade do convívio do denunciante, a idoneidade da motivação do denunciante e os incentivos determinantes para o início das investigações a partir da conduta de colaboração do denunciante[22], mas também as dificuldades para efetivação da proteção do delator, os possíveis conflitos com normas vigentes e as controvérsias quanto à legitimidade da atividade probatória, principalmente em relação aos direitos processuais dos acusados.

Consequentemente, urge uma análise quanto às possíveis limitações e possibilidades do instituto em comento a partir das iniciativas legislativas para sua internalização no sistema jurídico brasileiro.

3. As convenções internacionais anticorrupção e a produção legislativa recente sobre *whistleblowing* no Brasil: características e limites

As propostas legislativas sobre *whistleblowing* no Brasil atendem às principais convenções internacionais de combate à corrupção, destacando-se a Convenção Contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA)[23].

Promulgada no Brasil em 31 de janeiro de 2006 pelo Decreto 5.687, a Convenção Contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas, também conhecida como Convenção de Mérida, tem como uma das suas principais finalidades a prevenção e o combate *eficaz e eficiente à corrupção* nos setores público e privado.

Para tanto, destaca a necessária proteção dos denunciantes no seu art. 33, sugerindo que cada Estado parte incorpore em seu ordenamento jurídico interno as medidas julgadas apropriadas para a proteção de pessoas "que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção".

22. RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Op. cit., p. 110-111.

23. A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), tem como finalidade genérica "a obtenção de equivalência entre as medidas a serem tomadas pelas Partes", todavia, sem prever expressamente instrumentos ou medidas compatíveis com a definição apresentada de *whistleblowing*.

Sob o signo da eficácia repressiva, essa convenção também recomenda a adoção de medidas necessárias para a adoção de técnicas especiais de investigação, bem como a admissão das provas resultantes em juízo (art. 50).

A seu turno, a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos, promulgada no Brasil em 7 de outubro de 2002 pelo Decreto 4.410, tem como finalidade precípua o combate à corrupção.

Entre as medidas propostas destacam-se as medidas preventivas do art. 3º: criação, manutenção e fortalecimento de normas para "estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento" e de sistemas de proteção de funcionários públicos e cidadãos que denunciem de boa-fé atos de corrupção.

De se perceber que esses instrumentos jurídicos internacionais entabulam mecanismos de combate à corrupção e outros ilícitos, inclusive penais, baseados especialmente na eficiência da investigação e na proteção do delator externo, replicando modelo de delação já amplamente utilizado pelos EUA, conforme demonstrado.

Todavia, o sistema jurídico brasileiro não tem longa tradição na implementação desses modelos de incentivo ao delator externo, em que pese a recente alteração legislativa por meio da Lei Federal 13.608/2018, o que levanta relevantes indagações quanto à viabilidade inicial da internalização do *whistleblowing* no Brasil.

Nessa esteira, a demanda pela implementação de modelos de incentivo a delatores externos com foco na eficácia investigativa tem ensejado variados esforços legislativos objetivando inserir em nosso ordenamento positivo a figura do *whistleblower*.

Por conseguinte, merece destaque um estudo do estado atual das principais soluções *de lege ferenda* para a institucionalização do *whistleblowing* no Brasil[24].

Entre as propostas legislativas recentes foram analisados o *Projeto de Lei do Senado 664/2011*, que propõe alterar o "§ 3º do art. 5º do Código de Processo Penal para garantir retribuição pecuniária à pessoa que dá notícia de crime contra a Administração, de cujo processo resulte recuperação de valores"; o *Projeto de Lei 1.701/2011*, que propõe instituir "o Programa Federal de Recompensa e Combate

24. Ver MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. Técnicas jurídico-penais de prevenção à corrupção: *whistleblowing*. Disponível em: [https://canalcienciascriminais.com.br/corrupcao-whistleblowing/]. Acesso em: 22.02.2018.

à Corrupção por meio do qual o informante que contribui para a elucidação de crime contra a Administração e Patrimônio públicos, bem como para a recuperação de valores e bens públicos desviados, recebe recompensa pecuniária, e dá outras providências"; o *Projeto de Lei 3.506/2012*, que propõe o estabelecimento de programa de recompensa a delatores de delitos contra a Administração Pública; o *Projeto de Lei do Senado 362/2015*, que "Dispõe sobre medidas de proteção e de incentivo a trabalhadores que denunciem a prática de crime, ato de improbidade, violação de direitos trabalhistas ou qualquer outro ilícito verificado no âmbito da relação de trabalho"; e o *Projeto de Lei 3.165/2015*, que pretende instituir "o Programa de Incentivo à Revelação de Informações de Interesse Público".

Como já referido na introdução, a Lei Federal 13.608/2018 não foi considerado neste estudo, devido a sua omissão quanto aos aspectos relevantes na obtenção de provas: condições processuais de obtenção e tratamento das informações e especificação das medidas protetivas do delator externo.

O *Projeto de Lei do Senado 664/2011* propõe alteração do Código de Processo Penal, mais especificamente o § 3º do art. 5º, que passaria a assegurar ao denunciante externo 10% do valor que vier a ser recuperado nos casos de crime contra o sistema tributário ou contra a Administração Pública[25].

Nota-se que, diferentemente da legislação norte-americana, em especial do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, por meio do qual a execução pode derivar de ação judicial ou administrativa por órgão governamental responsável, a proposta brasileira restringe a atuação do *whistleblower* aos casos em que caiba ação penal.

De outra mão, não estabelece limite mínimo da sanção aplicada ao infrator para pagamento de recompensa ao delator externo, como *o Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, que exige sanções monetárias superiores a US $ 1 milhão para autorizar o pagamento de recompensa. A proposta também não deixa claro o fundo garantidor da recompensa, diferentemente da legislação norte-americana[26].

25. § 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito, sendo assegurado ao comunicante, nos casos de crimes tributários ou contra a Administração Pública, 10% (dez por cento) do valor que vier a ser recuperado.

26. U.S. Code, Title 7, Chapter 1, § 26, (a), (2), (g) (Ver OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL. United States Code. U.S. House of Representatives. Disponível em: [http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC=-prelim-titl7e-sectio26n&num-0&edition=prelim]. Acesso em: 23.02.2018.

Atualmente esse PLS está pronto para a pauta na comissão especializada desde 27.02.2015.

O *Projeto de Lei 1.701/2011*, que propõe a instituição do Programa Federal de Recompensa e Combate à Corrupção, apresenta estatuto próprio, distribuído em quatro capítulos e oito artigos.

No capítulo I, que trata do informante e da denúncia formulada, tem-se o art. 1º, que traça as linhas gerais de alcance da lei proposta, restringindo o uso do instituto aos crimes de ordem econômica "contra a Administração e o Patrimônio públicos", estabelecendo a "retribuição em pecúnia pela oferta de informações imprescindíveis à elucidação de crime" e propondo a "proteção ao informante ameaçado".

Estabelecendo a possibilidade de denúncia "junto a qualquer órgão de segurança pública ou Ministério Público" (art. 2º), o dispositivo abrange "prática de crime, ilícitos administrativos ou irregularidades", diferentemente do *Projeto de Lei do Senado 664/2011*, que tratava apenas de ilícitos penais.

Tal como na legislação norte-americana, o capítulo II estabelece critérios para atribuição de recompensa ao informante externo. De início, determina que a informação recompensada seja necessariamente suficiente para, cumulativamente, definir (1) a apuração do ilícito, (2) a punição dos acusados e (3) a recuperação dos valores desviados.

Além de fixar a recompensa em 10% sobre o valor total recuperado, o *Projeto de Lei 1.701/2011* estipula, no seu art. 4º, parágrafo único, que o limite total do valor dessa recompensa está indexado ao salário mínimo vigente, não podendo superar "100 (cem) salários mínimos vigentes à época do pagamento da recompensa ao informante".

O art. 5º do *Projeto de Lei 1.701/2011* apresenta um possível avanço em relação ao *Projeto de Lei do Senado 664/2011*, ao prever, assim como na legislação estadunidense, um fundo garantidor dos valores a serem pagos a título de recompensa ao delator externo[27].

27. Art. 5º A União criará um Fundo de Recepção e Administração de bens e valores recuperados em processos judiciais relativos aos crimes de que trata o artigo 1º desta lei, com sentença condenatória transitada em julgado. Tais bens e valores depositados em Juízo serão transferidos para o referido Fundo, o qual providenciará seu gerenciamento e devolução aos órgãos públicos do qual foram desviados, e deduzirá do montante apreendido a porcentagem de 10% devida ao informante, estabelecida no artigo 3º desta lei.

    Parágrafo único. O pagamento ao informante será feito pelo Fundo de que trata o artigo 4º desta lei.

Por fim, o Capítulo IV do *Projeto de Lei 1.701/2011*, especialmente no seu art. 7º, trata da proteção do informante, destacando seu ingresso no Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pela Lei 9.807/1999.

Atualmente, o *Projeto de Lei 1.701/2011* continua em tramitação na Câmara dos Deputados, aguardando parecer do Relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP)[28].

O *Projeto de Lei 3.506/2012* originalmente propunha acrescentar um inciso ao art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, inserindo a prática de crime de peculato, concussão, corrupção ativa e corrupção passiva, entre outros, como crimes hediondos e estabelecendo o programa de recompensa a delatores de crimes cometidos contra a Administração Pública.

Todavia, hoje, após ser apensado ao Projeto de Lei 3.760/2004, que por sua vez foi apensado ao Projeto de Lei 5.900/2013, a proposta foi desfigurada, limitando-se apenas a prever o caráter hediondo dos delitos tratados inicialmente[29], em uma evidente ação legislativa que se insere muito mais na seara do direito penal simbólico do que, necessariamente, na efetivação do combate à corrupção[30].

O *Projeto de Lei do Senado 362/2015*, a seu turno, propunha a institucionalização do *whistleblowing* no contexto da relação de trabalho, seja pública ou privada.

Em seu art. 2º esse *Projeto de Lei do Senado* limitava a denúncia a atos que representem "indícios razoáveis" da prática de crime, ato de improbidade, violação de direitos trabalhistas ou qualquer ato ilícito no ambiente de trabalho.

---

28. Ver [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=510440].

29. Art. 1º. O art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, alterado pela Lei 8.930, de 06 de setembro de 1994, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso.

    "Art. 1º [...]

    VIII – os crimes praticados contra a administração pública em detrimento dos direitos sociais previstos no artigo 6º, da Constituição da República. (art. 312, *caput* e § 1º; art. 313; art. 313-A; art. 316, *caput* § 1º e § 2º, art. 317, *caput*, e § 1º; art. 319; art. 325, § 2º; art. 332, *caput*, e parágrafo único; art. 333, *caput* e parágrafo-único, todos, do Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal)."

30. O direito penal simbólico resume-se às normas penais cuja elaboração limita-se ao atendimento do clamor da opinião pública, utilizado muitas vezes com o objetivo de esconder as reais causas da criminalidade, geralmente apresentando uma resposta demagoga para o restabelecimento da sensação de segurança na sociedade por meio da criação de novos tipos penais ou propondo maior rigor na punição dos tipos já existentes (ver ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000).

Nos parágrafos desse artigo, em que pese a possibilidade de responsabilização do denunciante de má-fé ou de informações notoriamente inverídica, não havia qualquer indicação dos limites da razoabilidade dos indícios.

Ao proibir "qualquer outra espécie de represália no âmbito da relação de trabalho", deixava em aberto uma infinidade de possibilidades que podem submeter o empregador ou superior hierárquico a pagamento de multas e processos administrativos de motivação moralmente duvidosa.

Em que pese a louvável justificativa de "incentivar uma cultura de combate à corrupção", o *Projeto de Lei do Senado 362/2015* deixava lacunas que poderiam criar contextos de denuncismo exacerbado, muitas vezes fundado em retaliações ascendentes devido a decisões de chefias ou empregadores que não se conformem com as expectativas dos denunciantes[31].

De qualquer forma, esse *Projeto de Lei do Senado* foi retirado pelo autor, tendo sua tramitação encerrada.

O *Projeto de Lei 3.165/2015*, por sua vez, propõe medidas de proteção e compensação daquele que, "em prol do interesse público, proceda à revelação de informações de que tenha conhecimento".

O art. 2º define informação de interesse público como qualquer elemento que sirva de "indício ou prova capaz de ensejar ou auxiliar a apuração, processamento e julgamento de ação ou omissão que configure crime ou ato de improbidade administrativa".

Esse *Projeto de Lei* prevê, em seu art. 3º, que o ato da denúncia deverá ser "voluntário e espontâneo".

A rigor, destaca-se a aparente contradição dos termos utilizados. Ao passo que ato espontâneo se refere àquele cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do informante, sem qualquer interferência de pessoa externa, o ato voluntário presume essa interferência alheia[32].

O *caput* do art. 4º determina os requisitos exigíveis da informação a ser prestada pelo informante: I – a qualificação do autor da revelação; II – a intenção,

31. Não seria exagero lembrar o mundo distópico apresentado por Lon Fuller, onde a vitória eleitoral dos camisas-purpuras deu início a um regime de terror, período no qual os "Denunciantes Invejosos", pessoas motivadas por questões de ordem pessoal e inveja, atribuíam a seus desafetos condutas contrárias ao regime político vigente que poderiam resultar em condenações à morte, por vezes autorizadas por regulamentos de emergência (ver DIMOULIS, Dimitri. *O caso dos denunciantes invejosos*: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 37).

32. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 242.

propósito, motivo ou razões para a revelação da informação; III – a descrição das ações ou omissões objeto da revelação e a indicação de provável autoria; IV – informações detalhadas sobre os fatos revelados; V – a indicação das provas de que tenha conhecimento.

Merece destaque o inciso V: "a indicação das provas de que se tenha conhecimento"[33].

Em outros termos, a palavra do *whistleblower* deverá ser aferida externamente, sendo indispensável algum elemento exterior à sua colaboração para fundamentar juízo condenatório. Tal exigência muito se assemelha ao contido na Lei 12.850/2013, que trata, entre outros, da colaboração premiada, em que a delação nua, sem qualquer elemento de confirmação é, por si, inidônea para justificar condenação do delatado[34].

De qualquer forma, a exigência de informações mínimas no *caput* deste artigo parece atender aos requisitos da denúncia, estampados no art. 41 do nosso Código de Processo Penal, especialmente quanto à exposição do fato criminoso, evidenciando suas circunstâncias, "a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

Ponto de destaque no que se refere à proteção do informante é tratado no § 2º do art. 4º do *Projeto de Lei 3.165/2015*, que prevê a possibilidade de o denunciante externo condicionar a revelação "à execução das medidas de proteção necessárias para assegurar sua integridade física e psicológica, e estabilidade profissional, cabendo à autoridade recebedora a adoção das medidas necessárias para tal".

Tal dispositivo revela um passo na superação de uma das falhas apontadas no Projeto de Lei 1.701/2011: o descrédito do sistema penal brasileiro perante a

33. I – a qualificação do autor da revelação; II – a intenção, propósito, motivo ou razões para a revelação da informação; III – a descrição das ações ou omissões objeto da revelação e a indicação de provável autoria; IV – informações detalhadas sobre os fatos revelados; V – a indicação das provas de que tenha conhecimento.

34. No direito italiano, por exemplo, grande fonte de inspiração da Lei 12.850/2013, a orientação majoritária é da exigência da aferição da credibilidade intrínseca do relato e dos móveis do declarante (coerência e exatidão dos relatos) e da aferição de credibilidade extrínseca, derivadas de elementos externos às declarações do agente, caracterizando a denominada chamada de corréu "vestida". Essa opção pela *chiamata di correo* vestida fica evidente no art. 192, § 3º, do Código de Processo italiano (Ver PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada:* legitimidade e procedimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 161; DIRITTO & DIRITTI. *Codice di procedura penale*: prove. Disponível em: [www.diritto.it/tid/?did=4312167]. Acesso em: 12.04.2016).

sociedade diante da criminalidade dos poderosos e da impunidade. Não se pode duvidar da maior disposição de colaboração do informante diante da certeza das necessárias medidas de proteção. Todavia, diferentemente do Projeto de Lei 1.701/2011, não dá indicação de fontes de recursos para tal desiderato, limitando-se apenas a mencionar a fonte dos recursos para pagamento da compensação do informante (art. 19).

As medidas gerais de proteção do informante estão previstas entre os arts. 8º e 12: direito à reparação por danos morais em razão de "retaliação, represália, discriminação ou punição pelo fato ou sob o fundamento de ter revelado informação de interesse público"; e a possibilidade de execução das medidas protetivas da Lei 9.807/1999 em caso de coação ou grave ameaça.

Tratando especificamente do informante servidor público, destacam-se as seguintes medidas protetivas: proibição de remoção ou redistribuição do servidor público informante por dois anos; proibição de alteração de lotação do servidor público; proibição de aplicação de qualquer medida disciplinar contra o servidor público informante que possa caracterizar retaliação, represália, discriminação ou punição devido a sua atuação como delator externo; e proibição de prejudicar o servidor público reportante nas avaliações de desempenho.

Destaca-se também a proibição de aplicação de qualquer medida disciplinar ou de imputação de avaliação negativa a servidor público informante que possa caracterizar retaliação, represália, discriminação ou punição em razão da sua atuação como delator externo.

Todavia, é evidente a falta de parâmetros para definir a partir de que ponto haverá a caracterização de qualquer forma de represália dado a denúncia, uma vez que evidentemente tais dispositivos podem ser utilizados pelo servidor informante de forma abusiva e até mesmo atentatória contra os interesses da própria administração pública. Não ficou claro também se a presunção de retaliação é absoluta ou relativa.

Ademais, o dispositivo parece padecer do mesmo mal do já extinto Projeto de Lei do Senado 362/2015: possibilita de forma ampla a submissão do empregador ou superior hierárquico não só ao pagamento de multas, mas também a processos administrativos de motivação nem sempre moralmente justificáveis, como no caso de algum empregado ou servidor que faça uma denúncia em uma mera ação de vendeta, devido a alguma sanção anterior que lhe tenha sido aplicada ou devido decisões anteriores de chefias ou empregadores que tenham frustrado suas expectativas.

O art. 14 do *Projeto de Lei 3.165/2015* traz os requisitos para a recompensa devida ao informante, limitada a até 10% do valor efetivamente recuperado.

Nessa direção, a proposição segue modelo utilizado no direito anglo-saxão, e revela um passo adiante na recuperação dos valores subtraídos do tesouro público no Brasil, uma vez que abrange não apenas os valores diretamente desviados pela infração penal, mas também os proveitos auferidos com sua prática.

Curiosa é a previsão do § 2º do art. 14, ao determinar a possibilidade de redução da compensação paga ao denunciante em face da descoberta de seu envolvimento com o ilícito denunciado[35]. A leitura desse dispositivo invariavelmente conduz ao seguinte questionamento: a previsão de recompensa engendraria uma *novatio in mellius*, uma vez que não há previsão de recompensa financeira ao colaborador no estatuto geral da colaboração premiada, Lei 12.850/2013[36]?

Nesse caso, para além de uma discussão moral quanto à possibilidade de o próprio criminoso poder auferir vantagem financeira por meio dos valores que ele próprio teria desviado do tesouro público, indaga-se quanto à possibilidade financeira do Estado em premiar todos os colaboradores dos processos em andamento. Tal questionamento premente faz-se necessário uma vez que, em consonância com o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal, art. 5º, XL, da CRFB, e considerando o caráter híbrido da norma proposta, o delator interno previsto na legislação sobre colaboração premiada passaria a fazer jus a uma compensação financeira. Ademais, considerando o artigo 2º do Código de Processo Penal, a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Na sequência, o art. 16 da proposição legislativa tende a limitar indevidamente os prêmios decorrentes da colaboração premiada exitosa à redução de um a dois terços da pena no caso de condenação do colaborador interno, podendo gerar uma antinomia jurídica, considerando que a Lei 12.850/2013 prevê, no seu

35. § 2º Se da apuração dos fatos revelados o juiz competente concluir que o agente público autor de revelação seja coautor ou partícipe do crime ou ato de improbidade administrativa a ela relativo, reduzirá o valor da compensação a que tiver direito, de acordo com as circunstâncias do caso, ou vedará seu pagamento.

36. Não obstante não tenha revogado as demais leis que tratam da colaboração premiada nas suas variadas espécies, *v.g.* Lei 7.492/1986, Lei 8.072/1990, Lei 8.137/1990, Lei 9.613/1998 e Lei 11.343/2006, a Lei 12.850/2013 pode servir como norma geral de regulamentação desse instituto, uma vez que normatiza de forma mais minuciosa os aspectos procedimentais para a colaboração, o que era uma lacuna prejudicial à defesa dos acusados quando da sua aplicação a partir dos diplomas legais anteriores. Ademais, é pertinente a aplicação do diálogo das fontes diante da multiplicidade de fontes legislativas sobre o mesmo tema (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 222; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13. *Consulex*, n. 433, fev. 2015. p. 8).

art. 4º, *caput*, a possibilidade de redução da pena privativa de liberdade em patamar mais elevado, até 2/3 (dois terços), além da possibilidade de sua substituição por penas restritivas de direitos e a concessão de perdão judicial.

Tal inferência tem fundamento no entendimento de que a Lei 12.850/2013 pode ser aplicada às várias espécies de delação premiada previstas na legislação brasileira, por meio de regras gerais de procedimento e de proteção aos direitos fundamentais dos acusados. Não se pode olvidar, também, que os crimes de colarinho-branco hodierna e comumente são praticados por meio de organização criminosa, fato típico previsto na própria Lei 12.850/2013, atraindo, portanto, suas disposições materiais e processuais quanto ao uso de Técnicas Especiais de Investigação (TEI), especialmente as delações[37].

Por fim, inovação em relação às demais propostas legislativas, destaca-se a previsão da desnecessidade de novo processo para pedido da compensação e a decadência do direito de compensação a que tem direito o informante.

O art. 17 estabelece que o pedido de compensação do informante poderá ser feito nos autos do mesmo processo em que estejam sendo apurados "os fatos oriundos da revelação", por meio de incidente de compensação.

O art. 18, por sua vez, estipula em dois anos a decadência do direito a compensação, "a contar da data em que os bens, direitos ou valores aos quais se relacionem tenha retornado ao Poder Público".

Uma iniciativa na tentativa de institucionalização do *whistleblowing* no Brasil que também merece destaque foi a inclusão do *reportante do bem*, pessoa que tomou conhecimento de ato ilícito e resolve denunciá-lo espontaneamente às autoridades, sem estar envolvida no ato denunciado, proposta pelo então relator na Câmara dos Deputados do PL 4.850/2016. Esse projeto de lei de iniciativa popular ficou mais conhecido como as "Dez medidas contra a corrupção". Todavia, tal proposta de inclusão amargou uma expressiva derrota na Câmara dos Deputados, com 392 votos contra e apenas 36 a favor. No momento, tal proposta aguarda apreciação pelo Senado Federal[38].

37. Nesse sentido, entende-se que, a partir da utilização do diálogo das fontes, a lei é aplicável a todo e qualquer regime jurídico que preveja o uso da delação premiada, preenchendo "o vácuo disciplinador do procedimento" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit.; GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 222; PEREIRA, Frederico Valdez. Op. cit., p. 118).

38. Ver [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604] e AMARAL, Eduardo Caetano do. O reportante do bem: uma análise da tentativa brasileira de implantar um programa de *whistleblower*. Disponível em: [http://eduardocaetano.jusbrasil.com.br/artigos/429801579/o-reportante-do-bem]. Acesso em: 28.02.2018.

Para além da compatibilidade legal ordinária dessas propostas, urge uma análise quanto às possíveis tensões entre os direitos de liberdade dos acusados e a necessária eficácia probatória do instituto, à luz dos direitos e garantias fundamentais estampadas na nossa Carta Magna, o que pode enriquecer o debate acerca da institucionalização do *whistleblowing* no Brasil.

4. Tensões de ordem constitucional: polarização entre os direitos de garantia de liberdade dos acusados e a eficácia repressiva das Técnicas Especiais de Investigação (TEI)

Ao tratar do combate à corrupção, a já citada Convenção Contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas estipula que "na medida em que lhe permitam os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno e conforme as condições prescritas por sua legislação interna", deverão ser adotadas por cada Estado parte as Técnicas Especiais de Investigação (TEI), permitindo-se a "admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais"[39].

Nas palavras de Vladimir Aras, TEI são ferramentas de caráter sigiloso, à disposição da polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público, utilizadas na apuração e persecução de crimes considerados de natureza grave, sendo seu traço marcante a aptidão para coletar informações, indícios ou mesmo provas de determinado crime "sem o conhecimento do suspeito, investigado ou réu, de modo a propiciar aos órgãos estatais o fator surpresa"[40].

Indubitavelmente o uso de TEI tende a anular o que Vladimir Aras chama de "vantagem competitiva" das ações do crime, geralmente baseada na clandestinidade e no segredo. Nesse sentido, o uso das TEI ganha maior relevância quando se trata da persecução penal no âmbito do crime organizado, em geral afeito aos crimes de corrupção e seus correlatos, como lavagem de dinheiro. Por conseguinte, uma das características peculiares das TEI é a sua "execução em procedimentos criminais nos quais o contraditório será diferido ou postergado"[41].

---

39. Consoante art. 50; na mesma direção tem-se a Convenção de Palermo (art. 20) e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e substâncias Psicotrópicas (art. 7), estas últimas também ratificadas pelo Brasil pelos Decretos 5.015/2004 e 154/1991, respectivamente.
40. ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Org.). *Lavagem de dinheiro:* prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 505.
41. Ibidem, p. 505-506.

Considerando que as propostas pelo legislador brasileiro para institucionalização da técnica de *whistleblowing* tendem a indicar o início dos procedimentos investigativos, inclusive a investigação ou mesmo a ação penal sem o conhecimento do suspeito, investigado ou réu, em especial por meio do contraditório diferido ou postergado, e que há evidente priorização da eficiência da atividade probatória, pode-se caracterizar o *whistleblowing* proposto como uma legítima TEI.

Destarte, de um lado, têm-se os crimes relacionados à corrupção, geralmente praticados no seio de organizações criminosas, que ofendem diretamente direitos fundamentais de natureza coletiva, cuja natureza complexa dificulta a persecução penal devido a insuficiência dos meios tradicionais de obtenção de prova previstos no Código de Processo Penal (CPP), demandando o emprego de TEI de cunho eficientista; de outro lado, têm-se os direitos e garantias individuais, de cunho liberal, principalmente dos acusados, que obrigam os operadores do direito no sentido da compatibilização constitucional dessas TEI, em especial no que se refere aos meios de produção de prova[42].

Como corolário dessa constatação, não se pode olvidar que a utilização do *whistleblowing*, como pode ocorrer com a utilização de qualquer outra TEI, poderia engendrar uma polarização entre direitos e garantias de liberdade dos acusados e a necessária eficácia na persecução penal de crimes relacionados à corrupção, considerando lição de Frederico Valdez Pereira e estudo recente sobre colaboração premiada no Brasil[43].

Não se olvide lição de Jesús-Maria Silva Sánchez, que adverte quanto aos perigos de um Estado menos garantista proposto pela esquerda política europeia, especialmente com a implementação de um Direito Penal baseado na relativização de garantias político-criminais[44].

Nesse diapasão, o *Projeto de Lei do Senado 362/2015* propunha a institucionalização do *whistleblowing* no contexto da relação de trabalho, seja pública ou

42. Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva lembram que as chamadas técnicas especiais de investigação (TEI) inserem-se mais no contexto probatório com contraditório diferido, e são consideradas meio de obtenção de provas e não prova, tendo caráter utilitarista e eficientista (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 196, 209, 346).

43. PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 53; FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da; SANTOS, Verçulina Firmino dos. Op. cit., p. 204.

44. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 105, 193.

privada, porém, não fez uma definição suficientemente útil e equilibrada de "indícios razoáveis" da prática de crime, apta a provocar procedimento investigatório penal sem o acompanhamento da defesa do acusado.

Assim, na medida em que não havia qualquer indicação de limites dos indícios a serem considerados, nem haveria possibilidade de acesso aos autos no decorrer das investigações, haveria sério risco de se perpetuar velhas mazelas do Direito Processual Penal, destacando-se aquelas que mitigam o direito à assistência jurídica, corolário da garantia fundamental ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o acesso aos autos do processo ou inquérito deve ser postergado pela própria natureza do instituto proposto.

Como consabido, o direito de acesso aos autos de qualquer processo para exercício de direitos de defesa é uma marca fundamental do Estado de Direito. De se inferir, destarte, que o aludido dispositivo proposto não estava alinhado à melhor interpretação dos direitos e garantias constitucionais dos acusados, *vis-à-vis* verbete da Súmula Vinculante 14, que assegura o direito do defensor ao acesso amplo aos elementos de prova, já documentados em procedimento investigatório, referentes ao exercício do direito de defesa.

Outro ponto de tensão que merece destaque encontra-se previsto no Projeto de Lei 3.165/2015, esse ainda em tramitação.

O art. 16 desse Projeto de Lei, que limita os prêmios decorrentes colaboração premiada exitosa apenas à redução de um a dois terços da pena no caso de condenação do colaborador interno, pode gerar não apenas uma antinomia, como já demonstrado, mas também pode engendrar uma *novatio legis in pejus*, contrariando o princípio da retroatividade da Lei penal mais benéfica, estampado no art. 5º, inciso XL, da CRFB, uma vez que, em tese, esse colaborador não teria acesso ao perdão judicial e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Deve-se considerar que, em razão da devida razoabilidade, a aplicação individual da justiça a determinado criminoso delator nesse caso pode subsumir-se aos casos em que a redução de um a dois terços da pena seria injusta, podendo implicar na inobservância da proibição do excesso ou até mesmo da proibição de proteção deficiente.

No seu art. 18, por sua vez, o *Projeto de Lei 3.165/2015* estipula em dois anos a decadência do direito a compensação, "a contar da data em que os bens, direitos ou valores aos quais se relacionem tenha retornado ao Poder Público" (sic).

Por certo, em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência, presume-se que a data em que os bens, direitos ou valores aos quais se relacionem tenham retornado ao Poder Público deva ocorrer após o trânsito

em julgado da decisão condenatória, nos termos do art. 91, II, *b*, do Código Penal, com a perda em favor da União "do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso".

Todavia, o *Projeto de Lei 3.165/2015* silenciou sobre esse ponto, o que possivelmente demandará o devido controle constitucional na aplicação desse dispositivo.

5. Considerações finais

A introdução de institutos oriundos de modelos jurídicos distintos enseja desafios relevantes, especialmente se considerada a ordem jurídica interna.

Nesse sentido, as soluções apresentadas pelo legislativo brasileiro para introdução de Técnicas Especiais de Investigação (TEI) propostas pelos organismos internacionais no combate de crimes e ilícitos relacionados à corrupção devem ser analisadas à luz de temas relevantes como a polarização entre a necessária eficácia repressiva das leis penais e processuais penais no âmbito dos crimes econômicos, especialmente aqueles relacionados à corrupção, e os direitos fundamentais dos envolvidos. Entre as soluções *de lege ferenda* do legislador brasileiro para conferir maior eficiência na gestão probatória relacionada aos dos crimes econômicos dessa natureza destacou-se neste trabalho o *whistleblowing*.

As principais propostas discutidas no parlamento para institucionalização do *whistleblowing* no Brasil foram apresentadas entre 2011 e 2015, em especial o Projeto de Lei do Senado 664/2011, o Projeto de Lei 1.701/2011, o Projeto de Lei 3.506/2012, o Projeto de Lei do Senado 362/2015, e o Projeto de Lei 3.165/2015.

À luz da análise desses projetos, algumas limitações para a institucionalização do *whistleblowing* podem ser destacadas: não especificação dos fundos para garantir a proteção do delator, omissão na definição dos órgãos responsáveis pela proteção do delator, transformação de projeto de lei em meros instrumentos do direito penal simbólico, e aparente conflito com normas vigentes.

Considerando as possíveis tensões de ordem constitucional, constata-se que as propostas apresentadas tendem a engendrar uma polarização entre os direitos de garantia de liberdade dos acusados e a eficácia repressiva das Técnicas Especiais de Investigação (TEI), máxime considerando a mitigação do direito à assistência jurídica, corolário da garantia fundamental ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, constata-se que pela própria natureza do instituto proposto pelo legislativo brasileiro, o acesso da defesa aos autos do processo ou do inquérito deve ser postergado. Não se olvide a possibilidade de *novatio legis in pejus*, contrariando o princípio da retroatividade da Lei penal mais benéfica,

estampado no art. 5º, inciso XL, da CRFB, uma vez que, em tese, no caso de uma possível condenação, esse colaborador não teria acesso ao perdão judicial e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, recursos defensivos já acessíveis aos colaboradores na legislação vigente.

De todo modo, as propostas analisadas denotam o fortalecimento do caráter eficientista da persecução penal a partir de esforços na construção de um sistema penal homogêneo em nível global, com notada prevalência de flexibilização das garantias liberais dos acusados. Nesse passo, considerando Silva Sánchez[45], a luta global contra "paraísos jurídico-penais" dos delinquentes poderosos, em defesa dos direitos sociais que promovem a igualdade material por meio de políticas públicas nacionais, tende a incrementar o "inferno jurídico-penal" da criminalidade dos *powerless*, notoriamente alijados dos melhores recursos defensivos, o que, contraditoriamente, reforça a desigualdade social ao distribuir de forma desigual o peso do sistema punitivo sobre os indivíduos.

6. Referências

AMARAL, Eduardo Caetano do. O reportante do bem: uma análise da tentativa brasileira de implantar um programa de *whistleblower*. Disponível em: [http://eduardocaetano.jusbrasil.com.br/artigos/429801579/o-reportante-do-bem]. Acesso em: 28.02.2018.

AMATO, Giovanna. Whistleblowing and bribery prevention in Italy. A survey on the relevant criminal law issues of failure to report. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 62, p. 9-57, jul.-set. 2016.

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13. *Consulex*, n. 433, p. 26-29, fev. 2015.

BORTOLOTI, Karen. *Metodologia da pesquisa*. Rio de Janeiro: SESES, 2015.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011: estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 115, ano 23, p. 109-140, jul.-ago. 2015.

DIMOULIS, Dimitri. *O caso dos denunciantes invejosos*: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

45. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 105.

DIRITTO & DIRITTI. Codice di procedura penale: prove. Disponível em: [www.diritto.it/codici/titolo/106-codice-di-procedura-penale-prove]. Acesso em: 12.04.2016.

FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da; SANTOS, Verçulina Firmino dos. Garantias liberais e eficácia repressiva: controvérsias da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 137, ano 25, p. 197-222, nov. 2017.

FREITAS, Ricardo. Direitos econômicos e sociais e criminalidade dos donos do poder: o direito penal e o desafio representado pela criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 22, v. 107, p. 121--145, mar.-abr. 2014.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015.

MICELI, Marcia P.; NEAR, Janet P. *Blowing the whistle*: the organizational and legal implications for companies and employees. New York: Lexington Books, 1992.

MILANEZ, Bruno. Técnicas jurídico-penais de prevenção à corrupção: *whistleblowing*. Disponível em: [https://canalcienciascriminais.com.br/corrupcao--whistleblowing/]. Acesso em: 23.02.2018.

OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL. United States Code. U.S. House of Representatives. Disponível em: [http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title31-section3730&num=0&edition=prelim]. Acesso em: 23.02.2018.

OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL. United States Code. U.S. House of Representatives. Disponível em: [http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=-granuleid:USC-prelim-title7-section26&num=0&edition=prelim]. Acesso em: 23.02.2018.

OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL. United States Code. U.S. House of Representatives. Disponível em: [http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section1514A&num=0&edition=prelim]. Acesso em: 23.02.2018.

OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL. United States Code. U.S. House of Representatives. Disponível em: [http://uscode.house.gov/browse/&edition=prelim]. Acesso em: 23.02.2018.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. A urgência de uma legislação *whistleblowing* no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio 2015 (Texto para Discussão 175). Disponível em: [www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td175]. Acesso em: 23.02.2018.

O'MALLEY, M. Megan. Whistleblower protections, retaliation issues, and investigative issues arising under the Sarbanes-Oxley Act and the Dodd-Frank Act.

The American Bar Association Annual Meeting Section of Labor and Employment Law Cutting Edge Issues in Investigations, Chicago. Anais... Chicago, ABA, 2015. Disponível em: [www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor_law/ am/2015/omalley.authcheckdam.pdf]. Acesso em: 23.02.2018.

PASHKE, Carolyn J. The qui tam provision of the federal false claims act: the statute in current form, its history and its unique position to influence the health care industry. *Journal of Law and Health*. v. 9. n. 1. p. 164-186. Cleveland: Law Journals, 1994.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denunciação interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do *whistleblowing*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, ano 25, p. 89-123, nov. 2017.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, feb. 1940.

THUSING, Gregor; FORST, Gerrit. Whistleblowing around the world: a comparative analysis of whistleblowing in 23 countries. In: THUSING, Gregor; FORST, Gerrit (Coord.). *Whistleblowing*: a comparative study. Cham: Springer Internacional Publishing, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- *Criminal Compliance* – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial, de Rodrigo Sánchez Rios e Caio Antonietto – *RBCCrim* 114/341-375 (DTR\2015\9154);
- Criminalidade intraempresarial, sistemas de denunciação interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do *whistleblowing*, de Rodrigo Sánchez Rios e Allian Djeyce Rodrigues Machado – *RBCCrim* 137/89-123 (DTR\2017\6616);
- Lei de repatriação: aspectos criminais da prestação de informações (*disclosure*) em ambiente de *Tax Compliance* (2.ª parte), de Renato de Mello Jorge Silveira – *RDB* 71/195-247 (DTR\2016\24167); e
- *Whistleblowing* no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, de Andre Ricardo Godoy – *RBCCrim* 134/269-289 (DTR\2017\2549).

Desvios na construção de um Direito Penal de gênero: um problema chamado Poder Legislativo

Deviations in the construction of a Criminal Law of gender: a problem called Legislative Branch

Luciano Anderson de Souza
Professor Associado de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).
lucianoanderson@usp.br

Júlia Lambert Gomes Ferraz
Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).
julialgferraz@gmail.com

Recebido em: 29.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 06.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: Partindo da constatação da desigualdade de gênero imperante na sociedade, da qual deflui a violência respectiva, o texto analisa a atuação contemporânea do Congresso Nacional brasileiro diante dessa última problemática, desde a edição da Lei do Feminicídio (Lei 13.104/2015). O objetivo do estudo é o de aferir a possibilidade de erigimento de um Direito Penal de gênero por meio de dupla perspectiva parlamentar, isto é, a da tramitação do projeto de lei que culminou com a criação da qualificadora do feminicídio e a dos projetos de lei sobre gênero em andamento recente.

Palavras-chave: Direito penal de gênero – Feminicídio – Poder Legislativo – Projetos de lei de gênero – "Ideologia de gênero".

Abstract: The text examines the Brazilian National Congress's contemporary performance since the Femicide Law (Law 13,104/2015), based on the gender inequality prevailing in society, from which the respective violence unfolds. The objective of the study is to assess the possibility of creation of a Gender Criminal Law through a dual parliamentary perspective, that is, the process of the bill that culminated in the creation of the qualifier of femicide and of bills on gender in recent progress.

Keywords: Gender criminal law – Femicide – Legislative branch – Gender law projects – "Gender ideology".

Souza, Luciano Anderson de; Ferraz, Júlia Lambert Gomes. Desvios na construção de um Direito Penal de gênero: um problema chamado Poder Legislativo.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 147. ano 26. p. 459-477. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

Sumário: 1. Introdução. 2. Apontamentos sobre a construção da qualificadora de feminicídio. 3. As perspectivas da legislação de gênero no Brasil: análise das propostas sobre o conceito de feminicídio e gênero. 4. "Sim" ao feminicídio, "não" à discussão de gênero: as incongruências do Poder Legislativo. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A desigualdade de gênero é ainda um elemento estruturante da organização social brasileira e se manifesta por meio das mais variadas formas. Por exemplo, nota-se que a baixa representatividade feminina nos espaços políticos de poder, bem como nos altos cargos de corporações privadas, contrasta com a sua significativa incidência nos postos de trabalho precários e índices de vitimização doméstica. A própria tradicional falta de dados estatísticos sobre os mais diversos aspectos da presença feminina na sociedade revela a posição subalterna impingida às mulheres no Brasil[1].

O Direito, a seu turno, possui um papel dúbio na articulação de desigualdades, pois, da mesma forma que é responsável pelo estabelecimento de preceitos discriminatórios (diretos ou indiretos), é também um importante instrumento político de eliminação de hierarquias sociais. Justamente por acreditar no lugar que o Direito ocupa na desconstrução material de desigualdades, os movimentos feministas vêm, há muitas décadas, mesmo que com pontuais divergências[2], reivindicando a positivação dos chamados "direitos das mulheres".

Inicialmente, esforços foram direcionados a mudanças no plano eleitoral e cível, como a conquista do direito de voto pelas mulheres, no ano de 1932, e o advento do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, que modificou mais de dez artigos do Código Civil de 1916, extinguindo, por exemplo, a previsão que estabelecia a incapacidade feminina para determinados atos civis e a que exigia a autorização do marido para que a mulher pudesse ser economicamente ativa.

A partir dos anos 70 do século passado, os alarmantes índices de violência contra as mulheres, especialmente de aspecto doméstico, passaram a ser foco prioritário da atuação feminista, inaugurando um processo, ainda bastante atual, de produção legislativa voltada ao tratamento das diversas formas e manifestações

1. O que Eva Alterman Blay chama de "silêncio dos dados", cf. BLAY, Eva Alterman. *Assassinato de mulheres e direitos humanos*. São Paulo: USP/ED. 34, 2008. p. 25.

2. Sobre a pluralidade de expressões do feminismo, em trabalho recente, cf. AMARAL, Alberto Carvalho. *A violência doméstica a partir do olhar das vítimas*: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo. Belo Horizonte: D'Placido, 2017. p. 69 e ss.

da violência de gênero. As alterações legais promovidas a partir de então, mesmo que não de forma linear, concentraram-se na fabricação de leis penais de gênero, responsáveis pela criminalização de condutas como a violência doméstica e o assédio sexual, bem como a criação da qualificadora do feminicídio.

Por mais que fossem direcionadas ao cerceamento da discriminação contra as mulheres, as primeiras leis foram construídas de forma neutra, estabelecendo sujeitos passivos indeterminados. Isso se deu no caso do assédio sexual[3], com a Lei 10.224/2001, e da primeira tipificação relativa à violência doméstica – enquanto modalidade do crime de lesão corporal[4] –, que entrou em vigor com a Lei 10.886/2004. Apesar dessas duas normativas não possuírem especificações em termos de gênero, ambas foram respostas legislativas aos apelos dos movimentos feministas.

Essa lógica neutra de se pensar a lei penal, no entanto, foi modificada, em 2006, pela Lei Maria da Penha, que estabeleceu não só o sujeito passivo "mulher" para fins de aplicação da lei como se apropriou do conceito de "gênero" para construir o significado de violência doméstica e familiar[5]. Nesse sentido, o art. 5º da Lei 11.340/2006 define expressamente que a violência doméstica e familiar "contra a mulher" se configura mediante qualquer ação ou omissão, "baseada no gênero", que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Alguns anos depois da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, a despeito das otimistas expectativas que se tinha até então, estudos verificaram que a lei não estava sendo capaz de reduzir os índices de violência contra a mulher: em 2012, o Brasil foi considerado o 7º lugar no *ranking* dos países que mais matam mulheres no mundo[6].

---

3. A redação original do dispositivo foi a seguinte: "Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função: Pena – detenção, de 1 a 2 anos. Parágrafo único. (Vetado)". Ao depois, foi acrescido o § 2º pela Lei 12.015/2009, inclusive, observe-se, sem que jamais tivesse existido um § 1º.
4. Consoante a redação original: "Art. 129. [...] § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 6 meses a 1 ano [...]". Posteriormente, o texto referido foi alterado pela Lei 11.340, de 2006.
5. O que foi mantido, anos depois, quando da construção da qualificadora do feminicídio.
6. WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012*: homicídio de mulheres no Brasil, 2012. p. 26. O relatório em foco foi apontado na época como estopim para a elaboração

Esse cenário impulsionou a tomada de decisão, por parte do Poder Legislativo federal, em criar, naquele mesmo ano, uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos legais de proteção.

Após mais de um ano de trabalho, a CPMI criada propôs uma série de modificações legais, sendo uma delas a criação do feminicídio[7]. O que se nota, entretanto, é que, ao contrário do precedente inaugurado pela Lei Maria da Penha, o feminicídio não possui o termo "gênero" em sua redação. O motivo para essa ausência, como se analisará mais detidamente *infra*, reside na resistência que parcela significativa do Poder Legislativo encontrava e ainda encontra na utilização e aceitação do conceito de gênero na elaboração de políticas públicas.

Tendo isso em vista, a presente análise se divide em duas partes. Em um primeiro momento, verificar-se-á de que forma o Poder Legislativo federal brasileiro se relacionou com a temática do gênero à luz do processo de criação da qualificadora do feminicídio e quais foram as consequências desse processo na conformação da redação legal.

Em um segundo momento, serão levantados projetos de lei atualmente em tramitação no Congresso que discutem: i) o regramento penal do feminicídio (*e.g.*, projetos que propõem alterações à norma penal – endurecimento de penas, simples revogação etc. – ou que se utilizam da existência do tipo para criar políticas não penais) e ii) a existência de uma suposta e maléfica "ideologia de gênero".

Com isso, pretende-se investigar quais são as possíveis perspectivas para o feminicídio na elaboração legislativa e, a partir desse específico foco, sinalizar para a maneira indesejada pela qual as leis penais de gênero têm sido encaminhadas no parlamento pátrio.

---

da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da violência contra a mulher, referida em seguida no texto. Importa observar que estudos posteriores foram feitos, sendo que, por exemplo, no ano de 2015, o mesmo mapa da violência elencou o Brasil não mais como 7º, mas como 5º país no *ranking* mundial de mortes femininas. Sobre o tema, ainda, cf. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coord.). *A violência doméstica fatal*: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015, passim.

7. Sobre o tema, cf. SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. Ódio e direito penal. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2016. p. 142 e ss.

2. Apontamentos sobre a construção da qualificadora de feminicídio

Como já referenciado, a criação do feminicídio foi proposta no ano de 2013 pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência Contra a Mulher com o alegado objetivo de reduzir os altos índices de homicídio constatados pelo Mapa da Violência em 2012, que colocavam o Brasil na 7ª posição entre os países que mais matam mulheres no mundo. A proposta original recebeu algumas emendas durante as discussões do Projeto de Lei pelo Senado Federal, que acabou aprovando a seguinte redação para a novel qualificadora penal (art. 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal):

> Art. 121. [...]
>
> [...]
>
> § 2º Se o homicídio é cometido:
>
> [...]
>
> Feminicídio
>
> VI – contra a mulher por razões de condição de sexo feminino;
>
> [...]
>
> § 7º Considera-se que há razões de gênero em quaisquer das seguintes circunstâncias:
>
> I – Violência doméstica e familiar, nos termos da legislação específica;
>
> II – Violência sexual;
>
> III – Mutilação ou desfiguração da vítima;
>
> IV – Emprego de tortura ou qualquer meio cruel ou degradante.

Como se nota, a proposta aprovada pelo Senado Federal utilizava a expressão "razões de gênero" para definir o feminicídio, o que, como sabido, não se manteve no decorrer do célere processo legislativo levado a efeito.

No dia 3 de março de 2015, o Projeto de Lei chega à Câmara dos Deputados e, logo que ingressa na casa legislativa, é apresentado requerimento para que sua tramitação[8] se dê em regime de urgência. A mudança é prontamente aceita e, em decorrência da dispensa de algumas formalidades regimentais, a proposta é colocada na ordem do dia da sessão deliberativa seguinte.

8. Para detalhes sobre essa tramitação, cf. FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. Violência de gênero e Direito Penal: análise da racionalidade da tipificação do feminicídio no Brasil. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, ano 3, n. 5, jan.-jun. 2016. p. 261 e ss.

No dia 4 de março, portanto, o Projeto é levado a debate pelo Plenário da Câmara. A defesa da proposta fica a cabo da chamada "bancada feminina", representada na figura da Deputada Maria do Rosário, do partido então governista, que tinha o interesse em aprovar o feminicídio naquela mesma sessão, pois só assim seria possível encaminhá-lo à sanção presidencial antes do dia 8 de março, o Dia Internacional das Mulheres.

A celeridade almejada foi dificultada pela apresentação de posicionamento contrário por parte do Deputado Evandro Gussi, que alegou ser contra a aprovação de uma lei que, segundo seu entendimento, não só conferiria maior valor à vida da mulher em relação à vida do homem como se utilizaria, para tanto, de termo "ambíguo", qual seja, gênero. Conforme suas próprias palavras:

> Parece-me que esse projeto de lei na sua origem – aqui estou para ouvir ponderações também, mas faço as minhas para levantar o debate – fere o princípio da igualdade. Dado o seu regime especial de tramitação, não tendo sido ouvido o parecer de constitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça, neste momento, parece-me que é, no mínimo, perigoso votar um projeto dessa natureza, sobretudo com essa ideia ambígua de gênero[9].

Diante disso, o receio maior da bancada do governo era o de que a proposta não fosse sancionada a tempo do pronunciamento presidencial em rede nacional que ocorreria no dia 8 de março. A ideia era que a presidenta da República pudesse mencionar a sanção do feminicídio ao final de um difícil pronunciamento em que reconheceria a existência de uma crise econômica e anunciaria um pacote de medidas e ajustes bastante impopulares.

A emergência em se aprovar o feminicídio na sessão do dia 4 de março criou, então, a necessidade de se estabelecer um acordo entre os parlamentares, sobretudo com relação àqueles descontentes com o uso do termo "gênero". Uma Emenda de Redação foi, por conseguinte, proposta, para substituir a expressão "razões de gênero" por "condição de sexo feminino". Não há muitas informações disponíveis sobre a forma exata como a emenda foi feita, mas o que se sabe é que ela foi apresentada como uma proposta de consenso entre os parlamentares, que votaram favoravelmente à sua aprovação.

Esse acordo geral feito na Câmara desvela dois problemas essenciais, sendo um de cunho técnico e outro de cunho material. Quanto ao primeiro, há que se observar que o trâmite do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados não respeitou

9. BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: ano LXX, n. 029, quarta-feira, 4 de março de 2015. p. 127.

a devida técnica legislativa, pois aprovou como Emenda de Redação uma alteração que, na verdade, é substancial à matéria. Como tal, a proposta não poderia ter sido aprovada pela Casa e encaminhada à sanção presidencial, mas sim deveria ter sido reenviada ao Senado Federal para nova votação.

Em segundo lugar, a mudança de "gênero" para "sexo feminino" não possui somente o singelo efeito de aprimorar as qualidades comunicativas da norma, mas sim de alterar de forma substancial o seu significado e abrangência. Isso, pois a restrição ao sexo feminino denota-se tendente a excluir a possibilidade de se considerar a identidade de gênero para fins de feminicídio.

Como se vê, o objetivo da nova redação não foi linguístico, mas parte de um projeto político específico encabeçado por bancada religiosa e conservadora com intuito de cercear a chamada "ideologia de gênero". No caso específico do feminicídio, não só o gênero foi, de fato, eclipsado do conteúdo da lei, como os assassinatos de mulheres transexuais passaram a ficar de fora da tutela penal[10].

3. As perspectivas da legislação de gênero no Brasil: análise das propostas sobre o conceito de feminicídio e gênero

Nesse contexto, quanto ao tratamento legal o qual se pode contemporaneamente erigir quanto à desigualdade de gênero, o quadro atual legislativo brasileiro enseja a necessidade dupla de (*i*) tentar compreender as perspectivas para

10. Essa foi uma das razões não declaradas para a mudança do texto. A respeito, *v.g.*, cf. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Sobre o feminicídio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 270, maio 2015. p. 4. Muito embora seja possível argumentar pela inclusão das mulheres transexuais pelo fato de serem de fato mulheres, há controvérsias quanto à adoção do critério para o reconhecimento do sexo, se jurídico, biológico ou psicológico. Por essa razão, melhor seria a utilização do termo "gênero" e não "sexo feminino". Sobre o tema, cf. MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio*: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 141 e ss.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2. p. 98 e ss.; SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora de. Questões controversas com relação à lei do feminicídio (Lei 13.104/2015). *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, v. 111, 2016. p. 268-270. Defendendo a adoção do critério biológico, cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2018. v. II: parte especial. p. 69. Acerca do direito à identidade de gênero ou sexual, cf. GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e direitos humanos*: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014. p. 193 e ss.; SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 425 e ss.

o tratamento penal do feminicídio por meio da análise dos projetos de lei hoje em discussão e (*ii*) demonstrar como o feminicídio se insere dentro de um projeto mais abrangente que visa retirar qualquer menção ao "gênero" da produção legislativa.

Através de pesquisa realizada no sistema de dados *on-line* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, foi possível identificar os atuais projetos de lei que discutem o feminicídio. Para além da problemática de gênero, os dados revelam outros desafios que marcam a atuação legislativa brasileira, como o mero apego ao simbolismo penal.

Dessa maneira, constatou-se que a maioria absoluta das propostas atuais quanto ao feminicídio direciona-se ao recrudescimento penal. Das 13 proposições encontradas, quatro possuem o objetivo de endurecer as penas previstas para a qualificadora atualmente em vigor. Os Projetos de Lei 2.276/2015 e 9.102/2017, ambos da Câmara dos Deputados, por exemplo, elevam o patamar da pena mínima do feminicídio de 12 para 24 e 20 anos, respectivamente, mantendo-se, evidentemente, o caráter hediondo do fato.

Outras duas propostas, quais sejam, Projetos de Lei 3.030/2015 e 4.572/2016, a seu turno, sugerem a criação de novas hipóteses de aumento de pena para os casos em que o crime seja praticado em descumprimento de medida protetiva de urgência[11]; contra pessoa portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física; e na presença virtual de ascendente ou descendente.

Por fim, o Projeto de Lei 9.432/2017 pretende atualizar o Código Penal Militar de forma a incluir o feminicídio em suas disposições. Apesar de não aumentar propriamente a pena do feminicídio, a medida expande o espectro de reconhecimento da conduta para outros diplomas.

Além dos cinco projetos de lei mencionados, há uma série de proposições que se apoiam no feminicídio para ampliar o âmbito da responsabilização dos feminicidas às demais áreas do Direito. Duas delas (Projetos de Lei 7.874/2017[12] e

11. Circunstância que culminou por ser recentemente criminalizada por meio da Lei 13.461, de 3 de abril de 2018, a qual alterou a Lei Maria da Penha. Sobre isso, cf. SOUZA, Luciano Anderson de; YANG, Eloisa. O crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência e o desafio em torno da violência de gênero. *Boletim do IBCCRIM*, v. 306, maio 2018. p. 13-14.

12. Conforme a justificativa do projeto, "a violência contra mulheres tem aumentado em proporções alarmantes no Brasil, exigindo medidas mais concretas e mais eficazes, a fim de proteger não apenas as mulheres, mas também os filhos que ficam expostos a esse tipo

8.321/2017) destinam-se, *v.g.*, a alterar o Código Civil para determinar a suspensão do poder familiar durante o cumprimento da pena nos casos de feminicídio. De acordo com a justificativa do *disegno di leggi*, essa medida já estaria presente em outros ordenamentos jurídicos latino-americanos – como o argentino – e seria uma medida importante para a proteção dos filhos de feminicidas.

Um terceiro projeto, 7.872/2017, por sua vez, também estabelece medida de cunho cível voltada à proteção dos filhos menores das vítimas, por meio de indenização a ser paga mensalmente a eles até que alcancem a maioridade. Segundo a justificativa da proposta, a reparação civil dos filhos menores seria instrumento necessário e urgente de proteção, sobretudo diante da possibilidade de perda do poder familiar do agente, nos casos em que o feminicídio é cometido por parceiro.

Em sentido diametralmente oposto, há proposições que pretendem revogar a qualificadora do feminicídio ou mesmo questionar o uso do termo "gênero" na elaboração de leis, de natureza penal ou não.

Quanto à primeira, trata-se da Sugestão Legislativa 44/2017, de iniciativa popular, que foi objeto de apreciação pelo Senado Federal no ano de 2017. A proposta tinha o intuito de extinguir o termo feminicídio e estabelecer a "agravante" para "qualquer crime passional". De acordo com o autor da sugestão legislativa, o feminicídio seria um termo infundado que feriria o princípio de igualdade constitucional. Na sua visão, qualquer crime que envolva "violência passional"[13] – independente do sexo da vítima – deveria ser considerado hediondo:

> Não temos lesbicocídio, gaycídio, masculinicidio, muito embora, mesmo que possivelmente menos frequentes, crimes passionais ocorrem [*sic*] em todos os gêneros e tipos de relação. Portanto [*sic*] pedimos a retirada desse termo "feminicídio" e inclua-se [*sic*] o agravante hediondo para qualquer crime por motivos passionais[14].

---

de ambiente degradante. A suspensão do poder familiar nessas hipóteses se impõe como instrumento necessário e urgente de proteção aos filhos, não podendo aguardar um trâmite burocrático demorado, de modo que a medida deve ser imposta imediatamente".

13. A ideologia do "crime passional", através dos anos, consagrou-se como mera tentativa de justificativa de violência contra as mulheres, como foi o caso da chamada "legítima defesa da honra". Sobre o tema, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Legítima defesa da honra. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína Conceição (Coord.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 267 e ss.

14. BRASIL. MEMO. n. 77/2017 – SCOM. p. 01. Disponível em: [http://legis.senado.leg.br/]. Acesso em: 20.04.2018.

A Comissão de Direitos Humanos do Senado, a sua vez, elaborou parecer rejeitando sobredita sugestão com base no argumento de que a inserção do feminicídio na legislação penal fora uma importante vitória do movimento feminista e que não implica em qualquer mácula ao princípio da igualdade, pois não tutela toda e qualquer morte de mulher, mas apenas aquelas decorrentes de um contexto de violência doméstica ou fundadas em menosprezo e discriminação pela condição de mulher.

Apesar de sua rejeição, a Sugestão 44/2017 é demonstrativa de uma mentalidade com relação a políticas de gênero que, no momento, pode não ser tão acintosa no Senado, mas que certamente está mais presente na Câmara dos Deputados. A grande quantidade de Projetos de Lei propostos por deputados federais que têm o objetivo oculto ou declarado de combater a chamada "ideologia de gênero" torna possível até mesmo indagar se o resultado do parecer do Senado não teria sido outro caso a Sugestão tivesse sido analisada inicialmente pela Câmara.

Durante a pesquisa, foram identificadas oito proposições com a finalidade de findar com a chamada "ideologia de gênero". Quatro delas buscam coibir a utilização da referida ideologia na educação nacional (Projetos de Lei 3.236/2015[15] e 2.731/2015), seja através da proibição de políticas de ensino ou currículos escolares que utilizem o termo "gênero" ou "orientação sexual" (Projeto de Lei 1.859/2015[16]),

15. Segundo o documento legislativo referido, "justifica-se, assim, a propositura deste projeto de lei que tem por escopo reagir de forma mais contundente para coibir a proliferação da ideologia de gênero. O dispositivo que se pretende insertar no Plano Nacional de Educação veda que, a pretexto do justo combate a todas as formas de discriminação, se estimule a propagação da maléfica doutrina de gênero, por qualquer meio ou forma, em flagrante conflito com as convicções morais e religiosas dos educandos ou de seus pais ou responsáveis. Deste modo, a Lei 13.005/2014, que institui o Plano Nacional de Educação (PNE), determina, em seu art. 2, inc. III, que são diretrizes do PNE 'a superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação'. A redação que foi aprovada, tanto pela Câmara como pelo Senado, tinha por objetivo derrubar a redação inicialmente proposta pelo MEC, que propunha a ideologia de gênero como diretriz do PNE".

16. Consoante a justificativa do projeto, "[a ideologia de gênero] estava começando a sair da mente de seus criadores para a mesa de seus promotores, adquirindo sua configuração atual no início dos anos 90, na Universidade de Berkeley, com a obra da professora Judith Butler intitulada 'O Problema do Gênero' [BUTLER, Judith. *Gender trouble, feminism and the subversion of identity*. New York: Routledge, 1990]. Logo em seguida o conceito foi ardilosamente introduzido por meio do trabalho das Fundações Internacionais na Conferência sobre a Mulher promovida pela ONU em Pequim. A Conferência supostamente trataria da discriminação contra as mulheres, mas em vez de falar-se de discriminação sexual, repetiu-se mais de 200 vezes, sem definição de termos, a nova

seja por meio da proibição da distribuição de livros às escolas públicas que versem sobre "orientação de diversidade sexual" (Projeto de Lei 5.487/2016).

Além dessas, há uma proposta (Projeto de Lei 3.235/2015) que pretende criminalizar qualquer ato da "autoridade competente" que "induza à ideologia de gênero", como a promulgação de atos normativos que utilizem expressões como "orientação sexual, identidade de gênero, discriminação de gênero, questões de gênero e assemelhados".

A verdadeira cruzada contra a ideologia de gênero parece encontrar seu limite mais tragicômico no Projeto de Lei 5.686/2016, que altera a Lei de Contravenções Penais, para fins de incluir a contravenção de prática de uso de banheiros públicos por pessoas de gênero oposto ao indicado na entrada. Segundo o seu autor, o Deputado Federal Professor Victório Galli, do Partido Social Cristão do Mato Grosso, a situação seria "constrangedora" e colocaria a sociedade diante de um verdadeiro "terror sem saber o que é certo ou errado, por uso indiscriminado [dos banheiros] por pessoas de sexo oposto"[17]. Para o parlamentar, ainda, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) é responsável pela instauração do "terror" na medida em que autoriza a "perigosa prática".

---

expressão 'discriminação de gênero'. Tanto na conferência como nas pré-conferências os delegados de numerosos países exigiram que o conceito de gênero fosse claramente definido antes do documento ser apresentado ou aprovado, mas as comissões responsáveis insistiram repetidas vezes que o termo era auto-evidente e não necessitaria ser definido. A presente proposição baseia-se no princípio constitucional da especial proteção do Estado à família (Artigo 226), esta última reconhecida pela Carta Magna como 'base da sociedade' (Artigo 226), no princípio constitucional da obrigação da lei estabelecer os meios jurídicos que garantam à família a possibilidade de se defender contra os que desrespeitam seus valores éticos e sociais (Artigo 221) e, com muito mais razão, contra os que atentam contra a sua integridade e existência no tecido social, e no princípio constitucional do papel privilegiado da família na educação, atribuído à mesma como dever (Artigo 205), de modo que se torna uma contradição constitucional um sistema educacional concebido com o objetivo específico de destruir a própria família como instituição".

17. O trecho completo das razões do projeto é o seguinte: "as pessoas que se utiliza [sic] dos banheiros públicos instalados em escolas, shoppings, estádios de futebol, cinemas, restaurantes, órgãos da administração direta e indireta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e em outros diversos locais públicos, tem vivido um terror sem saber o que é certo ou errado, por uso indiscriminado por pessoas de sexo oposto ao que sinaliza a placa de entrada desses banheiros. Neste sentido precisamos normatizar essa matéria, com a única e exclusiva intenção de prevalecer o bom senso, por uma sociedade que clama pelos valores éticos e morais".

Nesse sentido, vale observar a redação que foi dada inicialmente ao sobredito Projeto de Lei:

> O Art. 42 do Decreto-Lei 3.688 de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), passa a vigorar acrescido do inciso V e parágrafo único.
>
> Art. 42 [...]:
>
> V – Usar banheiro público diferente de seu gênero masculino ou feminino
>
> Parágrafo único – O homem que efetuar a mudança de sexo e a mulher que fizer o tratamento hormonal para ter características masculina e que comprovar a mudança de nome por decisão judicial transitada em julgado fará uso de banheiro conforme seu gênero.

O mais curioso é que, em menos de dez dias de sua apresentação, a proposta foi retirada e depois reapresentada pelo próprio autor, com um pequeno reparo no texto original: no lugar da palavra "gênero" foi inserido o termo "sexo". O parlamentar percebeu tardiamente que se utilizou do conceito de gênero para redigir o texto de uma normativa que objetivava, justamente, eliminar a sua existência. Acima de tudo, o que essa situação um tanto quanto esdrúxula revela é a falta de seriedade e profundidade com que a discussão de gênero vem sendo feita por significativa parcela do Legislativo brasileiro – parcela que, infelizmente, foi capaz de influenciar a elaboração de normativas importantes, como é o caso do feminicídio.

4. "Sim" ao feminicídio, "não" à discussão de gênero: as incongruências do Poder Legislativo

A análise do cenário legislativo anteriormente descrito enseja algumas considerações importantes sobre a forma pela qual parte do Legislativo federal tem influenciado políticas de gênero.

Uma primeira curiosidade que deve ser destacada é que todos os Projetos de Lei voltados ao combate da "ideologia de gênero" foram apresentados a partir de 2015, justamente o ano de aprovação do feminicídio. A leitura das justificativas ofertadas revela que a principal fundamentação de referidos projetos legislativos é o de acabar com "a construção deliberada de uma estratégia para suplantar progressivamente a clivagem biológica dos sexos para substituí-la pela de gêneros, enquanto constructos culturais de caráter difusamente identitário"[18].

18. BRASIL. Câmara dos Deputados, Projeto de Lei 3.235/2015. p. 4. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoes/]. Acesso em: 20.04.2018.

O maior receio dos parlamentares atrelados a tal ideologia com relação ao "gênero" parece ser o seu presumido potencial de flexibilização e desconstrução das noções fixas maniqueístas de "homem" e "mulher" ou de "masculino" e "feminino". Diante disso, a maior parte dos projetos referenciados dedica-se, *e.g.*, a impedir que a "maléfica teoria" influencie políticas públicas educacionais. Argumenta-se que se o Plano Nacional de Educação, aprovado em 2014 (Lei 13.005/2014), não menciona – propositalmente – o termo "gênero" e que, portanto, a promoção da "ideologia de gênero" não poderia ser estimulada nas escolas sem ferir as bases nacionais de ensino aprovadas pelo Congresso Nacional.

O feminicídio, por sua vez, deve ser analisado dentro desse mesmo contexto. Como citado, durante as discussões da proposta na Câmara dos Deputados, houve resistência à aprovação do projeto respectivo por parlamentar contrário à noção "ambígua" de gênero. Apesar da fragilidade da fundamentação feita pelo deputado, que não forneceu praticamente nenhuma explicação para a crítica que fazia ao uso do termo, é possível constatar que sua resistência se coaduna à possibilidade de o gênero flexibilizar as distinções rígidas e biológicas entre "homem" e "mulher", daí a sua perigosa "ambiguidade".

Ademais, como asseverado, a bancada do governo desejava que a proposta fosse aprovada o mais rápido possível, a tempo de ser sancionada no dia 8 de março, em pronunciamento presidencial. Na ponderação entre a insistência no termo "gênero" e o atraso na sanção do feminicídio, desistiu-se daquele para a imediata aprovação deste último.

O problema disso, para além das sérias consequências já apontadas com relação às mulheres transexuais, é que, sem a expressão "gênero", o feminicídio pode ser visto não como uma vitória das mulheres, mas, paradoxalmente, como um êxito do conservadorismo rumo à consolidação de uma política antigênero. Aparentemente, ambos os lados se deram por satisfeitos com o acordo linguístico estabelecido: a bancada feminina, porque afirmou a nomenclatura pretendia – *feminicídio* –, e os conservadores, porque apagaram a nomenclatura que os incomodava – *gênero*.

Outro ponto importante a se ressaltar da análise efetuada é que das mais de dez propostas analisadas acerca do feminicídio, a maioria absoluta vai no sentido essencial de seu singelo recrudescimento, por meio de estratégia com vistas ao aumento sancionatório. Em outras palavras, radicaliza-se a punição, olvidando-se de outras medidas.

Esse dado demonstra a orientação punitivista de muitos dos parlamentares que julgam ser possível resolver problemas sociais complexos simplesmente por

meio do endurecimento da repressão penal[19]. Referida forma de se pensar a lei penal é, infelizmente, ainda bastante comum não só no Congresso Nacional, mas na sociedade de uma forma geral, que não raras vezes expressa o seu clamor punitivista – talvez hoje mais do que nunca – por meio de campanhas voltadas ao "combate à impunidade".

Independentemente da discussão quanto à necessidade ou não de específicas formas de intervenção penal diante da violência de gênero, a trajetória legislativa brasileira dos últimos anos – seja pela maioria de sua produção até aqui aferida, seja por aquilo que se sinaliza diante do quadro parlamentar descrito – indica a desconsideração das limitações do Direito Penal, bem como a simplificação e redução das dimensões dos problemas sociais, os quais, segundo se pensa, poderiam ser por esse ramo jurídico equacionados. Em outras palavras, a desigualdade de gênero, geradora da violência de gênero, mostra-se muito mais complexa para sua superação do que supõe a postura de mera edição de leis penais[20].

Tomando por base o feminicídio, percebe-se que o assassinato de mulheres é consequência de um padrão social discriminatório com relação a essas. Esse padrão discriminatório só é possível por conta da desigualdade de gênero estrutural da sociedade brasileira[21]. Dessa forma, não há como se pensar em redução dos índices de feminicídio sem antes se pensar em políticas para acabar com a desigualdade de gênero, que é, de fato, a verdadeira raiz do problema[22] – e não a violência *per se*.

---

19. Para uma visão crítica a esse respeito com relação aos direitos da mulher, *e.g.*, cf. KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 3, n. 9, jan.-mar.1995. p. 147-163.

20. Para uma crítica quanto ao apelo legitimador em tais hipóteses, cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 48, maio.-jun.2004. p. 267 e ss. Para um ponto de vista favorável especificamente quanto ao feminicídio, cf. SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Feminicídio: primeiras observações. *Boletim IBCCRIM*, v. 269, abr. 2015. p. 3-4.

21. Sobre os consectários jurídico-penais dessa desestruturação de gênero na legislação brasileira, cf. SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 343 e ss.

22. Sinalizando o papel essencial da educação para a transformação da realidade desigualitária, cf. GISBERT GRIFO, Susana; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Género y violência*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 65 e ss.

Esse foi, inclusive, o diagnóstico da própria Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que apresentou o Projeto de Lei do feminicídio. Na sua visão, a criminalização seria apenas uma pequeníssima fatia das políticas que precisam ser implementadas com o fim de diminuir os índices de violência contra a mulher.

Não por acaso, a CPMI propôs, conjuntamente ao feminicídio, outros 13 projetos de lei com enfoque na prevenção da violência, entre os quais, melhoria no sistema público de saúde para garantir atendimento especializado às vítimas; modificação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, para fins de estabelecer como diretriz dos conteúdos curriculares da educação básica o respeito a igualdade de gênero; melhoria das políticas de abrigamento, com a concessão de benefícios sociais provisórios destinados às mulheres em situação de violência; ampliação do orçamento público destinado à implementação de políticas para mulheres etc.

No entanto, todos esses projetos legislativos, à exceção de dois (o do feminicídio e o que previa a melhoria do atendimento conferido às vítimas de violência pelo sistema público de saúde – transformado na Lei 13.427/2017), permanecem até hoje completamente paralisados e sem apreciação da matéria. Ou seja, vem se privilegiando a simples resposta penal.

Nota-se, portanto, que o Poder Legislativo nacional vem consolidando uma lógica contraditória com relação ao tema da violência de gênero. Isso pois, ao mesmo tempo em que promove o uso do Direito Penal no enfrentamento da violência contra as mulheres[23], reconhecendo a importância do interesse tutelado, negligencia os próprios efeitos dessa mesma disciplina – a denominada "vitimização secundária"[24] –, bem como o confronto da problemática pelos demais âm-

23. Quanto ao feminicídio, *e.g.*, ademais, como nota GOMES: "a judicialização do feminicídio é uma das vertentes do debate sobre o problema, ela expressa um tipo de resposta possível no enfrentamento do fenômeno, sem significar a totalidade desta discussão, mas é também, elemento fundamental para avançar neste largo e arenoso caminho, que compreende o enfrentamento da expressão letal da violência de gênero praticada contra as mulheres" (GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito*, Universidade Federal da Paraíba, n. 1, 2015. p. 191).

24. A vitimização secundária diz respeito aos danos e inconvenientes que o sistema de controle penal formalizado ocasiona às vítimas de delitos, o que há de ser sempre sopesado para fins de ponderação de erigimento de uma novel incriminação ou mesmo de medidas conjuntas que devem ser adotadas quando essa última for inevitável. Se no geral isso se mostra importante, no caso da violência de gênero potencializa-se. Sobre o tema, cf. FERREIRO BAAMONDE, Xulio. La tutela de la víctima de violencia de género: la seguridade como objetivo del proceso penal. In: PUENTE ABA, Luz Mª. (Dir.). *La*

bitos jurídicos. E, pior ainda nesse claudicante caminhar, criminaliza o tema da desigualdade de gênero de modo obtuso, negando terminantemente a incorporação do termo no âmbito comunicativo e educacional.

5. Considerações finais

Dentro desse contexto, é possível extrair dois obstáculos centrais da produção legislativa brasileira das leis penais de gênero: o preponderante recurso, por si só, ao Direito Penal e o conservadorismo de grande parcela do Congresso Nacional.

No primeiro caso, muito embora a Lei Maria da Penha denotasse na origem a articulação de regulamentação extrapenal e penal e medidas de diversas naturezas, sendo marco na tutela feminina, a ausência de políticas públicas governamentais efetivas subsequentes, seja por inércia própria do Executivo ou por omissão na atuação legislativa, vem preponderando a fixação de respostas penais sem maior encadeamento. O consectário tem sido o esgarçamento penal, ademais sem maior aprumo técnico e permeado de contradições.

Por sua vez, o conservadorismo do congresso nacional, principalmente quanto ao uso do termo gênero, vem sendo capaz de desarticular estratégias parlamentares importantes voltadas à desconstrução de desigualdades. Isso gera situações completamente incompatíveis, como, *e.g.*, a de um parlamento que aprova uma qualificadora de feminicídio sem "gênero", mas com "sexo", e que não permite a discussão da desigualdade de gênero nas escolas.

No que tange ao Direito Penal, como sabido, esse não tem por função, tampouco é capaz, de eliminar a desigualdade de gênero, que é causa primeira da violência contra as mulheres. Por conta disso, mesmo quando necessária sua intervenção, deveria vir obrigatoriamente acompanhado de políticas públicas não repressivas, especialmente aquelas voltadas à promoção de políticas educacionais que combatam a discriminação de gênero. Caso contrário, o que se consagra é, de um lado, uma medida penal extremamente limitada, muitas vezes desveladora de mero simbolismo, e, de outro, desigualdades sociais concretas à espera de soluções jurídicas de efeitos igualmente concretos.

Em conclusão, observa-se que a desigualdade de gênero – e violência dela decorrente – não é tema que vem possuindo satisfatória consideração por parte do Poder Legislativo brasileiro. Seja pela ausência de maiores debates das casas

respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de uma política criminal punitivista. Granada: Comares, 2010. p. 241 e ss.

legislativas para com a sociedade – sujeitando-se de modo incerto a grupos de pressão contraditórios –, seja pelo predominante apego pontual ao recrudescimento penal, como visto, nota-se que a sinalização legal pátria é aquela que não se volta à raiz da problemática.

O resultado sinaliza-se, ao que tudo indica, à preponderante edição de leis penais de gênero sem que sequer se reconheça referida natureza. Nesse sentido, avultam paradoxos incompatíveis com um corpo orgânico de Direito de Gênero, o qual, plasmado em diversos ramos jurídicos e aliado a políticas públicas reais, poderia corroborar a emancipação de grupo milenarmente[25] cerceado por uma sociedade machista e patriarcal.

6. Referências bibliográficas

AMARAL, Alberto Carvalho. *A violência doméstica a partir do olhar das vítimas*: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo. Belo Horizonte: D'Placido, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 48, p. 260-290, maio-jun. 2004.

AZEVEDO, Sarah Lino Fernandes de. O adultério, a política imperial e as relações de gênero em Roma. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

BLAY, Eva Alterman. *Assassinato de mulheres e direitos humanos*. São Paulo: USP/Ed. 34, 2008.

BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: ano LXX, n. 29, quarta-feira, 4 de março de 2015.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Sobre o feminicídio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 270, maio 2015.

FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. Violência de gênero e direito penal: análise da racionalidade da tipificação do feminicídio no Brasil. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, ano 3, n. 5, p. 241-272, jan.-jun. 2016.

FERREIRO BAAMONDE, Xulio. La tutela de la víctima de violencia de género: la seguridade como objetivo del proceso penal. In: PUENTE ABA, Luz Mª. (Dir.). *La respuesta penal a la violencia de género*: lecciones de diez años de experiencia de uma política criminal punitivista. Granada: Comares, 2010.

25. Sobre as origens antigas do machismo, cf. AZEVEDO, Sarah Lino Fernandes de. O adultério, a política imperial e as relações de gênero em Roma. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, *passim*.

GISBERT GRIFO, Susana; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Género y violência*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito*, Universidade Federal da Paraíba, n. 1, p. 188-218, 2015.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Legítima defesa da honra. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína Conceição (Coord.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e direitos humanos*: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014.

KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 3, n. 9, p. 147-163, jan.-mar. 1995.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coord.). *A violência doméstica fatal*: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio*: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2018. v. II: parte especial.

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora de. Questões controversas com relação à lei do feminicídio (Lei 13.104/2015). *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, v. 111, p. 263-279, 2016.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Feminicídio: primeiras observações. *Boletim IBCCRIM*, v. 269, p. 3-4, abr. 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de; YANG, Eloisa. O crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência e o desafio em torno da violência de gênero. *Boletim do IBCCRIM*, v. 306, p. 13-14, maio 2018.

SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. Ódio e direito penal. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2016.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012*: homicídio de mulheres no Brasil, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminologia crítica e Lei Maria da Penha: uma relação (in)conciliável?, de Victor Sugamosto Romfeld – *RBCCrim* 120/379-408 (DTR\2016\20124);
- Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista, de Priscylla Kethellen Viana e Franciele Silva Cardoso – *RBCCrim* 146/613-647 (DTR\2018\18312); e
- Impressões objetivas sobre a Lei de violência doméstica, de Jayme Walmer de Freitas – *RT* 864/431-445 (DTR\2007\667).

Constituição e encarceramento no Brasil: a revalorização da pena de prisão na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)

Constitution and incarceration in Brazil: revitalization of prison in the National Constituent Assembly (1987-1988)

Luiz Guilherme Mendes de Paiva

Doutor (2015) e Mestre (2006) em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Gestor Público Federal. Pesquisador Associado do Centro de Política Internacional de Drogas da London School of Economics and Political Science (LSE).
paivalg@gmail.com

Recebido em: 23.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão do autor: 12.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O trabalho apresenta os discursos político-criminais sobre a pena de prisão no Brasil, antes (fase pré-legislativa) e durante (fase legislativa) a Assembleia Nacional Constituinte, e que foram contemplados na Constituição de 1988. Por meio da análise das emendas apresentadas durante o processo legislativo, procura-se demonstrar que o processo de redemocratização atribuiu ao sistema de justiça criminal o papel de instrumento de resolução de problemas sociais complexos, distanciando-se das premissas adotadas pelo legislador brasileiro poucos anos antes, com a aprovação da Lei de Execução penal e da nova Parte Geral do Código Penal. Nesse processo, que antecipou o recrudescimento penal que marcou as décadas seguintes, a pena de prisão foi revalorizada tanto por setores conservadores quanto por setores progressistas, assumindo o papel de síntese das demandas contraditórias que se apresentaram durante as disputas políticas nos anos 1980.

Abstract: The paper presents the political discourses on prison in Brazil, as debated before (pre-legislative stage) and during (legislative stage) the National Constituent Assembly, and eventually contemplated in the Constitution of 1988. Analyzing parliamentary amendments presented at the Assembly, it demonstrates that redemocratization adopted criminal justice system as a tool for solving complex social problems, distancing itself from the assumptions from the legal reforms approved few years earlier. In this process, conservative sectors and progressive sectors both revitalized prison as punishment, which became the synthesis of contradictory demands that arose during the political disputes in the 1980s. It anticipated the resurgence of punitive legislation and judicial practices in the following decades.

Paiva, Luiz Guilherme Mendes de. Constituição e encarceramento no Brasil: a revalorização da pena de prisão na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. p. 479-524. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

Palavras-chave: Populismo penal – Pena de prisão – Estado de bem-estar – Reformas de 1984 – Assembleia Nacional Constituinte.

Keywords: Penal Populism – Prison – Welfare State – Legislative Reforms of 1984 – National Constituent Assembly.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contexto político-eleitoral. 2.1. As eleições de 1982: o conservadorismo na oposição e a guerra contra o crime. 2.2. Os novos movimentos sociais e o direito penal simbólico. 3. A Assembleia Nacional Constituinte. 3.1. O funcionamento da ANC. 3.2. Os debates na Assembleia Nacional Constituinte. 3.3. Os mandados constitucionais de penalização. 3.3.1. Retenção dolosa de salário (art. 7º, X, CF). 3.3.2. Usura (art. 192, § 3º, CF). 3.3.3. Severidade na punição ao abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes (art. 227, § 4º, CF). 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo tem o objetivo de apresentar o debate pré-legislativo e legislativo a respeito do sistema de penas, e mais especificamente sobre a prisão, na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). Pretende-se expor como os embates entre forças políticas contraditórias produziram um texto constitucional que se equilibra entre princípios liberais e garantistas, de um lado, e mandados de penalização e outros dispositivos essencialmente punitivos, de outro. Busca-se jogar luz ao processo que, pouco tempo depois das reformas de 1984, fez retomar o protagonismo da pena de prisão no sistema jurídico-penal brasileiro, como improvável síntese das demandas de forças progressistas que viram no direito penal instrumento de defesa dos direitos de cidadania, e da incorporação de um discurso político de guerra ao crime e de lei e ordem adotado pelas forças conservadoras.

Em janeiro de 1985, entravam em vigor as Leis 7.209 e 7.210. A primeira reformulava completamente a Parte Geral do Código Penal, e a segunda introduzia a primeira Lei de Execução Penal (LEP) no Brasil. Ambas representavam o amplo reconhecimento, acadêmico e político, da necessidade de se buscar alternativas à pena de prisão como resposta única no âmbito da justiça criminal. As Comissões de Juristas que deram origem aos textos aprovados com poucas modificações no Congresso haviam adotado pressupostos como a imposição da pena como resposta proporcional e justa ao agravo cometido, mas, ao mesmo tempo, voltada a oferecer ao condenado as condições para poder, em liberdade, resolver os conflitos próprios da vida social, sem recorrer ao caminho do delito (REALE JÚNIOR, 1983, p. 77); o reconhecimento do preso como sujeito de direito; a necessidade de reduzir os efeitos danosos ou mesmo criminógenos da prisão, aplicando-a apenas quando estritamente necessário, e, mesmo nesses casos, cumprindo sua pena em um cárcere humanizado.

Em junho de 1985, o primeiro civil na presidência da República desde 1964, José Sarney, enviou ao Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional que convocou a Assembleia Nacional Constituinte (ANC). O novo sistema de justiça criminal decorrente das reformas de 1984 seria legitimado nos trabalhos de elaboração do novo texto: afinal de contas, seus pressupostos decorriam naturalmente da adoção de um Estado Social e Democrático de Direito.

Contudo, como se procurará demonstrar, o processo legislativo da ANC também desencadeou a revalorização do papel simbólico do Direito Penal, da criminalização e da pena de prisão, como reafirmação de importância das novas pautas da sociedade plural que florescia e, ao mesmo tempo, como ferramentas idôneas à resolução de problemas sociais. Além disso, o discurso punitivo surgido no novo panorama eleitoral foi incorporado nos debates parlamentares e fez nascer a retórica do populismo penal no País, apontando a pena de prisão como forma de solucionar o problema da criminalidade. A combinação dessas duas forças culminou na improvável união entre conservadores e progressistas em torno da força simbólica da lei penal e do encarceramento.

2. Contexto político-eleitoral

O início da década de 1980 foi um período de movimentação política intensa no País. A sociedade encontrava-se mobilizada em diversas frentes sob a bandeira comum da abertura política, e, após a despolitização nos anos de endurecimento do regime militar, o debate sobre a *questão democrática* aflorou e foi conduzido por diversos atores políticos em meados dos anos 1970. O movimento pela anistia, que ganhou força a partir do governo Geisel, é considerado um dos elementos de constituição da sociedade civil no período (DEL PORTO, 2002; CIAMBARELLA, 2002). As disputas eleitorais de 1974 e 1978 haviam representado a união entre a oposição política e a esquerda intelectual paulista, e a legenda política de oposição oficial – o MDB – assumiu a questão dos desaparecidos políticos, (NAPOLITANO, 2014, p. 242-243), o que também mobilizou a Igreja Católica para exercer papel ativo na oposição ao aparato repressor durante o governo Médici.[1]

A segunda metade da década de 1970 representou, ainda, o surgimento e a ascensão de novos movimentos sociais, cujas identidades como sujeitos políticos

1. A missa realizada em memória do estudante Alexandre Vannucchi Leme, morto pelas forças repressivas em 1973, que reuniu 5.000 pessoas na Praça da Sé, em São Paulo, foi o primeiro ato público de massa contra o regime desde 1968 (NAPOLITANO, 2014, p. 244).

foram construídas exatamente pela falta de representação e identidade nos cenários públicos institucionais (SADER, 2001, p. 199). Em paralelo, o general João Figueiredo assumiu a presidência da República em meio a uma grande paralisação dos operários no ABC paulista, cujo sucesso reforçaria a ascensão política das lideranças sindicais em torno do movimento grevista que se iniciara em 1978. Mais uma vez, a participação da Igreja como mediadora das negociações entre governo, montadoras e sindicatos representou a união de atores sociais que representariam forças políticas importantes na década de 1980. Algumas dessas forças, antes aglutinadas no MDB, passariam a buscar representação própria na política institucional a partir do fim do bipartidarismo, em novembro de 1979.

Ao mesmo tempo, à direita, os descontentes com o processo de abertura se manifestaram nos subterrâneos, dos quais foram exemplos as bombas enviadas à OAB e à Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em 1980 e o atentado frustrado no Riocentro, em 1981.[2] Tais eventos foram interpretados como ações desesperadas da extrema-direita nos aparelhos da repressão e colocaram a linha dura do Exército na defensiva política (SKIDMORE, 1988, p. 228). As forças políticas conservadoras, representadas pelo partido oficial do governo – a ARENA – e por setores do Exército, foram conduzidas pelo processo de abertura a compor a política institucional segundo as novas regras.

2.1. As eleições de 1982: o conservadorismo na oposição e a guerra contra o crime

A Lei Orgânica dos Partidos Políticos, aprovada no fim de 1979, extinguiu o bipartidarismo vigente desde o Ato Institucional 2/1964. ARENA e MDB foram sucedidos por seis novos partidos: PDS (sucessor da ARENA); PMDB (sucessor do MDB); PP (que reuniu dissidentes da ARENA e do MDB, mas que se autodissolveu e fundiu-se com o PMDB, em 1981); PT (reunindo o novo sindicalismo, representantes da esquerda eclesiástica e antigos grupos guerrilheiros de

2. As manifestações de atos de terrorismo pelos porões da ditadura contra entidades identificadas com a pauta da abertura política já eram registradas desde meados dos anos 1970: em agosto e setembro de 1976, bombas foram colocadas na sede da OAB e da Associação Brasileira de Imprensa (ABI), no Rio de Janeiro, e na sede do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), em São Paulo. No mesmo ano, o bispo de Nova Iguaçu (RJ) foi sequestrado por homens encapuzados, levado a um matagal, espancado e abandonando nu, e seu carro foi destruído por uma bomba em frente à sede da CNBB (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985).

esquerda); PTB (liderado por Ivete Vargas); e PDT (liderado por Leonel Brizola).[3] Com o cancelamento das eleições municipais de 1980, a primeira experiência eleitoral do novo modelo seria a eleição geral de 1982, na qual foram escolhidos os governadores estaduais (pela primeira vez desde 1965), um terço do Senado, toda a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas e as prefeituras.

A precariedade econômica mostrava que as eleições eram de alto risco para o governo: tratava-se da maior recessão no país desde os anos 1930 (SKIDMORE, 1988, p. 235). Os quatro partidos de oposição se reuniram para divulgar uma plataforma comum de compromissos eleitorais, incluindo o direito de voto aos analfabetos, o aumento da autonomia sindical, a garantia do direito de greve e a adoção de política salarial justa, ressaltando o tom de solidariedade social que marcava a pauta oposicionista naquele momento.

Naquela eleição, os 45 milhões de eleitores deram um voto de confiança para a oposição. Os quatro partidos oriundos do antigo MDB elegeram, somados, 240 deputados e 23 senadores, contra 235 deputados eleitos pelo PDS – que, no entanto, manteve larga dianteira no Senado, com 46 eleitos. O resultado mais impressionante se deu nas eleições para os governos estaduais: nove estados elegeram opositores ao regime militar, incluindo São Paulo, com Franco Montoro; Rio de Janeiro, com Leonel Brizola; e Minas Gerais, com Tancredo Neves.

As derrotas eleitorais nos grandes centros representaram duro golpe aos setores à direita da política tradicional. A ARENA pagava o preço pelo fracasso da política econômica, de responsabilidade do governo federal; já os novos governadores oposicionistas representavam a expectativa dos movimentos pela democracia nascidos e fortalecidos nos anos anteriores, e que já buscavam novos e cativantes objetivos com a campanha pelas Diretas Já. Não havia condições políticas para uma reviravolta no processo de abertura, nem mesmo dentro do Exército (SKIDMORE, 1988, p. 243). Todos esses fatores contribuíram para uma forte desorganização na política conservadora (BRANDÃO, 2011, p. 45).

Em São Paulo, o ex-governador Paulo Maluf havia sido indicado como governador biônico pela ARENA contra a vontade do governo federal, e seu mandato foi baseado fortemente em obras públicas de grande visibilidade, medidas midiáticas como a proposta de mudança da capital do Estado para o interior e a criação de uma empresa petrolífera estadual – a Paulipetro. A imagem coletiva de seu perfil executivo como o político corrupto que "rouba, mas faz" era complementada pela pesada repressão com a qual lidou com os movimentos grevistas em

3. Os partidos comunistas ainda foram mantidos na ilegalidade, o que apenas seria revertido em 1985.

1980 (SKIDMORE, 1988, p. 247). A pauta do combate à criminalidade de rua, no entanto, não era central em seu governo. Maluf renunciou ao mandato em maio de 1982 para concorrer naquele mesmo ano ao cargo de deputado federal, para o qual foi eleito com quase 673.000 votos.[4] Por outro lado, o candidato de seu partido para a sucessão estadual, Reynaldo de Barros, obteve apenas 23% dos votos nas eleições de 1982,[5] o que representou um grande obstáculo ao objetivo central de Maluf – as eleições presidenciais de 1985.

Diante do quadro de piora na perspectiva econômica, de necessidade de alavancagem política e da oportunidade de agregar em torno de si o discurso conservador, a direita paulista buscou aproveitar a oportunidade de estabelecer uma nova pauta de oposição ao governo estadual recém-eleito, particularmente em relação à política de *direitos humanos* para a reforma da polícia e do sistema penitenciário. A luta para o reconhecimento de direitos dos presos comuns estava sendo travada pelas comissões e centros de direitos humanos, partidos de esquerda e centro-esquerda nesse período, tomando por base os processos de mobilização em torno dos presos políticos e dos novos movimentos sociais.[6]

Essa pauta era uma evolução lógica para os movimentos progressistas naquele período, mas, ao ser assumida como política pública pelo governo estadual, tornou-se alvo natural da oposição à procura de um discurso. Caldeira (1991, p. 169) mostra como a direita política passou a associar os esforços pela humanização dos presídios à concessão de privilégios (luxo, boa vida, hotel cinco estrelas, discursos que permanecem extremamente fortes até hoje), e isso tudo para o desfrute de "bandidos que zombavam, assim, de honestos homens de bem que lutavam para sobreviver com dignidade". A rejeição à tentativa de estabelecimento de padrões mínimos de direitos aos presos comuns foi tamanha que os grupos que assumiram essa pauta (religiosos e juristas) chegaram a comprometer sua própria legitimidade social, o que não havia acontecido no processo de luta a favor dos presos políticos (CALDEIRA, 1991, p. 167).

A construção do discurso da lei e ordem por parte da nova direita foi tão bem-sucedida que o próprio conceito de direitos humanos passou a ser entendido, e

4. Marca que seria superada apenas nas eleições de 2002, quando Enéas Carneiro (PRONA/SP) se elegeu o deputado federal mais votado da história do Brasil, com mais de 1.500.000 de votos.

5. Fonte: Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade. Disponível em: [http://produtos.seade.gov.br/produtos/moveleitoral/index.php]. Acesso em: 18.04.2018. O PMDB também conquistou 42 vagas na Assembleia Legislativa, contra 22 do PDS, 11 do PTB e nove do PT.

6. Que se verá em mais detalhes no próximo item.

rejeitado, como *regalias para bandidos* (CALDEIRA, 1991, p. 165). Tal insucesso pode ser explicado pela soma de diferentes fatores: a natureza individual dos direitos reivindicados, em oposição aos direitos coletivos que vinham sendo articulados com sucesso pelos movimentos sociais;[7] a condição precária de cidadania dos grupos para os quais se reivindicavam os direitos; a incapacidade de os próprios interessados se mobilizarem por si próprios e de articularem uma identidade comum para denunciar as violações sofridas; a construção de um *estereótipo de criminoso*, que nos discursos políticos é sempre assassino ou estuprador, e a confusão entre o reconhecimento de direitos humanos dos presos com a defesa do crime ou dos criminosos, em oposição às vítimas e aos homens de bem; e a manipulação da insegurança e do medo pelos opositores políticos ao governo estadual (polícia, políticos de direita e comunicadores de massa).

É certo que a representação da violência urbana em São Paulo não surge apenas na década de 1980. Alessandra Teixeira (2012, p. 108) ressalta que desde meados dos anos 1960 há uma percepção generalizada de aumento dos crimes de roubo, que ajudou a formar a figura do *trombadinha* e do *assalto à mão armada* no imaginário popular. Contudo, anota que a própria natureza autoritária do regime e a violência institucionalizada não permitiam a responsabilização política dos governos, canalizando a indignação para o apoio a soluções extrajudiciais como os esquadrões da morte (TEIXEIRA, 2012, p. 109). Isso significa que já havia na sociedade uma construção disseminada do criminoso como *outro* a ser excluído e, mesmo após deflagrado o processo de abertura política, a defesa dos direitos dos presos comuns pelo governo estadual e por outros atores sociais era francamente contramajoritária.

O início do governo Montoro, em São Paulo, encontrou uma situação bastante complexa em termos de segurança pública.[8] O início do desmonte das estruturas institucionais e subterrâneas do período autoritário constituiu um grande desafio, e as propostas de reforma penitenciária[9] e das polícias, naturalmente,

7. Para Caldeira (1991, p. 168), a população brasileira historicamente associa os direitos individuais e civis a privilégios, enquanto os direitos coletivos são compreendidos como legítima expansão de direitos de grupos espoliados.

8. A delicadeza da situação da segurança pública no período da redemocratização é objeto de ampla bibliografia, notadamente em ciências sociais (ver CALDEIRA, 2000; ADORNO, 1996; PINHEIRO, 1983; TEIXEIRA, 2012), cujo aprofundamento foge do escopo deste artigo. Cabe tão somente destacar que havia um contexto social e institucional que favoreceu a rápida disseminação do discurso político-jurídico em torno de demandas de lei e ordem.

9. Sobre a política de humanização dos presídios, implementada pela gestão de José Carlos Dias, secretário de Justiça do governo Montoro, e as reações de setores sociais e do *staff*

atraíram a oposição de amplos setores da Polícia Civil e Militar, o que repercutiu de forma decisiva na opinião pública. Para Teixeira (2012, p. 187),

> os esforços em restringir a atuação da Rota, pela tentativa de esvaziar a centralidade que lhe era conferida pelo governo anterior, foram atacados pela oposição e por grande parte da imprensa, que associavam a tentativa de controle da violência policial ao aumento do crime patrimonial.

A reformulação dos métodos de coleta das estatísticas criminais deu credibilidade para a alegação de que a criminalidade havia *explodido* com o novo governo – o número de roubos na cidade saltou de 24.680, em 1982, para 40.952, em 1983, e para 63.843, em 1984.[10] O discurso foi prontamente incorporado como fator de reorganização política e ocupação de espaços por setores que antes exerciam livremente o papel de gestão da criminalidade política e comum e estavam ameaçados pelo processo de redemocratização.

A análise de algumas notícias da época serve para ilustrar o momento de crise com a reforma das polícias e o reflexo na construção da imagem da insegurança como subproduto das políticas de direitos humanos para *criminosos*. Em 03 de novembro de 1983, os jornais noticiaram uma substituição na cúpula da Polícia Civil de São Paulo. A troca veio num momento de convulsão nas forças policiais, que, em estado de greve branca, faziam algumas exigências ao governo:

> [As mudanças] apontam para a criação de uma nova filosofia de trabalho, em substituição à política de "proteção dos direitos humanos", pois os delegados querem garantias de que não serão mais "perseguidos" pela Corregedoria. "Eles precisam dar mostras de um novo comportamento", disse um delegado, revelando insatisfação com a atual sistemática. "Um simples tapa ou um palavrão dirigido a um preso já são motivos para punição, sem termos chance de defesa".[11]

---

penitenciário que ajudaram a moldar o debate público subsequente, ver SALLA (2007, p. 75 e ss.).

10. Fonte: Anuários Estatísticos do Estado de São Paulo, Fundação SEADE. Os índices recuaram e se estabilizaram em torno de 50.000 nos anos seguintes, ainda em patamar bem superior ao começo da década. Contudo, ao menos parte desse aumento pode ser atribuído a mudanças implementadas pelo novo governo na forma de registro das ocorrências policiais, buscando acabar com a famosa prática do "boletim de ocorrência papel de bala", em que os registros eram destruídos após a lavratura para diminuir os índices de crimes não resolvidos. Roberts et al. (2003, p. 13) salienta que um dos elementos do populismo penal é rejeitar como irreal qualquer redução nos índices de criminalidade, mas aceitar como fato incontestável o aumento dos números, mesmo quando atribuíveis a mudanças na forma de coleta dos dados.

11. Delegados pedem política mais branda. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 03.11.1983. Primeiro Caderno, p. 14.

Naquele mesmo dia, o enterro de um policial morto em confronto foi permeado por críticas à política de segurança pública do novo governo: "Meu cunhado morreu por causa dos direitos humanos para os marginais. Querem que o policial leve um tapa na cara e ofereça a outra [...]. O policial só pode morrer porque quando mata ele é logo punido".[12]

A grande comoção decorrente de crimes violentos disseminava esse discurso, muitas vezes reiterado pelas vítimas. Em 02 de fevereiro de 1984, a *Folha de S. Paulo* publicou entrevista com a tia de um estudante morto em um latrocínio não esclarecido. A entrevistada havia publicado um anúncio no mesmo jornal dias antes, endereçado ao "crápula desconhecido", em que rogava a Deus "não para que o perdoe, mas para que o amaldiçoe, por toda a eternidade, até as profundezas do inferno". Na entrevista, a autora do anúncio afirmou:

> O que me deixa particularmente intrigada [...] é a insistente referência aos direitos humanos tanto pelas autoridades quanto pelos jornais, quando se trata de prisões ou mortes de trombadinhas ou de outros bandidos. Ninguém se refere aos direitos humanos dos homens pacatos e trabalhadores, vítimas desses marginais.[13]

O desabafo da família da vítima ganhou eco na esteira da grande comoção causada pela a morte de Talita, de 8 meses, atingida no colo de sua mãe em um assalto a banco em 30 de outubro de 1983, em São Caetano do Sul. A quadrilha foi cercada pela polícia e cinco dos sete assaltantes foram mortos no confronto. Procurado pela imprensa, o delegado do caso ofereceu uma hipótese explicativa para o aumento do número de assaltos a banco em São Paulo: "faltam recursos técnicos, mas a gente sente mesmo é uma certa impunidade. 80% dos atuais assaltantes a banco são presos albergados ou em liberdade condicional".[14].

A instrumentalização do discurso do medo para fins políticos foi muito rápida e eficaz para construir uma situação de incompatibilidade entre a segurança das pessoas *de bem* e a garantia de direitos a acusados e condenados. Após transcrever alguns discursos políticos daquele período, proferidos por autoridades policiais, políticos e apresentadores de programas policiais, Caldeira (1991,

12. Críticas ao governo no sepultamento de PM. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 03.11.1983. Primeiro Caderno, p. 14.
13. Anúncio registra um protesto contra o crime. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 02.02.1984, Primeiro Caderno, p. 22.
14. Parte da quadrilha foi solta em setembro, revela delegado. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 01.11.1983. Primeiro Caderno, p. 14.

p. 170) ressalta que estão presentes a característica de negativa da humanidade do criminoso, a equiparação das políticas de humanização dos presídios a privilégios em detrimento dos cidadãos comuns e, mais importante, a vinculação do estabelecimento de garantias aos presos ao aumento da criminalidade.

Por tudo isso, a definição da identidade da nova direita, desprovida do discurso econômico e incapaz de lutar contra o processo de abertura política, passou pelo rápido reconhecimento da utilidade eleitoral das estratégias de lei e ordem e do medo do crime. Há de se notar que o radialista Afanásio Jazadji, um dos primeiros a perceber o potencial do sensacionalismo de violência na imprensa brasileira, foi eleito o deputado estadual mais votado de São Paulo em 1986, com quase cinco vezes mais votos que o segundo colocado.[15] Os reflexos práticos dessa opção política foram inúmeros: multiplicaram-se no rádio e na TV o conhecido formato dos programas pseudojornalísticos dedicados à exposição do crime e do criminoso, com amplo impacto na construção do imaginário popular; o aumento da sensação de insegurança, amplificada pelo espaço dedicado ao assunto na imprensa;[16] a elaboração do discurso que relaciona a ampliação de direitos à desordem; e, sobretudo, o estabelecimento de um limite social para além do qual se poderia negar a titularidade de direitos, que foi traçado ao longo das portas das prisões.

Do ponto de vista da justiça criminal, é fácil perceber o quanto esse processo serviu para reforçar as relações de oposição entre os direitos da vítima e os do acusado, que ocupou o espaço do inimigo comum, do outro, em substituição à figura do *terrorista*. Outra consequência foi a adesão discursiva da nova direita à proposta de pena de prisão com fins incapacitadores, idealmente próximos da pena de morte ou prisão perpétua, que apareceria com frequência nos debates na Assembleia Nacional Constituinte.

---

15. O candidato obteve 558.138 votos, contra 114.583 do segundo colocado. Fonte: Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – SEADE. Disponível em: [http://produtos.seade.gov.br/produtos/moveleitoral/index.php]. Acesso em: 18.04.2018. O fenômeno não se limitou a São Paulo, Teixeira (2012, p. 130) narra a íntima relação entre os esquadrões da morte em São Paulo e no Rio de Janeiro com as estruturas do regime militar, incluindo a criação de uma unidade da polícia que institucionalizou o infame grupo de extermínio conhecido como *Scuderie Le Cocq* e lhe deu carta branca para "limpar a cidade". Um dos participantes desse grupo, nomeado *Sivuca,* mais conhecido por ter cunhado o triste célebre termo *bandido bom é bandido morto*, foi eleito para quatro mandatos consecutivos como deputado estadual no Rio de Janeiro.

16. Além disso, há também o papel legitimador da "propagação autorizadora das práticas repressivas pela imprensa", emprestando-se a definição formulada por Teixeira (2012, p. 181).

É possível definir, portanto, o nascimento do populismo penal brasileiro com a construção, pela nova direita paulista, do discurso de lei e ordem a partir das eleições para os governos estaduais em 1982. Até aquele momento, a arbitrariedade das forças de segurança não era declarada, e o discurso de antagonismo era dirigido aos inimigos do regime. A partir dali, ela se torna pública, voltada contra a criminalidade comum, e o ódio social contra os autores de crimes se articula em termos jurídicos,[17] denunciando aspectos da legislação penal brasileira como privilégios imerecidos e, em especial, como causa direta do aumento da violência. Os novos inimigos, os outros, os criminosos de rua, estavam a merecer punição severa e inclemente.

A nova estratégia eleitoral começou a ser posta à prova nas eleições parlamentares de 1986. Por isso, como se verá, as primeiras manifestações do populismo penal no Congresso Nacional vieram a ocorrer justamente durante a Assembleia Nacional Constituinte.

2.2. Os novos movimentos sociais e o direito penal simbólico

Os anos 1980 representaram a transformação, ou ampliação, do leque de oportunidades políticas que se apresentavam ao grande conjunto de movimentos, grupos de interesse, coletivos laicos e eclesiásticos e outros grupos que se organizaram no País durante a distensão e abertura do regime militar. A pluralidade partidária e a ampliação da liberdade de reunião e associação permitiram o aumento das possibilidades de ação coletiva[18] de centenas de movimentos sociais, sindicatos, associações de bairros, associações profissionais e religiosas

17. Teixeira (2012, p. 178) salienta que na década de 1970 a reação aos crimes contra o patrimônio, notadamente o juvenil, não acionava a dinâmica jurídico-repressiva, sendo comum a subnotificação. Era um problema a ser enfrentado pelas forças de ordem (a PM) sem as mediações formais do sistema de justiça.

18. As teorias explicativas dos movimentos sociais são bastante complexas e contenciosas, fugindo do escopo do artigo. De qualquer forma, é importante destacar que a literatura que busca explicar a ação coletiva por meio da organização em *novos movimentos sociais* – em oposição às formas tradicionais de organização, como partidos políticos e sindicatos – enfatiza a superação ou a insuficiência das pautas de classe, limitadas à capacidade produtiva da sociedade, e a emergência de demandas relacionadas a bens culturais e simbólicos, a todos os aspectos da vida cultural e social. Isso não significa que a base social e as práticas políticas desses grupos sejam, de fato, amorfas e heterogêneas em termos de classe e ideologia, mas sim que essas categorias não são mais suficientes para a autoidentificação dos novos movimentos sociais. Ver, nesse sentido, Offe (2011), Alain Touraine (2011) e Dario Melucci (2011). Para uma análise do caso brasileiro, Sader (2001).

(BRANDÃO, 2011, p. 39) que já estavam se organizando de forma mais ou menos institucionalizada.

Ao contrário dos *movimentos sociais tradicionais*, cujas pautas identitárias se fundam nos conflitos inerentes à sociedade industrial (girando em torno dos problemas de desenvolvimento econômico, consenso democrático e bem-estar social), os *novos movimentos sociais* se identificam com características específicas de um grupo – gênero, idade, região, religião – ou à raça humana como um todo – ambientalistas (STAGGENBORG, 2011, p. 20). Caldeira (1991, p. 163) sintetiza a particularização das novas reivindicações:

> [R]eivindicavam-se creches, por exemplo, e não direitos de um modo geral. Foi através da multiplicação dessas reivindicações específicas que passaram a ser legitimados, na cidade de São Paulo, os direitos à saúde, à moradia, ao transporte, à habitação, à iluminação pública, ao uso de creches, ao controle sobre o corpo e a sexualidade, à diferença étnica e assim por diante, num processo de adjetivação que às vezes parecia ser quase ilimitado. Legitimada a ideia de direitos, foram inúmeras as associações que se fizeram a ela. No entanto, a maneira pela qual a adjetivação se dava e se legitimava parece ter sido sempre a mesma: através de processos de organização popular. Ou seja, a qualificação e legitimação de direitos específicos foi sempre um processo de mobilização política.

Esse modelo de mobilização política em torno de direitos específicos é inerentemente fragmentado, fazendo-se necessário criar estratégias próprias para que esses grupos possam se tornar atores sociais relevantes e capazes de ações coletivas coerentes. Em outras palavras, a luta pelo reconhecimento passava, também, pela necessidade de construir símbolos e identidades que permitissem a identificação dos grupos enquanto tais e unificassem as pautas para permitir a atuação na nova realidade política.

Assim, os grupos sociais que se organizam no novo contexto político precisam buscar plataformas unificadoras de discurso, diversas ou aditivas à velha identidade de classe (RUGGIERO; MONTAGNA, 2008, p. 197), além de novas estratégias de mobilização. Tais plataformas unificadoras devem atuar como ideias centrais, ou *molduras*, cuja disseminação mobilize e oriente movimentos específicos, e também possam servir como plataformas comuns a movimentos distintos, para a formação de coalizões – como a pauta dos direitos civis como unificadora do ciclo de protestos dos anos 1960, ao contemplar as demandas por reconhecimento legal dos movimentos de mulheres, negros etc.

O contexto de busca de reconhecimento simbólico encontrou na efervescência política da década de 1980 um campo fértil para a formação das pautas

dos novos movimentos sociais. Como visto, as demandas por igualdade formal, pelo retorno dos direitos civis, já estavam contempladas pelos atores políticos mais tradicionais. Para os novos grupos, a luta pelo reconhecimento se concretizava por meio de demandas relacionadas às questões de moradia, educação, saúde, trabalho, lazer e dos direitos da criança e do adolescente, entre outros (BRANDÃO, 2011, p. 37). A nova ação coletiva não prescindiu da busca por influência nas estruturas jurídico-institucionais, de sorte que a crescente demanda por uma nova Constituição – que datava, de certa forma, desde o fim da década de 1960[19] – não poderia vir divorciada de pautas específicas de reconhecimento jurídico.

Como se verá a seguir, os velhos e novos movimentos sociais se organizaram para participar dos trabalhos da ANC, fazendo uso dos inéditos canais de participação que foram criados no processo legislativo e, também, dos mais variados instrumentos de pressão sobre os parlamentares. A participação dos novos grupos foi traduzida, em cada caso, em demandas normativas que representavam símbolos caros para movimentos em busca de identidade.[20] As emendas populares se tornaram instrumentos de luta política, e a análise das demandas e dos esforços pelo seu acolhimento pelos constituintes permite verificar, na prática, o que Melucci (2011) aponta como desafios simbólicos inerentes à atuação dos novos movimentos, envolvendo a incorporação de conflitos passados e a sua reelaboração sob uma nova roupagem.

Com efeito, para aquele autor, "fatias de experiência, história passada e memória coexistem no mesmo fenômeno empírico" (MELUCCI, 2011, p. 219), que ajudam a estabelecer o padrão da ação coletiva contemporânea. A reelaboração passa, portanto, não apenas por conflitos passados, mas pelo reaproveitamento de símbolos tradicionais, não sendo possível abandonar o poder altamente simbólico e unificador da pena criminal. A velha pauta punitiva, ressignificada,

19. O VI Congresso do Partido Comunista Brasileiro deliberou pela busca de uma frente ampla que desaguasse, ao fim, em eleições constituintes. Em 1977, a Carta aos Brasileiros fazia referência à necessidade de alteração da ordem constitucional, e o tema entrou na pauta do MDB no mesmo ano. Em 1980, foi publicamente assumida pela OAB e, nos anos vindouros, foi uma das pautas unificadoras dos grupos sociais importantes do período (BRANDÃO, 2011, p. 43).

20. Segundo Michiles et al. (1989, p. 38), os movimentos populares que se organizaram em torno da ANC "tinham em comum, de maneira geral, uma preocupação suprapartidária, ainda quando nasciam de iniciativas partidárias. Surgiram pela atuação de militantes políticos ou sindicais, de agentes de pastoral, de movimentos de moradores, de associações profissionais. Uns contaram com apoio e ajuda institucionais, de governos, universidades ou igrejas. Outros buscaram sua ação somente em recursos próprios".

serve a um só tempo para unificar o discurso e orientar a ação de movimentos em busca do reconhecimento na nova democracia plural que se desenhava naquele período.

É possível identificar, portanto, a coincidência na ascensão dos novos movimentos sociais com a mudança na caracterização dos *empresários morais*[21] na área da justiça criminal e, mais especificamente, nas demandas por criminalização: se antes o apelo à lei penal provinha de atores conservadores, agora os movimentos sociais progressistas também a demandavam. As novas pautas, que buscam reconhecimento geral, são, portanto, ávidas consumidoras do poder simbólico do direito penal.

Álvaro Pires (2004, p. 46), ao definir a persistência da *racionalidade penal moderna*, fala sobre a "armadilha cognitiva" em que grupos progressistas caem e que demandam penas aflitivas mais severas para a categoria de crimes que lhes interessam. Ao não prescindir dos símbolos exacerbados de poder representados pela atuação do sistema de justiça criminal como forma de comunicar a importância de suas pautas, os novos movimentos sociais reforçaram a natureza punitiva, estigmatizante e excludente da pena. A contradição está na aposta dos movimentos emancipatórios no funcionamento da estrutura jurídico-penal, essencialmente paternalista e ineficaz, não apenas para ressignificar, mas também para tutelar suas demandas.

Os exemplos concretos de demandas por criminalização dos novos movimentos sociais são muitos, como se verá. No momento, importa ressaltar que a pauta punitiva, paradoxalmente, corria transversalmente o amplo espectro político do Brasil nos anos que anteciparam os trabalhos da ANC. Pela direita, serviu ao propósito de criar uma nova identidade política, baseada no discurso de combate ao crime urbano e de aumento da repressão policial; pela esquerda, a pauta criminalizadora foi adotada como símbolo da importância dos grupos sociais e de suas reivindicações. Embora fundamentalmente distantes na origem, como já notou Pires (2004, p. 47), "as distinções políticas de esquerda/direita, ou ainda as distinções científicas de pensamento crítico/tradicional, não manifestam diferenças empíricas coerentes e significativas em matéria penal".

21. O conceito de *empresário moral*, trazido por Howard Becker (1973, p. 148) para definir os atores que demandam a criação de novas leis penais, foi utilizado por Silva Sanchez (2002, p. 64) para descrever a mudança no perfil dos *claimers* – ou *gestores atípicos da moral*: antes tradicionalmente provenientes de determinados setores da burguesia conservadora, adquiriram novo perfil (associações ecológicas, feministas, de consumidores, pacifistas, antidiscriminatórias etc.) e encabeçam a tendência de uma progressiva aplicação do Direito Penal no sentido da crescente proteção de seus respectivos interesses.

3. A Assembleia Nacional Constituinte

Os eventos políticos se sucederam rapidamente entre as eleições de 1982 e a convocação da ANC. Em 1984, a mobilização popular não foi capaz de vencer a máquina governista na votação da Emenda Dante de Oliveira, que buscava estabelecer eleições diretas para presidente já no ano seguinte. No entanto, a aposta em Paulo Maluf como candidato do PDS rachou o partido do governo: a dissidência fundou um novo partido, o PFL, e aderiu à chapa do candidato oposicionista, Tancredo Neves, indicando o candidato a vice-presidente. O programa da *Aliança Democrática*, que reunia o PMDB e PFL, enfatizava a justiça social, a coesão nacional e, naturalmente, a necessidade de proceder-se à reorganização institucional do País: "Uma nova constituição fará do Estado, das leis, dos partidos políticos meios voltados para a realização do homem – sua dignidade, sua segurança, seu bem-estar" (POJO DO REGO, 2008, p. 261).

Com a nova correlação de forças, o candidato do PMDB foi eleito em 15 de janeiro de 1985 como o primeiro presidente civil desde o golpe de 1964.[22] Sua rápida convalescência, que impediu sua posse em 14 de março de 1985, levou à presidência o vice-presidente, José Sarney – que até meados do ano anterior era o presidente do PDS. Com a morte de Tancredo, em abril daquele ano, Sarney assumiu definitivamente o cargo, comprometendo-se a levar adiante os compromissos da Aliança Democrática.

Com efeito, ainda em abril de 1985, o Congresso Nacional aprovou emenda constitucional para possibilitar o voto de analfabetos, legalizar os partidos comunistas e instituir o voto direto para presidente, governadores e prefeitos. Logo depois, o presidente enviou ao Congresso proposta de emenda constitucional para a convocação de Assembleia Nacional Constituinte, aprovada no fim daquele ano. A ANC seria instalada em 1º de fevereiro de 1987, e composta da reunião unicameral dos deputados e senadores eleitos nas eleições gerais de 1986 – 487 deputados federais e 49 senadores, além do terço do Senado remanescente das eleições de 1982. É de se notar que não se previu a paralisação do trabalho ordinário das duas casas legislativas nem a dissolução da Assembleia após o encerramento dos trabalhos – o que significa que os parlamentares constituintes permaneceriam no Congresso Nacional. Suas relações, demandas e posicionamentos intrapartidários e com a sociedade civil teriam influência direta no futuro político de cada um.

22. Apenas quatro dias após a entrada em vigor da Nova Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal, aprovadas no ano anterior.

3.1. O funcionamento da ANC

Entre a convocação da ANC, em novembro de 1985, e sua instalação, em fevereiro de 1987, as forças políticas e sociais que estavam mobilizadas ao longo do período de abertura passaram a orientar sua atuação para o processo de construção do novo texto constitucional. Vários anteprojetos foram elaborados com o propósito de servir como base para a ANC, incluindo o que ficou conhecido como *Anteprojeto Afonso Arinos*, resultado do trabalho de comissão convocada pelo Executivo.[23] Brandão (2011, p. 46) conta cerca de 25 propostas de texto-base, que, se não foram adotadas de maneira formal, influenciaram os trabalhos dos constituintes.

Além disso, o Senado disponibilizou, a partir de março de 1986, formulários para o recebimento de sugestões de cidadãos para o novo texto constitucional. Mais de 70.000 sugestões foram recebidas, catalogadas e entregues aos parlamentares – hoje, o acervo digital forma interessante base de pesquisa para compreender as expectativas que o cidadão depositava na Constituinte, bem como as demandas que eram formuladas aos parlamentares.[24]

A inexistência de um texto inicial fez com que a ANC trabalhasse com um número indeterminado de artigos e de temas. A solução foi descentralizar os trabalhos: o Regimento Interno (RIANC), publicado em março, determinou a criação de oito comissões temáticas, divididas, por sua vez, em três subcomissões cada uma[25].

Cada relator de subcomissão, com base nas propostas recebidas dos outros parlamentares, da sociedade civil ou por meio das sugestões diretas dos cidadãos, apresentou um anteprojeto que, após deliberação, resultou no anteprojeto da subcomissão. Cada uma das subcomissões apresentou seu trabalho para sua

23. A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais foi formada por 50 integrantes, entre juristas, empresários e cientistas sociais, mas o anteprojeto elaborado não chegou a ser enviado ao Congresso, já que foi visto como uma indevida intromissão do Executivo – segundo o próprio ex-presidente Sarney, o presidente da ANC, Ulysses Guimarães, avisou que devolveria o texto caso fosse enviado oficialmente: "Os constituintes recusavam partir de um texto elaborado fora da Assembleia" (CARDOSO, 2006, p. 107).

24. Todas as propostas enviadas por esse mecanismo estão disponíveis sob o código "SAIC" na base de dados eletrônica do Senado. Disponível em: [www.senado.gov.br/legislacao/BasesHist]. Acesso em: 18.04.2018. Além disso, foram catalogadas na publicação *A Constituição Desejada*: SAIC – As 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembleia Nacional Constituinte (MONCLAIR, 1991).

25. Art. 15 do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC). *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (DANC)*, 25.03.1987. p. 871.

respectiva Comissão Temática, em que também foi relatado. Após nova deliberação, cada uma das oito Comissões Temáticas deveria produzir um anteprojeto, remetido à Comissão de Sistematização para compilação e produção de um primeiro Anteprojeto de Constituição.

A profunda descentralização dos trabalhos permitiu a intensa participação dos grupos de interesse, movimentos sociais, *lobbies* corporativos e afins. A disputa política se iniciou durante a elaboração do RIANC com a própria definição dos temas das subcomissões, pois cada grupo pressionou para a criação de tópicos relacionados às suas respectivas agendas (BRANDÃO, 2011, p. 47).[26] Cada uma das subcomissões deveria realizar audiências públicas, envolvendo especialistas e representantes da sociedade civil,[27] além de receber e analisar sugestões das assembleias legislativas e das câmaras de vereadores, entidades associativas e de tribunais[28] e analisar emendas populares.[29] Se é verdade que a participação popular esteve presente em todo o processo, foi na fase das subcomissões que os mecanismos formais de participação direta efetivamente funcionaram.[30]

26. Brandão (2011, p. 56) descreve a organização de grupos sociais com pautas específicas de atuação sobre o funcionamento da ANC mesmo antes de sua instalação, como o *Pró-participação popular na Constituinte*, de São Paulo, que publicava e enviava um boletim de notícias sobre as pautas às pessoas e entidades que se interessassem em todo o Brasil, e o Movimento Nacional pela Constituinte, do Rio de Janeiro, "que estimulou a criação de movimentos constituintes municipais nos quais os participantes elaborariam a sua própria proposta paralela de Constituição, levando-as para fóruns estaduais e, depois, para um fórum nacional". Assim, a abertura de canais para a participação popular no Regimento Interno da ANC encontrou grupos sociais já extremamente mobilizados e capazes de utilizá-los para demandar e propor pautas de acordo com suas reivindicações.

27. Art. 14, RIANC.

28. Art. 13, § 11, RIANC.

29. Art. 24, RIANC.

30. Um bom exemplo da mobilização dos movimentos sociais nas subcomissões pode ser encontrado na justificativa da Emenda 17, oferecida pelo deputado Nyder Barbosa (PMDB/ES) ao anteprojeto do relator da Subcomissão I-C (Direitos e Garantias Individuais): buscando suprimir a expressão *orientação sexual* da lista de atos discriminatórios vedados pela Constituição, o parlamentar denunciou que "um grupo de pessoas dentro da sociedade está conseguindo exercer fortíssima pressão junto a esta Assembleia Nacional Constituinte, em detrimento dos anseios da sociedade brasileira de um modo geral, levando a incluir no Anteprojeto de Constituição uma norma que pode dar total amparo aos homossexuais [...]. Uma das táticas usadas por esses grupos é a de afirmar, em tom de protestos, que qualquer crítica ou reserva às pessoas homossexuais, à sua atitude ou ao seu estilo de vida, é simplesmente uma forma de injusta discriminação. A finalidade dessas manifestações é a de ajustar a legislação à condição própria de tais grupos de pressão, para o qual o homossexualismo é, tão somente, uma realidade

O mecanismo das emendas populares merece atenção especial nesse contexto. Sua inclusão no RIANC foi uma demanda de movimentos sociais organizados que se converteu em emenda assinada pelos deputados Plínio de Arruda Sampaio (PT/SP) e Brandão Monteiro (PDT/RJ), ambos em nome das respectivas bancadas, e pelo senador Mário Covas (PMDB/SP), que a subscreveu pessoalmente (BRANDÃO, 2011, p. 63). Após muitos debates sobre propostas de regimento que limitavam consideravelmente a participação popular na ANC, acabou prevalecendo a proposta que permitiria a apresentação de emendas populares, que tramitariam da mesma forma que as demais emendas, desde que assinadas por, pelo menos, 30.000 eleitores em listas organizadas por, ao menos, três entidades associativas. Isso representou a primeira grande vitória dos movimentos populares no processo constituinte, bem como o seu bem-sucedido envolvimento com parlamentares da ala progressista do espectro político.[31]

Em síntese, os trabalhos da ANC começaram de fato a debater o conteúdo das propostas sem ter como base um anteprojeto prévio; organizados com comissões e subcomissões temáticas cujas pautas foram definidas também pela pressão dos movimentos sociais (tradicionais e novos); compostos de parlamentares constituintes que mantiveram paralelamente suas funções nas casas legislativas e que lá permaneceriam após a promulgação do novo texto constitucional; em um contexto de fortalecimento da representação progressista, desorganização da representação conservadora e um governo fragilizado com a gestão da forte crise econômica, falta de legitimidade de seu presidente e concentração dos esforços na duração do mandato presidencial.

3.2. Os debates na Assembleia Nacional Constituinte

Com a descentralização dos trabalhos da ANC, propostas de natureza penal poderiam surgir, a rigor, em qualquer das subcomissões e comissões, especialmente

perfeitamente inócua. Os constituintes não podem se deixar influenciar por pressões da moda do momento. A família brasileira, embasada nos conceitos rígidos da moral o do bom costume, não pode ser absolutamente ignorada neste momento".

31. Ao final do prazo regimental, 288 entidades diferentes haviam apresentado 122 emendas populares que angariaram um total de 12.277.423 assinaturas (BRANDÃO, 2011, p. 79). Dessas, 83 preencheram os requisitos formais, e as 39 não acolhidas foram subscritas por constituintes e tramitaram da mesma forma, conforme previa o art. 24, V, do RIANC (CARDOSO, 2010, p. 64). Os temas das emendas populares "tratavam dos direitos da criança e do adolescente, reforma agrária, educação, religião, previdência social, direitos trabalhistas, moradia, instrumentos de democracia participativa, eleições diretas, segurança pública, regime de governo, dívida externa, serviço público, tributos, monopólio das telecomunicações e do petróleo" (CARDOSO, 2010, p. 66).

medidas de criminalização referentes aos temas centrais a cada um dos colegiados.[32] Contudo, os dispositivos relacionados ao direito penal e processual penal, limitações à natureza da pena criminal e outras propostas relacionadas a direitos e garantias individuais naturalmente foram tratadas em grande medida pela Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Comissão Temática I) e, nesta, pela Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (Subcomissão I-C).

Boa parte das garantias penais e processuais penais clássicas que haviam permeado as Reformas de 1984 já constavam da Constituição de 1946[33] e dos anteprojetos extraoficiais que circulavam entre os gabinetes dos parlamentares constituintes.[34] Talvez por isso, a maioria delas estava presente desde o primeiro texto apresentado pelo relator da Subcomissão I-C, deputado Darcy Pozza (PDS-RS): o princípio da individualização da pena e de sua execução, e de que a pena não passará da pessoa do responsável; o direito ao *habeas corpus*; o princípio da legalidade; a irretroatividade de lei penal que não beneficie o réu; a presunção de inocência; o direito ao contraditório e à ampla defesa; a vedação a tribunais de exceção e o direito ao silêncio, entre outros.[35]

Como novidade, a menção expressa a direitos do preso nos §§ 19 e 20 – que, com algumas alterações, seriam preservados no art. 5º, incisos XLIX e L, do texto promulgado em 1988 – foi acompanhada da afirmação da função ressocializadora da pena. Trata-se de claro sinal de que alguns dos pressupostos assumidos pelas leis de 1984 estavam sendo acolhidos pela *consciência coletiva* do constituinte desde o princípio.

Por outro lado, no inciso I, o texto inicial do relator da Subcomissão I-C se afastava da tradição constitucional brasileira ao vedar a pena de morte, de banimento, de trabalhos forçados, de confisco e a prisão perpétua, mas ressalvar, em

32. Com efeito, várias propostas semelhantes surgiram em comissões distintas. Por exemplo, demandas pela criminalização de violência familiar surgiram tanto na Comissão I (Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher) quanto na Comissão VIII (Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação). Isso se repetiu em inúmeros temas, e coube à Comissão de Sistematização eliminar as redundâncias e propor a localização mais adequada à proposta.

33. A propósito das garantias penais inscritas na Constituição de 1946, ver Garcia (1957).

34. Pode-se citar como exemplo o artigo 34 do *Anteprojeto Afonso Arinos*, os artigos 22 e 28 do *Anteprojeto Comparato*, que, ainda que com linguagens distintas, vedavam a pena de morte e a prisão perpétua.

35. Anteprojeto do relator I-C. DANC, 08.071987, Suplemento 90, p. 4.

última hipótese, os casos de guerra externa e os crimes de estupro e sequestro seguido de morte, e criminalizava de maneira expressa o aborto diretamente provocado. Da mesma forma, foi esse anteprojeto que desenvolveu, no inciso VII, a primeira fórmula jurídica para atribuir a algumas categorias de crimes um caráter de especial gravidade, diferenciando-se não apenas pelo *quantum* da pena, mas pela redução das possibilidades de saída antecipada da prisão:

> Art. [...] São direitos e garantias individuais:
>
> [...]
>
> VII – a integridade física e mental e a existência digna; a tortura e o tráfico de tóxicos constituem crimes inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, substituição ou suspensão da pena, ou livramento condicional, ou prescrição, na forma da lei.

Ao revisitar os debates jurídicos, políticos e parlamentares em torno dos projetos que culminaram nas Lei de Execução Penal e na Parte Geral do Código Penal, verifica-se que a base da nova legislação residia no consenso em torno dos danos causados pela pena privativa de liberdade, tida como contraproducente e criminógena, e da necessidade de se buscar alternativas ao encarceramento, bem como formas de antecipação da liberdade nos casos em que a prisão fosse inevitável. Contudo, lê-se na justificativa do anteprojeto que o relator da subcomissão repudiou "os crimes de tortura e tráfico de drogas, perniciosos e horrendos, imputando-os como crimes inafiançáveis, imprescritíveis e inanistiáveis".[36] Trata-se de uma eloquente adoção do direito penal e da ênfase na pena de prisão como ferramenta para demonstrar a rejeição política à tortura, símbolo dos anos de chumbo. A inclusão do tráfico de drogas, por sua vez, representa a criação do imaginário em torno do traficante, que iria informar a legislação penal brasileira a partir de então.

Como se sabe, ao longo do processo legislativo a prisão perpétua foi afastada do texto final da Constituição. Mas a sua presença na proposta inicial permite construir a hipótese de que já havia, naquele momento, uma substancial mudança na percepção dos parlamentares a respeito do tema do crime e da pena criminal em relação ao consenso obtido no trâmite dos projetos de lei que culminaram nas Leis 7.209 e 7.210/84.

Para testar essa hipótese, buscou-se analisar, nos anteprojetos e entre as emendas populares[37], as apresentadas na Subcomissão I-C e as apresentadas já

36. Ibidem, p. 6.

37. Assim como a grande maioria dos documentos relativos aos trabalhos da ANC, as emendas estão disponíveis na base de dados da Câmara dos Deputados, separadas por

na Comissão Temática I, todas aquelas que tratavam de pena de prisão, criminalização de condutas e direito dos presos – e, sobretudo, as justificativas para cada uma delas.[38]

A seguir são apresentados alguns exemplos das propostas oferecidas nessas fases, agrupadas em cinco categorias analíticas: (i) as que aumentam o rigor ou o campo de atuação das sanções penais, por meio, por exemplo, da pena de morte, da prisão perpétua ou da redução da maioridade penal, por exemplo; (ii) as que reduzem as possibilidades de alternativa ou saída antecipada da prisão; (iii) as que buscam reforçar pautas consideradas *progressistas* por meio da criminalização ou do reforço da pena de prisão; (iv) as que ampliam direitos dos presos; e (v) as que reduzem o âmbito de criminalização ou penalização.

(i) Na primeira categoria, a proposta do relator gerou reações marcadamente ideológicas. Parte das emendas buscava ampliar o rol dos crimes passíveis de prisão perpétua – propôs-se a inclusão do crime de roubo, assalto e crime de mando seguidos de morte, infanticídio, ou simplesmente autorizar o legislador ordinário a estabelecer as hipóteses cabíveis.[39] Outras buscavam o papel intimidador e incapacitante da pena capital para reincidentes em roubo, de sequestro, de rapto, de estupro e de atentado violento ao pudor, quando seguidos de morte – em vários casos, buscava-se legitimar a pena de morte por meio de plebiscito:[40] entre

---

fase processual. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte]. No sítio do Senado Federal na internet, as emendas podem ser buscadas por assunto, autor ou número na página dedicada às bases históricas do processo legislativo. Disponível em: [www.senado.leg.br/legislacao/BasesHist/]. Acesso em: 20.04.2018. As emendas aqui citadas foram numeradas de forma a identificar sua origem. As iniciadas por "I" são oriundas da Comissão I, e as iniciadas com "IC" foram propostas na Subcomissão I-C, por exemplo.

38. Excluiu-se da análise, deliberadamente, as emendas relativas à polêmica em torno do aborto – cuja criminalização estava presente no primeiro anteprojeto do relator da Subcomissão I-C. O tema foi objeto de ampla discussão, e a argumentação das emendas girou em torno dos direitos reprodutivos da mulher e o momento da concepção, sem que se tenha discutido, em regra, o uso do direito penal como ferramenta de solução de conflitos.

39. Emendas IC08, dep. Joaquim Haickel (PMDB/MA); Emenda IC18, dep. Jairo Azi (PFL/BA); Emenda IC181, dep. Bosco Amaral (PMDB/SP); I97, dep. Farabulini Junior (PTB/SP); I228, sen. João Menezes (PFL/PA).

40. Emendas IC14, dep. Narciso Mendes (PDS/AC) e dep. Maguito Vilela (PMDB/GO); IC88, dep. Farabulini Junior (PTB/SP); IC156, dep. Amaral Netto (PDS/SP); IC173, dep. Sadie Hauache (PFL/AM).

elas, destaca-se o surgimento do termo *crimes hediondos* para designar os crimes que estariam sujeitos a tal medida.[41] Um terceiro grupo de propostas buscava reduzir a maioridade penal para os 16 anos.[42]

As justificativas para tais propostas, invariavelmente, giravam em torno da categoria do *criminoso irrecuperável*: "Atualmente são os bandidos inveterados e os criminosos irrecuperáveis que estão soltos, enquanto o homem honrado e trabalhador é obrigado a viver preso dentro da sua própria casa";[43] "Para os criminosos macabros, irrecuperabilíssimos, não vejo alternativa, a não ser a pena capital".[44] A dissuasão foi apontada como justificativa para a pena de morte – "*É certo que tal medida não extirpará o crime mas, certo também é, que a ação penal tem o efeito inibidor*",[45] e a impunidade também foi frequentemente invocada:

> [...] Muitos jovens, principalmente na faixa dos 16 aos 18 anos, praticam inúmeros ilícitos sabendo que a menoridade os protege. Cumpre acabar com essa benesse legal e baixar o início do limite de responsabilidade penal para os dezesseis anos.[46]

O populismo penal aparece em sua forma mais direta em um número significativo de propostas:

> Ao Legislador Constituinte cumpre estabelecer providências eficazes para conter, ou quando possível diminuir o índice de criminalidade violenta, para que se propicie à família brasileira um mínimo de tranquilidade e segurança.
>
> Basta uma leitura de jornais para se constatar que é alarmante a frequência de delinquentes com idade entre 16 e 18 anos e que não são punidos penalmente, de vez que a responsabilidade penal está posta pelo direito possível a partir dos 18 anos.[47]

41. Emenda I480, dep. Cunha Bueno (PDS/SP): "Não haverá pena de morte – exceto em casos de crime hediondo, quando houver prisão em flagrante, ou de crime hediondo, na reincidência do réu, quando não houver o flagrante". Tanto a proposta quanto a justificativa não esclarecem se a categoria de crimes hediondos seria definida em outro artigo ou em lei posterior, ou se seria atribuída em cada caso pelo juiz.
42. Emendas IC356, dep. Antonio Salim Curiati (PDS/SP); IC106, dep. Borges da Silveira (PMDB/PR). Nesta última, destaca-se que a emenda propunha reduzir a maioridade penal para 16 anos, mas, ao mesmo tempo, manter a maioridade civil em 21 anos.
43. Emenda IC014, dep. Narciso Mendes (PDS/AC) e dep. Maguito Vilela (PMDB/GO).
44. Emenda IC088, dep. Farabulini Junior (PTB/SP).
45. Emenda IC173, dep. Sadie Hauache (PFL/AM).
46. Emenda IC106, dep. Borges da Silveira (PMDB/PR).
47. Emenda IC356, dep. Antonio Salim Curiati (PDS/SP).

> Há no Brasil, atualmente, um clamor geral da sociedade no sentido de que se aplique legislação penal de rigor [ex]tremo, ou seja, a pena de morte, aos autores de crimes hediondos.
>
> Esse clamor é atestado pelo noticiário dos jornais e das emissoras de rádio e de televisão, diariamente, ante a crescente violência criminosa contra os cidadãos. Violência que gera verdadeiro estado de terrorismo, tal o pânico e pressão psicológica coletiva que submetem a população, mormente nos centros urbanos.
>
> Os computadores do Prodasen também atestam esse clamor: a pena de morte está na liderança das sugestões apresentadas aos constituintes brasileiros de todos os quadrantes. Que sejam, portanto, atendidos![48]
>
> De acordo com *O Globo*, de 31 de maio de 1987, página 10, o brasileiro apoia a pena de morte e é contra a tortura. O instituto Gallup de Opinião Pública ouviu 1.349 pessoas, maiores de 18 anos, sendo 671 homens e 678 mulheres, 741 na grande São Paulo e 608 no grande Rio: 72% são a favor da instituição da pena de morte no Brasil.
>
> Por sua vez, o *Jornal do Brasil*, no caderno B, Especial, de 31 de maio de 1987, página 4, revela que os pesquisadores do Ibope, ouvindo oitocentas pessoas, maiores de 18 anos, no grande Rio e grande São Paulo, concluíram que 57,6% são a favor da instituição da pena de morte no Brasil.
>
> O brasileiro é a favor da pena de morte. A Assembleia Nacional Constituinte não poderá deixar de levar em conta essa reivindicação popular.[49]

Também são recorrentes as justificativas que apontam a prisão perpétua ou a pena de morte como instrumentos de garantia dos direitos individuais – naturalmente, dos cidadãos de bem:

> [...] A inclusão desses dois tópicos [roubo seguido de morte e infanticídio como passíveis de prisão perpétua] garante punição de crimes injustificáveis à vida humana e garantias individuais como os propostos no anteprojeto, porém com maior abrangência, visto que o nosso país apresenta elevado índice de ocorrências de crimes contra crianças.[50]

Por fim, destacam-se as propostas que se opõem à concepção do crime como um fato multicausal, de natureza socioeconômica, e que relacionar o crime com a pobreza seria preconceituoso com os pobres trabalhadores. Claro que essa argumentação conduz à leitura de que o único responsável pelo crime é o criminoso, que, portanto, deve ser punido e incapacitado sem mais considerações:

48. Emenda I480, dep. Cunha Bueno (PDS/SP).
49. Emenda I167, dep. Amaral Netto (PDS/RJ).
50. Emenda IC023, dep. Maguito Vilela (PMDB/GO).

> Relacionar a pobreza com a criminalidade é um bom argumento dos abolicionistas e de parte da Igreja, que igualmente não aceita a pena de morte. Esta argumentação é cruel e injusta na medida em que coloca o pobre e o assassino estuprador, o miserável e o latrocida, o necessitado e o sequestrador como seres complementares e indissociáveis. No Brasil, embora existam 40 milhões de pobres absolutos, segundo as estatísticas; semente uma pequena fração de criminosos incorrigíveis faz parte deste Universo.
>
> Será que assassinar uma criança que chorou no exato momento de um assalto ou de estuprar uma menina de aproximadamente 7 anos e depois matá-la enforcada tem alguma ligação com os pobres?, perguntam os não abolicionistas.
>
> Será que o sequestro seguido de morte, crime que tem sua origem em outro estrato social, que não o dos pobres e miseráveis, também merece compaixão?[51]

(ii) A segunda categoria reúne as propostas que buscavam reduzir as possibilidades de alternativa ou saída antecipada da prisão, ou seja, ampliar o papel da prisão no sistema de justiça criminal. Nesse contexto, a supracitada proposta de inciso VII no anteprojeto do relator na subcomissão foi bem recebida à esquerda e à direita do espectro político: a despeito de alguma reação de constituintes que buscavam zelar pela integridade dos pressupostos da recente legislação penal, a maioria das propostas girou em torno da inclusão, exclusão ou troca dos crimes que seriam constitucionalmente definidos como *perniciosos* e *horrendos* – insuscetíveis, assim, de fiança, anistia, substituição ou suspensão da pena, livramento condicional ou prescrição.

Com efeito, os constituintes propuseram a inclusão de assalto à mão armada, crimes de mando, a produção e o tráfico de tóxicos, sequestro, estupro e corrupção na lista dos crimes mais graves.[52] Algumas propostas envolviam a criação de novos incisos, contendo um ou mais agravos estabelecidos no inciso VII – definir, por exemplo, que os crimes contra a economia popular, contra a ecologia, contra a Administração Pública e de abuso ou desvio de poder seriam inafiançáveis e imprescritíveis.[53] Outras acrescentavam ainda mais vedações ao inciso original, como a proibição de graça ou indulto.[54]

---

51. Emenda I359, dep. Narciso Mendes (PDS/AC), que propôs a realização de um plebiscito para decidir sobre a implantação da pena de morte no País.
52. Emendas IC071, dep. Eliel Rodrigues (PMDB/PA); IC287, dep. José Mendonça Bezerra (PFL/PE); I305, dep. Lúcio Alcântara (PFL/CE); I337, dep. Michel Temer (PMDB/SP); I342, dep. Osvaldo Macedo (PMDB/PR); I448, dep. Antonio Carlos Konder Reis (PDS/SC).
53. Emenda I415, dep. Helio Costa (PMDB/MG).
54. Emenda I608, dep. Roberto Freire (PCB/PE), dep. Fernando Santana (PCB/BA) e dep. Augusto de Carvalho (PCB/DF).

As justificativas para o aumento do rigor penal em cada caso compartilhavam, em regra, os argumentos adotados pelas propostas do grupo anterior. A única diferença era a solução sugerida: a ampliação da severidade da pena não se dava pela sua espécie, mas pela redução da *porta de saída*. O debate passou a ser a respeito da gravidade das condutas em si – se aquelas condutas justificariam uma punição tão grave quanto à prevista para a tortura e o tráfico de drogas: "A alta incidência do crime de estupro no país obriga a um tratamento mais rigoroso para seus autores. O bem ofendido por esse delito merece proteção especialíssima, pois é a própria dignidade moral e física da pessoa humana".[55]

Uma disputa ideológica que iria se estender para as outras fases do processo legislativo constituinte era a inclusão dos termos "tortura" e "terrorismo" no catálogo dos crimes mais graves da nova República. Essa disputa, que para Nilo Batista mostrava que os dois extremos do espectro político na ANC estavam "essencialmente unidos na crença de que a criminalização severa de uma conduta constitua um expediente eficaz para evitá-la" (BATISTA, 2003, p. 344), teve como uma de suas primeiras batalhas a emenda do deputado Sadie Hauache (PFL/AM), propondo a troca de um termo pelo outro na redação do inciso VII:

> Ao acrescentar-se as ações terroristas, ainda que de cunho político ou ideológico, pretende-se não eximir de punibilidade todos aqueles que venham a praticar crimes sob a alegação de que os fins justificam os meios.
>
> É tão hediondo quanto a tortura os assaltos a bancos com fins políticos, os atentados a bomba e os homicídios e sequestros realizados por fanáticos de qualquer tipo.[56]

(iii) A terceira categoria reúne as propostas que procuravam reforçar pautas consideradas progressistas por meio da criminalização ou do reforço da pena de prisão. Entende-se como *pautas progressistas* aquelas que se apresentavam como oposição ao regime militar, ou buscavam reconhecer ou ampliar direitos de minorias ou grupos vulneráveis. A mais evidente é a já referida demanda pela punição da tortura, que esteve presente desde a proposta original do relator da Subcomissão I-C – algumas emendas propunham que a ela fosse reservada um inciso próprio, a fim de não diluir seu papel simbólico.[57] Mas também houve propostas de criminalização dos atentados à liberdade de expressão, da servidão, da

55. Emenda I342, dep. Osvaldo Macedo (PMDB/PR).

56. Emenda IC177, dep. Sadie Hauache (PFL/AM).

57. Emendas IC072, dep. José Maurício (PDT/RJ); IC126, dep. Vasco Alves (PMDB/ES); I001, dep. Irma Passoni (PT/SP); I015, dep. José Genoino (PT/SP).

violação de sigilo de correspondência ou telecomunicações por funcionário público e da coação sexual em ambiente de trabalho.[58]

Outra emenda defendeu que a Constituição garantisse que os crimes sexuais estivessem sujeitos "a penas mais rigorosas aplicadas aos crimes violentos, contra a vida e a integridade física, não sendo admitida, sob nenhum pretexto, a sua capitulação penal como simples crimes contra os costumes".[59] Uma das emendas populares pretendia estabelecer sanções civis e penais contra autoridades governamentais que não prestassem informações requeridas pela sociedade civil,[60] e assim pleiteou outra das emendas populares recebidas pela Comissão de Sistematização:

> Atos que possibilitem, autorizem ou constituam invasão de terras das Nações Indígenas ou restrição a algum dos direitos a elas atribuídos, ou que atentem contra a integridade física ou cultural das Nações Indígenas e seus membros são crimes inafiançáveis.[61]

O inciso III do anteprojeto do relator da subcomissão também definia, como crime inafiançável qualquer tipo de discriminação:

> Art. [...] São direitos e garantias individuais:
>
> [...]
>
> III – a igualdade perante a lei; será punida como crime inafiançável qualquer tipo de discriminação; ninguém será prejudicado em razão de raça, sexo, cor, estado civil, idade, trabalho rural ou urbano, credo religioso, orientação sexual, convicção política ou filosófica, deficiência física ou mental ou condição social.

Assim como ocorreu com os debates sobre o inciso VII, as propostas apresentadas sobre o inciso III giraram em torno de quais seriam as categorias sujeitas à

58. Emendas IC003, dep. Lúcia Braga (PFL/PB); IC038 e IC043, dep. Jairo Carneiro (PFL/BA); I417, dep. Helio Costa (PMDB/MG).

59. Emenda I470, dep. Jorge Hage (PMDB/BA).

60. Emenda PE056, subscrita por 35.000 eleitores e pelas entidades: Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Minas Gerais – FETAEMG; Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas no Estado de Minas Gerais – SINTEL; e Unibairros.

61. Emenda PE039, subscrita por 44.171 eleitores e pelas entidades: Conselho Indigenista Missionário (CIMI); Associação Nacional de Apoio ao Índio (ANAÍ/RS); Movimento de Justiça e Direitos Humanos e Operação Anchieta (OPAN).

proteção contra discriminação, e não sobre a conveniência de sua definição constitucional como crime inafiançável. Alguns parlamentares se insurgiram contra a inclusão do termo *orientação sexual*,[62] e outros buscaram incluir novas hipóteses de discriminação, como *em razão de etnia.63*

Nesse grupo de propostas, as justificativas para a criminalização ou aumento do rigor da pena se fundamentavam decididamente no papel simbólico do direito penal para demonstrar o repúdio social contra determinadas condutas:

> É direito fundamental do cidadão merecer a defesa e proteção de valores intangíveis, que não podem ser ameaçados, feridos pela intolerância, pelo abuso ou prepotência. É preciso consignar no texto constitucional, no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, o que, na consciência coletiva, é uma exigência.[64]

Em alguns casos, fica evidente a premissa da utilidade do direito penal para garantir a proteção de determinadas garantias ou liberdades individuais ou coletivas: "apurar a responsabilidade do poder público e de punir como crime toda a violência que venha cercear a manifestação livre do pensamento";[65] "*É constante o abuso e a coação sexual no trabalho. Devemos criar leis capazes de acabar com esta prática tão comum em nossa sociedade*";[66] ou "*É preciso preservar a integridade física do brasileiro, ainda mais, com relação aos Crimes Sexuais que, geralmente, são cometidos contra as mulheres*".[67]

O discurso da impunidade, em termos muito semelhantes com as propostas dos dois grupos anteriores, também foi repetido diversas vezes para justificar a severidade penal: "a medida proposta [...] visa a garantia de não deixar sem punição quem comete o crime de tortura, tornando-o inafiançável, imprescritível e insusceptível de anistia".[68]

(iv) No quarto grupo de propostas, envolvendo assegurar ou ampliar o direito dos presos, há uma nítida influência dos textos da Reforma de 1984 e dos anteprojetos e documentos produzidos antes dos trabalhos da ANC. Como já

62. Emendas IC017, dep. Nyder Barbosa (PMDB/ES); IC084, dep. Eliel Rodrigues (PMDB/PA).
63. Emenda I252, dep. Anna Maria Rattes (PMDB/RJ).
64. Emenda IC038, dep. Jairo Carneiro (PFL/BA).
65. Emenda IC003, dep. Lúcia Braga (PFL/PB).
66. Emenda I417, dep. Helio Costa (PMDB/MG).
67. Emenda I470, dep. Jorge Hage (PMDB/BA).
68. Emenda IC072, dep. José Maurício (PDT/RJ).

referido, a individualização da pena estava presente no inciso XXXI do primeiro anteprojeto do relator da subcomissão I-C, assim como os §§ 19 e 20:

> § 19. O preso provisório ou condenado tem direito ao respeito à sua dignidade, à integridade física e mental, à assistência espiritual e jurídica, à sociabilidade, comunicação e ao trabalho produtivo e remunerado, na forma da lei. Será ministrada ao preso educação, a fim de reabilitá-lo para o convívio social.
>
> § 20. A lei regulará o direito da presa provisória ou condenada, que tenha filho lactente. É dever do Estado manter locais apropriados, nos estabelecimentos penais, para possibilitar a amamentação.

Algumas das emendas oferecidas buscavam ampliar o rol de direitos dos condenados à pena de prisão, constitucionalizando ainda mais os pressupostos da LEP e da Parte Geral do Código Penal: direito à educação, a cumprir a pena próximo da residência da família, voto do preso, remuneração pelo trabalho não inferior a um salário mínimo, direito a conversar reservadamente com seu advogado, remição da pena por hora trabalhada, separação de presos de acordo com o crime cometido e direito ao convívio social.[69] Uma das emendas populares apresentadas pleiteava a inclusão de artigos para garantir direitos aos presos, incluindo o de receber assistência religiosa, inspiradas diretamente pelo *Anteprojeto Afonso Arinos*.[70]

Interessante destacar a proposta que buscou ampliar a definição do princípio da individualização da pena, atribuindo-lhe a função ressocializadora pretendida para a pena criminal: "nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena, que visará, precipuamente, à reeducação do apenado".[71] Afirma, na justificativa, o autor:

> A individualização da pena se constitui em ponto básico para que possa o apenado vir a se ressocializar. Tendo esta fundamentalmente a função de recuperá-lo para o convívio social, é imperativo que a meta primeira da prisão seja a educação do homem, para que possa reintegrar-se à sociedade.

69. Emendas IC110 e I523, dep. Maurício Nasser (PMDB/PR); IC117, IC124, IC125, IC127, dep. Vasco Alves (PMDB/ES); I064, dep. Siqueira Campos (PDC/GO); I447, dep. Antonio Carlos Konder Reis (PDS/SC); I485, dep. Cunha Bueno (PDS/SP); I523.
70. Emenda PE016, subscrita pelas entidades Mitra Arquiepiscopal do Rio de Janeiro; Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro; Imperial Irmandade de Nossa Senhora da Gloria do Outeiro. Como não obteve as 30.000 assinaturas de eleitores, a emenda não foi acolhida pela Comissão de Sistematização. Contudo, o deputado Roberto D'Ávila (PDT/RJ) subscreveu o texto, e, assim, ela tramitou regularmente nos termos do RIANC.
71. Emenda IC129, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).

Foi também diante da ressocialização como objetivo da pena de prisão que se defendeu a remição pelo trabalho: "O trabalho remunerado e a redução de pena pelo trabalho realizado são estímulos que contribuem eficazmente para a reeducação e ressocialização do preso".[72] Além disso, o argumento de que a condenação criminal não retira do preso sua condição de sujeito de direito permeou a justificativa de algumas das emendas desse grupo:

> Ao encarcerado devem ser garantidos todos os direitos da vida civil, inclusive o de voto, para que ele não venha perder, de forma completa, o vínculo com o tecido social, nem as condições de reintegração ao meio, que é a verdadeira função da pena.[73]

(v) Por fim, as propostas que reduziam o âmbito de criminalização ou penalização devem ser lidas no contexto da disputa política com os parlamentares que apresentaram as inúmeras propostas do primeiro grupo, reduzindo direitos ou ampliando penas. Uma das emendas populares, já citada, propunha a vedação irrestrita à pena de morte e à prisão perpétua, e essa também foi a proposta de algumas emendas parlamentares.[74] Uma das propostas indicava expressamente a necessidade de se manter a suspensão da pena, livramento condicional e prescrição para todos os crimes: "são institutos penais consagrados que não podem ser derrogados pelo texto constitucional. Até porque não é o rigor da pena, mas a certeza da punibilidade que previne o crime, e a execução da pena não pode prescindir desses institutos".[75]

Além disso, a inclusão do tráfico de drogas como crime equiparado à tortura causou reação por parte de alguns parlamentares: uns, como já visto, recusaram a manutenção de ambos no mesmo inciso, para manter a integridade simbólica da reação aos excessos estatais. Outros defenderam que a questão das drogas não era especialmente grave a ponto de justificar o acréscimo punitivo,[76] e houve uma proposta para descriminalizar o uso de drogas e o seu plantio para consumo pessoal.[77]

---

72. Emenda I064, dep. Siqueira Campos (PDC/GO).
73. Emenda IC117, dep. Vasco Alves (PMDB/ES).
74. Emendas IC126, dep. Vasco Alves (PMDB/ES); IC276, dep. Antonio Mariz (PMDB/PB); IC333, dep. Roberto Freire (PCB/PE); I619, dep. Anna Maria Rattes (PMDB/RJ).
75. Emenda IC035, dep. Brandão Monteiro (PDT/RJ).
76. Emendas IC113, dep. Nyder Barbosa (PMDB/ES); IC169, dep. Haroldo Lima (PC do B/BA).
77. Emenda IC050, dep. José Genoino (PT/SP).

As justificativas que se contrapunham às propostas de pena de morte e prisão perpétua apontavam o barbarismo dessas medidas, e a tradição constitucional brasileira em vedar tais formas de execução penal:

> Há mais de cinquenta anos aboliu-se da lei brasileira a pena perpétua. A Constituição de 1934 já prescrevia: "Art. 113 – Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo..."
>
> Desde então, as Constituições mantiveram o preceito. O texto adotado no anteprojeto, representaria, sob esse aspecto, lamentável retrocesso.[78]

Da organização e leitura das propostas apresentadas na Subcomissão I-C e na Comissão Temática I é possível identificar o florescimento de diversos indicadores do recrudescimento do discurso sobre a pena que iria dominar os debates parlamentares nos anos seguintes, ainda que as posições mais extremadas tenham sido derrotadas ao longo do processo legislativo da ANC. Os sintomas mais óbvios dessa mudança discursiva são as amplas referências à pena incapacitante e à necessidade de aumentar o rigor para combater a impunidade; a nascente relação simbiótica entre parlamentares e imprensa na demanda por punições mais severas; o apelo ao medo do crime; e, não menos importante, a já destacada elaboração do discurso da responsabilidade individual pelo crime, destacando-o de seu contexto socioeconômico.

Ao mesmo tempo, percebe-se claramente que o recurso discursivo ao direito penal não se limitou aos políticos e às propostas conservadoras. A análise dos debates permite identificar fortes aspectos do que foi posteriormente definido como *esquerda punitiva* (KARAM, 1996, p. 79; ANDRADE, 2006, p. 179; NASCIMENTO, 2008, p. 21; GAZOTO, 2010, p. 191), em que forças políticas mobilizadas para a luta por transformações sociais aderem ao mecanismo da justiça criminal, e da pena de prisão, em particular, a fim de proteger e reforçar suas pautas.

A combinação desses dois elementos constituiu um vetor político oposto à meta de reduzir o protagonismo da pena de prisão no sistema de justiça criminal no Brasil, eixo central das Reformas de 1984. Consolidou-se a premissa de que alguns crimes, diante de sua gravidade, poderiam ser inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça, anistia, indulto, substituição e suspensão da pena, ou livramento condicional, a ponto de ter alcançado o texto final da Constituição de 1988 e se tornado, desde então, referência central nas demandas por criminalização e penalização no Congresso Nacional (PAIVA, 2009, p. 150).

78. Emenda I514, dep. Antonio Mariz (PMDB/PB).

Por outro lado, a defesa dos pressupostos da LEP e da Parte Geral do Código Penal se fez presente mesmo antes do início dos trabalhos da ANC, com sua incorporação em diversos anteprojetos e nos textos iniciais do relator na Subcomissão I-C. O princípio de que a pessoa presa é sujeito de direitos prevaleceu ao longo do processo legislativo e também foi objeto de inúmeros incisos no texto constitucional vigente. É razoável atribuir ao processo de discussão e sensibilização política desde a CPI do Sistema Carcerário de 1976 até a aprovação das Reformas de 1984 a especial atenção dedicada pela constituinte à questão penitenciária, e também é de se questionar se tais direitos seriam reconhecidos e declarados de maneira tão unânime se uma nova Assembleia Constituinte fosse convocada nos dias atuais.

3.3. Os mandados constitucionais de penalização

No processo de construção das pautas na ANC, a atribuição ao Estado do papel de guardião de direitos fundamentais foi, em muitos casos, traduzida em normas que o obrigam a tutelá-los por meio de leis penais. O amplo catálogo de *mandados constitucionais de penalização* (FELDENS, 2005, p. 80) que se consolidou no texto constitucional representa mais do que o reconhecimento de direitos naquele momento histórico: representa, também, a confiança que se depositou no sistema de justiça criminal como instrumento de tutela e proteção de direitos, seja por seu efeito simbólico, seja pela crença na sua efetividade concreta. Em qualquer caso, as demandas pela criminalização simbolizam o que Nilo Batista (2002, p. 271) definiu como *novo credo criminológico* – "que tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, creem na pena como rito sagrado de resolução de conflitos".

A lista de dispositivos constitucionais que instam, ou obrigam, o legislador ordinário a criminalizar determinadas condutas é longa. Excluindo-se aqueles que se limitam a determinar a punição das violações, sem se comprometer necessariamente com o uso da lei penal – como o art. 5º, inciso XLI ("a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais") –, temos na Constituição Federal a obrigação de criminalizar o racismo (art. 5º, inciso XLII); a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (art. 5º, XLIII); a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); a retenção dolosa do salário (art. 7º, X); a cobrança de juros acima de 12% ao ano (art. 192, § 3º)[79] e as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º). Por

79. Esse dispositivo foi revogado pela Emenda Constitucional 40, de 2003.

fim, o art. 227, § 4º, embora não obrigue expressamente à criminalização, determina que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

A luta pela criminalização do racismo ao longo da história recente do País é bem documentada. Silva, Machado e Melo (2010, p. 105) descrevem a trajetória das demandas públicas por uma legislação penal antirracismo, que mobilizou diversos grupos e entidades que, já na década de 1940, defendiam incluir a discriminação racial na Constituição como crime de lesa-pátria. A Lei Afonso Arinos, que definiu a "recusa, negação de atendimento ou acesso de pessoas a estabelecimentos públicos ou privados, por preconceito de cor ou raça" como contravenção penal, foi questionada pelo seu excesso descritivo – tornando-a inaplicável na maioria dos casos – e pela "pequena gravidade do tratamento jurídico configurado pela lei" (2010, p. 106). Os autores relatam, ainda, a mobilização do movimento negro no período que antecedeu a ANC, que culminou na demanda pela definição do racismo como crime inafiançável e imprescritível – que acabou efetivamente sendo acolhida (2010, p. 107).[80]

A discussão sobre os incisos XLII e XLIII do art. 5º também são relativamente bem conhecidas, sobretudo por terem dado origem à classificação jurídica de *crimes hediondos* e por representarem claramente um impasse ideológico entre esquerda e direita, em que a criminalização *ampla, geral e irrestrita* foi a solução encontrada para compor as demandas simbólicas de ambos os polos contra a tortura (*pela esquerda*), o terrorismo (*pela direita*) e a ação política de grupos armados (*de ambos os lados*).[81] Da mesma forma, a criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente foi bastante estudada, acima de tudo diante da inovação consistente no estabelecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica.[82]

80. Flausina (2008, p. 90-1), cuja obra analisa o racismo estruturante no exercício do poder penal brasileiro, aponta o paradoxo do apelo ao direito penal como pressuposto da legitimidade das demandas do movimento negro no domínio público. Para um interessante relato de experiência não penal bem-sucedida de combate à discriminação racial pela Defensoria Pública de São Paulo no âmbito da Comissão Processante Especial, criada pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, ver Radomysler (2013). Ainda, Machado; Neris; Ferreira (2015) apresentaram o resultado de pesquisa que analisou decisões judiciais sobre racismo e injúria racial em oito tribunais brasileiros, em que expõem os problemas práticos da juridificação do conflito racial diante dos limites inerentes ao sistema de justiça.

81. Sobre o debate a respeito da inclusão do termo *crimes hediondos* no inciso XLII do artigo 5º da CF, ver Batista (2003, p. 344), Franco (2011, p. 134) e Paiva (2009, p. 80).

82. Sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, ver Shecaira (2010). Sobre a problemática da tutela penal do meio ambiente, ver Costa (2010).

Menos conhecidas são as demandas, na ANC, que resultaram nos dispositivos criminalizantes dos artigos 7º, X, e 192, § 3º, bem como a peculiar linguagem punitiva, ainda que não necessariamente criminalizante, do artigo 227, § 4º. Elas nos permitem verificar como o direito penal e a pena de prisão foram revalorizados, como forma de resolução de problemas sociais ou como mecanismo de comunicação da importância da pauta política.

3.3.1. Retenção dolosa de salário (art. 7º, X, CF)

O tema dos direitos dos trabalhadores foi tratado pela Comissão de Ordem Social (Comissão Temática VII) e, antes, pela Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e dos Servidores Públicos (Subcomissão VII-A). O anteprojeto inicial declarava inúmeros direitos, mas não mencionava a necessidade de criminalização de eventuais violações.[83] As emendas ao anteprojeto, no entanto, já traziam desde logo a proposta de criminalizar a apropriação, pelo empregador, de qualquer forma de remuneração devida por trabalho realizado,[84] ou, de maneira mais drástica, qualquer violação aos direitos dos trabalhadores.[85]

A proposta de criminalização da retenção salarial foi acolhida pela Subcomissão VII-A, e o projeto foi encaminhado para a Comissão Temática VII. Na reunião dos três anteprojetos das subcomissões, as demandas por criminalizar violações aos direitos sociais foi definitivamente incorporada: decidiu-se pela inclusão de artigo que determinava a "punição como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos" estabelecidos na Constituição,[86] a criminalização das "práticas e condutas deletérias ao meio ambiente, bem como a omissão e desídia das autoridades competentes para sua proteção",[87] e acolheu-se a proposta aprovada na Subcomissão VII-A:

> Art. 4º A lei protegerá o salário e punirá como crime a retenção definitiva ou temporária de qualquer forma de remuneração de trabalho já realizado.

Embora a emenda original da subcomissão não tenha justificativa, o relator da Comissão Temática VII opinou pela rejeição de outra proposta – que previa

83. DANC, 22.07.1987, Suplemento 101, p. 111.

84. Emenda VIIA011, dep. Domingos Leonelli (PMDB/BA), sem justificativa.

85. Emenda VIIA447, dep. Vivaldo Barbosa (PDT/RJ), que justificou a proposta de criminalização "para garantir o respeito a todos os direitos dos trabalhadores".

86. Art. 65 do Substitutivo do relator da Comissão Temática VII. DANC, 01.07.1987, Suplemento 86, p. 91.

87. Ibidem, art. 98.

que a lei poderia especificar hipóteses de retenção de salário[88] pelas seguintes razões: "Estabelecemos como crime a retenção definitiva ou temporária do salário por entendermos que tal medida evitará que o empregador use aquele dinheiro devido ao trabalho realizado para outros fins".[89] Após o substitutivo do relator da comissão, novas emendas foram apresentadas para "aperfeiçoar" a redação – isto é, criar hipóteses ou brechas para a retenção de salários.[90] Em novo parecer, o relator opinou pela manutenção da redação original:

> Explicitar a punição como crime para retenção definitiva ou temporária de trabalho já realizado parece-nos a forma mais eficaz de evitar essa prática. A punição administrativa ou econômica não alcançaria esse objetivo. A consequência imediata [da aprovação da emenda] será a prorrogação permanente dos débitos para com os trabalhadores em situação de dificuldades da empresa.[91]

A proposta original, com redação levemente alterada, foi incorporada pela Comissão de Sistematização (CS) encarregada de consolidar todos os documentos para elaborar o primeiro Anteprojeto de Constituição – apresentado em 19 de junho de 1987 (OLIVEIRA, 1993, p. 12). Após longo período de discussão, a CS aprovou e enviou ao Plenário o *Projeto A*, que encerrou a primeira fase de deliberações das comissões e subcomissões.

No Plenário, a proposta de criminalização da retenção de salários não foi questionada, e foi sucessivamente acolhida pelos substitutivos seguintes até ser definitivamente aprovada na redação final da Constituição Federal.

3.3.2. Usura (art. 192, § 3º, CF)

No início dos trabalhos da Subcomissão do Sistema Financeiro (Subcomissão V-C), o anteprojeto do relator não trazia referência ao tema da usura, mas definia que as taxas de juros reais não poderiam ser superiores a 12% ao ano.[92] Logo foram apresentadas emendas para punir a usura "em todas as suas

88. Emenda VII576, dep. Cunha Bueno (PDS/SP).

89. DANC, 02.07.1987, Suplemento 97, p. 119.

90. Emenda VII739, dep. Roberto Balestra (PDC/GO), que pretendia incluir o termo "sem justificativa legal" após o texto aprovado na subcomissão.

91. DANC, 02.07.1987, Suplemento 97, p. 119.

92. Anteprojeto do relator da Subcomissão V-C, art. 2, § 2º. DANC, 20.06.1987, Suplemento 81, p. 144.

modalidades",[93] para defini-la como crime de abuso do poder econômico,[94] ou para tipificar como crime de usura a prática de juros reais que ultrapassarem o limite constitucional.[95] As justificativas ressaltavam que a especulação financeira havia atingido limites insuportáveis e que o mercado financeiro não poderia ser deixado sem controles capazes de evitar o abuso do poder econômico, tornando necessária a adoção de medidas punitivas. Ao final, diante das manifestações contrárias,[96] a Subcomissão decidiu retirar a definição das taxas de juros e as referências à punição da usura do texto encaminhado à Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças (Comissão Temática V).

Na Comissão, novas emendas foram apresentadas buscando regular a taxa de juros[97] e criminalizar a usura,[98] mas manteve-se o entendimento da subcomissão pela inviabilidade de se regular o tema na Constituição. O mesmo se repetiu na Comissão de Sistematização – apesar da reapresentação das emendas,[99] o *Projeto A* não incluiu nenhum dispositivo nesse sentido. Contudo, as mesmas propostas foram reapresentadas em Plenário. A emenda de autoria do deputado Fernando Gasparian (PMDB/SP), que havia sido apresentada em todas as fases do processo constituinte até então, tinha o objetivo de estabelecer a taxa de juros real em 12% ao ano e definir como usura a cobrança acima desse limite,[100] sob a seguinte justificativa:

> Na crise econômica que nosso país vive hoje, nada há de mais dramático do que a desarticulação do sistema financeiro pela prática desassisada dos juros

93. Emendas VA060 e VC026, dep. Evaldo Gonçalves (PFL/PB); VC075, dep. Basílio Villani (PMDB/PR); VC133, dep. Mauro Campos (PMDB/MG).
94. Emenda VC036, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE).
95. Emenda VC128, dep. Luís Roberto Ponte (PMDB/RS).
96. Alguns parlamentares se opuseram à medida, salientando que os juros internacionais haviam atingido 15% em anos anteriores e que a taxa de juros não é matéria a ser definida em um texto constitucional (Emenda VC050, dep. Simão Sessim, PFL/RJ), e, em audiência pública, o economista Osny Duarte Pereira classificou a proposta de criminalização como "medida demagógica para enganar a ingenuidade pública" (DANC, 22.08.1987, Suplemento 132, p. 375).
97. Emendas V112, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP); V230, dep. Darcy Deitos (PMDB/PR).
98. Emenda V402, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP).
99. Emenda CS1953, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE); Emendas 1P1839, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE); 1P12439, dep. Agassiz Almeida (PMDB/PB); 1P13871, sen. José Ignácio Ferreira (PMDB/ES).
100. Emenda 2P1490, dep. Fernando Gasparian (PMDB/SP).

> extorsivos. A rede bancária não está apenas premiando-se contra a inflação. Ela, ao mesmo tempo que a inflação vai quebrando o valor da moeda, procura auferir rendimento superior àquele que seria justo e retributivo do capital.
>
> O parque produtor do país não suporta mais que tal procedimento se estenda no tempo. É preciso limitar os juros reais do setor bancário. Toda a comunidade está a exigir o controle pelo Estado do custo financeiro. Exige, também, que a atividade bancária seja considerada (pois assim é no capitalismo moderno) como função social que interessa a toda a comunidade e ao desenvolvimento do país.
>
> As taxas reais de juros em nosso país são as maiores do mundo, constituindo-se em fator impeditivo do processo de desenvolvimento econômico brasileiro [...]. Tem-se arguido que o texto constitucional não é próprio para dizer sobre a limitação da taxa de juro real. Que a matéria deveria ser deixada à legislação ordinária. Tal argumentação não procede. A Constituição é um texto que visa ao tempo de hoje e ao tempo de amanhã. O que se deve levar em conta, no momento de sua elaboração, não é tão somente uma visão prospectiva, isto é, *o que deve vir a ser.* Mas, também, *aquilo que deve ser feito hoje e já*.
>
> Eliminar a usura; pôr freio ao uso das disponibilidades do dinheiro com lucros extraordinários; possibilizar a circulação da riqueza para gerar riqueza em benefício de toda a comunidade é regra da mais alta hierarquia e da maior urgência. A via idônea para mandamento com tal propósito é, mesmo, o texto constitucional [...].
>
> Que a regra proposta, uma vez adotada, sirva, de modo definitivo, agora e para os tempos futuros, a normalizar o funcionamento de nosso sistema financeiro e tornar o mercado de crédito bancário sintonizado com sua função social de apoio à economia do país (grifo no original).

Não obstante o parecer contrário do relator, a emenda foi aprovada e a redação proposta foi acolhida pelo *Projeto B*[101] – que consolidava as emendas aprovadas em Plenário ao *Projeto A*:

> Art. 197. [...]
>
> § 3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano, sendo a cobrança acima deste limite considerada crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos da lei.

101. *Projeto B*, que concluiu o 1º turno e iniciou o 2º turno de deliberações do Plenário. DANC, 05.07.1988.

Com isso, a Constituição Federal definiu a taxa de juros real máxima a ser praticada no País e criou a obrigação legal de punir sua violação por meio da lei penal. A realidade econômica do País nos anos que se seguiram à aprovação do texto constitucional,[102] o entendimento do Supremo Tribunal Federal que vinculou a aplicabilidade do dispositivo à sua regulamentação por lei complementar,[103] nunca editada, e a posterior revogação do dispositivo por meio da Emenda Constitucional 40/2003 demonstraram, independentemente da justiça ou conveniência econômica do objetivo perseguido, a ineficácia do sistema de justiça criminal para alcançá-lo.

3.3.3. Severidade na punição ao abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes (art. 227, § 4º, CF)

O anteprojeto inicial apresentado pelo relator da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso (Subcomissão VIII-C) é bem sintético e principiológico.[104] Um dos seis artigos é dedicado aos direitos da criança e se limita a garantir a proteção da criança, no *caput* e no § 2º, sem fazer referência a punição de eventuais violações:

> Art. 4º. A criança tem direito à proteção do Estado e da Sociedade, nos termos da Declaração Universal dos Direitos da Criança.
>
> § 1º. O direito à saúde e à alimentação é assegurado desde a concepção, devendo o Estado prestar assistência àqueles cujos pais não tenham condições de fazê-lo:
>
> § 2º. O direito à educação é assegurado desde o nascimento, devendo o Estado garantir gratuitamente, às famílias que necessitam, a educação e a assistência às crianças de até seis anos, em instituições especializadas;

102. O consultor-geral da República do governo Sarney, Saulo Ramos, afirmou que a tese sobre a necessidade de lei complementar para regulamentar o art. 192, § 3º, foi desenvolvida por ele em parecer que vinculou a administração pública e, portanto, o Banco Central. *Folha de S. Paulo*, São Paulo. Caderno Especial, 03.10.1998. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj03109810.htm]. Acesso em: 18.04.2018. Sobre o conflito entre a racionalidade jurídica e a econômica na discussão sobre a aplicabilidade do dispositivo constitucional contra a usura, ver Veiga da Rocha (2006, p. 91).

103. A Súmula 648 do STF consolidou o entendimento de que "A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar".

104. Anteprojeto do relator da Subcomissão VIII-C. DANC, 18.07.1987, Suplemento 97, p. 249.

> § 3º. Às crianças e adolescentes em situação irregular, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal dos pais, é assegurada a assistência do Estado, que os protegerá contra todos os tipos de discriminação, opressão ou exploração. Somente é permitido o regime de confinamento nos casos de infração prevista na legislação própria.
>
> § 4º. O trabalho do menor será regulado em legislação especial, não sendo permitido o ingresso de menores de 14 (catorze) anos no mercado de trabalho. A estes, quando carentes, será assegurada pelo sistema educacional a alimentação e o preparo para o trabalho.

Foram apresentadas 185 emendas na Subcomissão VIII-C. Além das propostas surgidas no contexto do debate sobre o aborto,[105] a única referência à punição de violações dos direitos da criança é encontrada em emenda de autoria do deputado Roberto Freire (PCB/PE), que sugeriu a inclusão de artigo que determinasse que "quaisquer atos que envolvam agressões físicas e psicológicas na constância das relações familiares serão considerados como crimes e punidos na forma da lei". Para o autor, os inúmeros relatos sobre violência doméstica na imprensa demonstram a necessidade da inclusão do dispositivo, "enquadrando tais agressões como crime e a lei disciplinará sobre as formas de punição".[106]

A proposta não foi acolhida pela Subcomissão VIII-C, mas, ao ser apreciada pela Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação (Comissão Temática VIII), emendas semelhantes foram apresentadas. Uma delas propôs a punição civil e penal do abandono material ou intelectual do menor: após dizer que o abandono de menores é uma fábrica de marginais e um câncer social, o parlamentar justificou que, "a fim de promover um desenvolvimento à solução deste problema, precisamos estabelecer instrumentos legais, eficientes no combate à sua principal causa: a irresponsabilidade dos pais ou tutores".[107]

A primeira emenda que incorporou a linguagem de *severidade* na punição de violações do direito da criança e do adolescente foi apresentada pelo deputado Octávio Elísio (PMDB/MG), cuja proposta, além de assegurar a proteção do Estado, garantir ampla defesa e vedar a internação fora do município de residência do menor, previa a inclusão de parágrafo adicional ao anteprojeto da subcomissão:

---

105. Emenda VIIIC080, dep. Nilson Gibson (PMDB/PE), que sugere a punição de "práticas abortivas".

106. Emenda VIIIC168, dep. Roberto Freire (PCB/PE).

107. Emenda VIII048, dep. Francisco Carneiro (PMDB/DF). Proposta similar consta da Emenda VIII074, dep. Rita Camata (PMDB/ES).

"A lei determinará severa punição aos crimes de violência, abuso e exploração de crianças e adolescentes". Na justificativa, afirmou:

> É toda a política de atendimento à criança e ao adolescente vulneráveis que deverá ser reformulada por imposição desses dispositivos constitucionais, assim como o Código do Menor. A deportação, o internamento, a violência cruel institucionalizada no chamado "ciclo perverso" do atendimento ao menor infrator só têm gerado a desumanização de milhares de crianças e adolescentes, e a sua "formação" na carreira do crime. Urge dar um fim a esse estado de coisas, que coloca o Brasil num dos mais vergonhosos lugares mundiais quanto ao abandono da infância e da adolescência.

O termo "severamente" surge mais uma vez em emenda apresentada pelas deputadas Rita Camata (PMDB/ES) e Eunice Michiles (PFL/AM), não no artigo referente à proteção da criança e do adolescente, mas no dispositivo seguinte, que trata das regras de adoção:

> Art. O processo de adoção será regulado em lei especial resguardando-se os direitos inerentes à cidadania e à integridade física e mental da criança ou adolescente adotado, bem como a igualdade de direitos com os filhos não adotivos.
>
> § 1º A adoção por estrangeiro só é permitida nos casos e condições previstas em lei.
>
> § 2º *A lei punirá severamente* qualquer forma de comercialização de menores.
>
> § 3º Pais e filhos adotivos terão assistência integral do sistema previdenciário. (grifo nosso)

A justificativa da emenda, que foi repetida *ipsis litteris* por outro parlamentar,[108] não traz nenhuma nota a respeito do apelo à severidade da lei para combater o problema da comercialização de menores – que não havia surgido até então nos anteprojetos.

A Comissão VIII foi a única das Comissões Temáticas que não conseguiu concluir seus trabalhos; os anteprojetos e emendas foram encaminhados diretamente ao relator da Comissão de Sistematização (CS), que se encarregou de produzir a proposta para o Título correspondente. O primeiro Anteprojeto de Constituição previa, no § 2º do art. 424, que "as agressões físicas e psicológicas, na constância das relações familiares, serão punidas na forma da lei penal, através de ação pública ou privada".[109] Já o texto aprovado em novembro pela CS – o *Projeto*

108. Emenda VIII825, dep. Flávio Palmier da Veiga (PMDB/RJ).

109. Primeiro anteprojeto do relator da Comissão de Sistematização. DANC, 05.08.1987, Suplemento 115, p. 226.

A – mencionou, em seu preâmbulo, que a "grandeza da Pátria está [...] na proteção especial à criança e ao adolescente",[110] mas retirou do respectivo capítulo todas as referências a punição ou criminalização, limitando-se a afirmar:

> Art. 264. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> [...]
>
> § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
>
> [...]
>
> IV – proteção contra abuso, violência e exploração sexuais;

Após a leitura do *Projeto A* e do início dos trabalhos conjuntos da ANC, a maioria das emendas sobre o assunto apresentadas individualmente em Plenário tratava do direito da criança à saúde desde a concepção, dever de reconhecimento de filhos e direito à creche.[111] Mas o bloco suprapartidário autodenominado *Centrão112* apresentou emenda substitutiva para dar nova redação a todo o Título VIII do Projeto, que tratava da Ordem Social. Nele, o artigo 264, renumerado, passou a apresentar a seguinte redação:

---

110. *Projeto A*, documento inicial do 1º turno dos debates em Plenário. DANC, 24.11.1987.

111. Emendas de Plenário 322, 578, 625, 1085 e 1.724.

112. O Centrão era formado por PDS, PFL, PL, PDC, PTB e por parte do PMDB, consolidando um bloco mais conservador na ANC. Sua criação informal se deu no momento de um impasse quanto à fórmula de votações, pouco antes do início das votações em Plenário, especialmente depois da aprovação do mandato de quatro anos para o presidente José Sarney na Comissão de Sistematização (CS). O RIANC original dava muito peso para o projeto da CS – não era possível apresentar novas emendas, e era necessário reunir 280 votos no Plenário para derrubar uma proposta do "Projeto A". Após a "revolta" do Centrão, aprovou-se emenda regimental que permitiu ao Plenário apresentar novas emendas e que os textos que reunissem maioria de votos teriam a preferência no momento da votação – o que veio a acontecer em diversas matérias, incluindo-se a extensão do mandato presidencial do presidente Sarney para cinco anos. O grupo informal manteve-se relativamente homogêneo durante as votações em Plenário, representando, na prática, uma reação conservadora à ala progressista – agora minoritária – da ANC, composta de PCB, PC do B, PDT, PSB, PT, PSDB (a partir de junho de 1988) e a outra parte do PMDB. Sobre a formação do Centrão e o papel da reunião de forças em torno do presidencialismo e do mandato do presidente José Sarney, ver Freitas; Moura; Medeiros (2009) e Pilatti (2008, p. 196).

> Art. 259. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, desde a concepção, à saúde e à promoção e desenvolvimento de sua personalidade.
>
> [...]
>
> § 5º A lei punirá, severamente, o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Na verdade, a emenda teve o objetivo de retirar do projeto aprovado na Comissão de Sistematização boa parte dos compromissos previdenciários que constavam do Título VIII, como a aposentadoria com salário integral, a gratuidade do ensino público e a obrigatoriedade de oferta de creches e pré-escolas para crianças de 0 a 6 anos. Curiosamente, a justificativa não traz nenhuma referência sobre a introdução da demanda por punição severa em caso de abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente, para além da declaração de proteção que já constava do *Projeto A*.

Assim, ainda que a proposta não tenha resultado na criação de um mandado constitucional expresso de criminalização, a peculiaridade do apelo à *severidade* da punição, que não se repete em outro dispositivo do texto final, decididamente inspirou o legislador ordinário no processo de aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, com diversos dispositivos criminalizantes.

Os três casos aqui analisados permitem identificar a revalorização do direito penal e da pena criminal como instrumentos adequados e eficazes para solucionar problemas sociais ou para simbolizar o alto grau de importância que a ANC atribuiu a determinadas pautas políticas, por seus representantes e diante dos trabalhos de conscientização e pressão dos grupos sociais naquele período.

Em síntese, os debates constitucionais são capazes de demonstrar que houve, durante a ANC, adesão maciça à crença de que o direito penal é capaz de resolver – ou passar aos eleitores a impressão de ser – a solução para problemas sociais complexos. Seja porque a demanda por criminalização constitucional se esgotava em seu próprio efeito simbólico, seja pela esperança genuína de que o aparato jurídico-penal teria condições de tutelar os direitos mais relevantes da sociedade, a ANC representou a valorização do sistema punitivo e da linguagem da pena *severa* como instrumento de comunicação.[113]

113. Flausina (2008, p. 93) salienta que o recurso à força simbólica do direito penal no caso do racismo se apresenta "com os sinais trocados", representar uma blindagem institucional a indicar que o racismo, a partir de então, é uma atitude isolada e particular e, assim, "solapar as demais garantias inscritas no texto legal em searas com potencial transformador efetivo".

4. Considerações finais

Diante do cenário aqui apresentado, percebe-se que a ANC representou um processo altamente contraditório em relação ao que a sociedade brasileira pensava e demandava do sistema de justiça criminal e, mais especificamente, da pena de prisão. Tal contradição se refletiu no texto final da Constituição, como visto: o artigo 5º, com inúmeras garantias dirigidas ao preso,[114] também define que alguns crimes são inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia.[115] E, ainda que seja possível não ver contradição entre pretender aumentar o rigor penal e, ao mesmo tempo, garantir a humanidade das prisões, é certo que o discurso que permeou todo o debate sobre a pena de prisão antes da ANC reconhecia que a prisão só seria humana se aplicada como última alternativa[116]. Diante desse quadro, é possível afirmar que a ANC e o texto final da Constituição Federal de 1988 representaram um ponto de inflexão na hegemonia do pensamento penalógico que se iniciou nos anos 1970 e culminou nas Reformas de 1984.

A ANC também representa a contradição entre o modelo de Estado democrático que se construiu e o Estado penal correspondente. A construção do modelo de solidariedade social, que se consubstanciou na natureza de Estado Social e Democrático de Direito (FRANCO, 2011, p. 60), deu-se também, de forma paradoxal, pelo reconhecimento da dignidade penal das minorias, por meio dos mandados de criminalização e das demandas por legislações específicas.

114. Incisos XLV (nenhuma pena passará da pessoa do condenado); XLVI (individualização da pena); XLVII (vedação de pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e de penas cruéis); XLVIII (separação de presos); XLIX (garantia de integridade física e moral); L (permanência dos filhos com as mães presidiárias para fins de amamentação); LXXV (indenização a quem ficar preso além do tempo fixado na sentença).

115. Incisos XLII (racismo); XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos); XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

116. Além do consenso acadêmico jurídico-penal da época, representado pelas Moções de Nova Friburgo (1971) e Goiânia (1973), a própria Câmara dos Deputados mostrou-se crítica quanto às condições dos presídios brasileiros. No relatório final da CPI do Sistema Carcerário, aprovado em 1976, afirmou-se que "prisioneiros de alta periculosidade convivem em selas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência" (Relatório Final da CPI do Sistema Penitenciário. *Diário do Congresso Nacional (DCN)*, Seção I, 04.06.1976, Suplemento, p. 61).

O reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos dos grupos sociais desprivilegiados pela via penal se impôs mesmo diante do consenso prévio de que a pena não era útil ou idônea a solucionar os problemas sociais, e do fato de que, historicamente, esses mesmos grupos eram – e ainda são – desproporcionalmente representados na população prisional. A legitimidade do direito penal simbólico foi reforçada na medida em que as lutas por reconhecimento passaram necessariamente pelas demandas por criminalização ou aumento da severidade das punições.

5. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança*: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira. Tese (Livre-docência). São Paulo: Departamento de Sociologia, FFLCH-USP, 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: A crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 52, p. 163-82, 2006.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil*: nunca mais. Petrópolis: Vozes, 1985.

BATISTA, Nilo. Justiça e linchamento. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro n. 12, p. 271-88, 2002.

BATISTA, Nilo. Outro argumento sobre crimes hediondos. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003.

BECKER, Howard. *Outsiders*: studies in the sociology of deviance. Nova York: Free Press, 1973.

BRANDÃO, Lucas Coelho. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*: entre a política institucional e a participação popular. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Departamento de Sociologia, FFLCH-USP, 2011.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou "privilégios de bandidos"?: Desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 30, p. 162-74, 1991.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*: crime, segregação e violência em São Paulo. São Paulo: Editora 34, 2000.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. *A iniciativa popular legislativa da Assembleia Nacional Constituinte ao Regime da Constituição de 1988*: um balanço. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Faculdade de Direito-PUC, 2010.

CIAMBARELLA, Alessandra. *Anistia ampla, geral e irrestrita:* a campanha pela anistia política no Brasil (1977-1979). Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2002.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEL PORTO, Fabíola Brigante. *A luta pela anistia no regime militar brasileiro:* a constituição da sociedade civil no país e a construção da cidadania. Tese (Doutorado). Campinas: IFCH-Unicamp, 2002.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FLAUSINA, Ana Luísa Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

FREITAS, Rafael; MOURA, Samuel; MEDEIROS, Danilo. Procurando o Centrão: direita e esquerda na Assembleia Nacional Constituinte 1987-88. *Concurso ANPOCS-Fundação Ford*: melhores trabalhos sobre a Constituição de 1988. São Paulo, 2009. Disponível em: [http://neci.fflch.usp.br/sites/neci.fflch.usp.br/files/freitas-moura-medeiros_2009.pdf]. Acesso em: 18.04.2018.

GARCIA, Basileu. A Constituição do Brasil e o direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 46, n. 258, p. 3-7, 1957.

GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo*: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese (Doutorado). Brasília: Departamento de Sociologia da Faculdade de Ciências Sociais-UnB, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 79-92, 1996.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis; NERIS, Natália; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Legislação Antirracista no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 1, 2015.

MELUCCI, Alberto. A strange kind of newness: what is 'new' in new social movements? In: RUGGIERO, Vincenzo, MONTAGNA, Nicola (Ed.). *Social movements*: A reader. Londres: Routledge, 2011.

MICHILES, Carlos et al. *Cidadão constituinte*: a saga das emendas populares. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MONCLAIR, Stephane. *A Constituição desejada:* SAIC – As 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, 1991.

NAPOLITANO, Marcos. *1964*: história do regime militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014.

NASCIMENTO, André. Apresentação. In: GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

OFFE, Claus. New social movements: challenging the boundaries of institutional politics. In: RUGGIERO, Vincenzo, MONTAGNA, Nicola (Ed.). *Social movements*: a reader. Londres: Routledge, 2011.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987*: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas*: racionalidade legislativa e a Lei dos Crimes Hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988*: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Crime, violência e poder*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

POJO DO REGO, Antonio Carlos. *O congresso brasileiro e o regime militar (1964-1985)*. São Paulo: FGV, 2008.

RADOMYSLER, Clio Nudel. *A Defensoria Pública do Estado de São Paulo no combate à discriminação racial*: sensibilidades, discursos e práticas. Relatório apresentado para a conclusão do Programa de Educação Tutorial – PET na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: [http://sociologiajuridica.files.wordpress.com/2013/08/working-paper-clio-radomysler1.pdf]. Acesso em: 18.04.2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROBERTS, Julian et al. *Populism and public opinion*: lessons from five countries. Nova York: Oxford University Press, 2003.

RUGGIERO, Vincenzo; MONTAGNA, Nicola. *Social movements*: a reader. Londres: Routledge, 2008.

SADER, Éder. *Quando novos personagens entraram em cena*: experiências e lutas dos trabalhadores da grande São Paulo (1970-1980). 4. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias em São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, ano 1, v. 1, 2007. Disponível em: [http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/8]. Acesso em: 18.04.2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Campus, 2010.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Felipe Gonçalves; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MELO, Rúrion. A esfera pública e as proteções legais. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, v. 77, n. 16. São Paulo, p. 95-116, 2010.

SKIDMORE, Thomas. *The politics of military rule in Brazil, 1964-1985*. Nova York: Oxford University Press, 1988.

STAGGENBORG, Suzanne. *Social movements*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TEIXEIRA, Alessandra. *Construir a delinquência, articular a criminalidade*: um estudo sobre a gestão dos ilegalismos na cidade de São Paulo. Tese (Doutorado). São Paulo: Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2012.

TOURAINE, Alain. An *introduction* to the study of social movements. In: RUGGIERO, Vincenzo; MONTAGNA, Nicola (Ed.). *Social movements*: a reader. Londres: Routledge, 2011.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão, de Hugo Leonardo Rodrigues Santos – *RBCCrim* 131/145-185 (DTR\2017\907).

Credibilidade sustentável no mercado e a falta do perjúrio no direito penal brasileiro

Sustainable credibility at the market and the lack of perjury in criminal Brazilian legal system

Magno Federici Gomes

Pós-Doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa – Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Pós-Doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual pela Universidad de Deusto – Espanha. Mestre em Educação pela PUCMinas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUCMinas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPq-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA.
federici@pucminas.br

Bráulio Chagas Pighini

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Pós-Graduado em Direito dos Contratos pela Fundação Getúlio Vargas/SP. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UGF/RJ. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado em São Paulo. Autor de artigos acadêmicos.
brauliopighini@hotmail.com

Recebido em: 11.01.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 12.06.2018

Áreas do Direito: Penal, Financeiro e Econômico

Resumo: O presente estudo pretende abordar o tema da credibilidade sustentável e a ausência de tipificação do perjúrio no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de pesquisa teórico-documental que utilizou a doutrina (nacional e estrangeira), pesquisas públicas e atos normativos relacionados. A atual crise de credibilidade que

Abstract: This paper intends to work about the sustainable credibility and the lack of the Perjury in Brazilian legal system. For this purpose, researches were made based on national and international best doctrines, court decisions, legal acts and public studies related to the subject matter. According to the current Brazil credibility

vivem a economia e a política brasileiras faz com que os principais agentes de mercado e as lideranças se voltem à sociedade, induzindo comportamentos com o propósito de que eles atendam a diversas expectativas políticas predefinidas. Ocorre que, quando tais declarações são desprovidas de veracidade, não há no Direito nacional qualquer norma que vise coibir tais práticas. Ao analisar e atrair o instituto norte-americano do *Perjury*, o estudo se lança a uma análise comparativa, ressaltando a importância dada pelo Direito norte-americano às declarações, bem como a um estudo aprofundado sobre a iniciativa do Poder Legislativo brasileiro em tentar tipificar tal conduta no Código Penal pátrio, o que, apesar de similar, está longe de abranger toda a eficácia do instituto norte-americano. Essa distância leva à conclusão da necessidade de implementação do tipo de Perjúrio no sistema jurídico brasileiro como forma de revestir as declarações com as devidas responsabilidades penais e, com isso, fortalecendo-as.

Palavras-chave: Credibilidade sustentável – Perjúrio – Declarações falsas – Verdade Real – Mercado.

crisis, the main public agents and the private leaders need to turn to society to try lead conducts to correspond several expectations. Brazilian legal system has no rules about lying in to public or in the court. This work contains a free comparison between the American and the Brazilian systems based on a general analysis of the Perjury crime, with emphasis on the value given by statements in U.S law system, in order to study a Brazilian bill legal which intends to insert the Perjury as a crime into its Penal system therefore the conclusion of this work is the necessity to pass a bill providing penalties for those who not comply with a legal obligation to say the true in Brazilian jurisdiction.

Keywords: Sustainable credibility – Perjury – False statements – Corporate acts – Market.

Sumário: Introdução. 1. O poder da credibilidade na análise de investimentos. 2. A verdade real no direito. 3. O *perjury* e a iniciativa brasileira. Considerações finais. Referências.

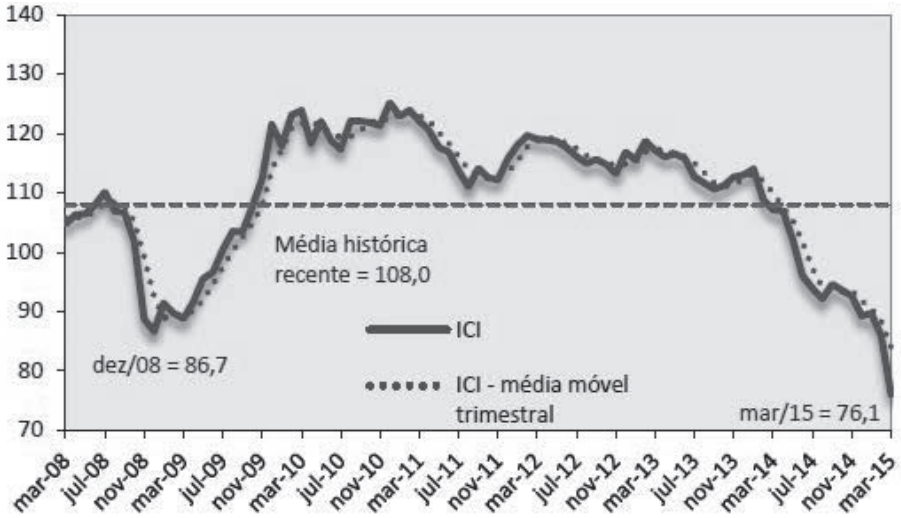
Introdução

O[1] Brasil vem vivendo um dos seus piores momentos econômicos e políticos, com forte descrença nas movimentações orquestradas pelo Governo, aliado ao descontentamento com as já anunciadas medidas impopulares ("pacote da maldade"), tais como os aumentos de tributos, reajustes dos preços dos combustíveis e aumento das tarifas de energia elétrica, não deixando de mencionar a forte redução de direitos trabalhistas e previdenciários, aliada à baixa produtividade e ao parco crescimento, o que se verifica através da leitura dos diferentes indicadores de mercado. Analistas previram uma queda do Produto Interno Bruto (PIB)

1. Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG 5236-15, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

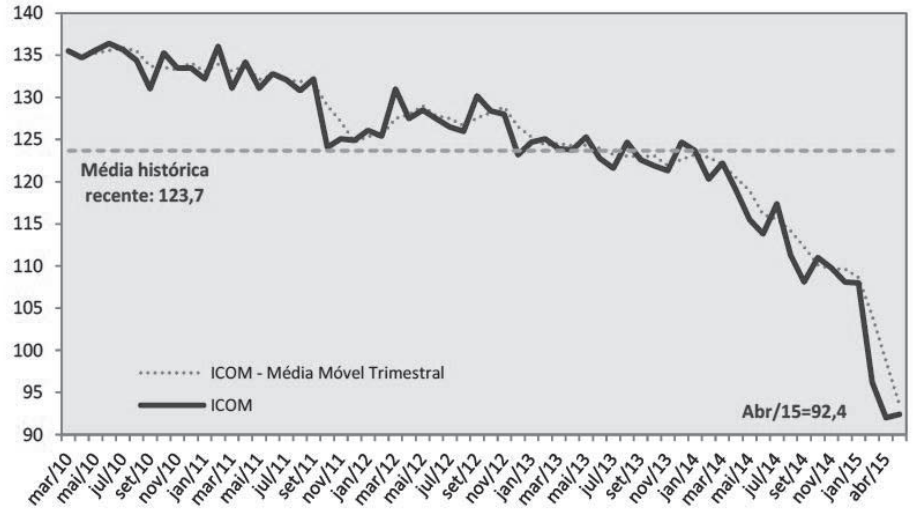
de 0,9% no ano de 2015 e a sua insignificante alta de 1,3% em 2016, sendo que, de acordo com o Fundo Monetário Internacional (FMI), a economia brasileira viveria uma contração[2], o que já se concretizou nos dias atuais perante a pública e notória crise. Nos termos da FGV/IBRE (2015), já existia uma forte queda na confiança dos principais setores econômicos, conforme os gráficos a seguir:

Gráfico 1 – Índice de Confiança da Indústria mar/08 a mar/15



Fonte: Fundação Getúlio Vargas. Instituto Brasileiro de Economia, 2015a.

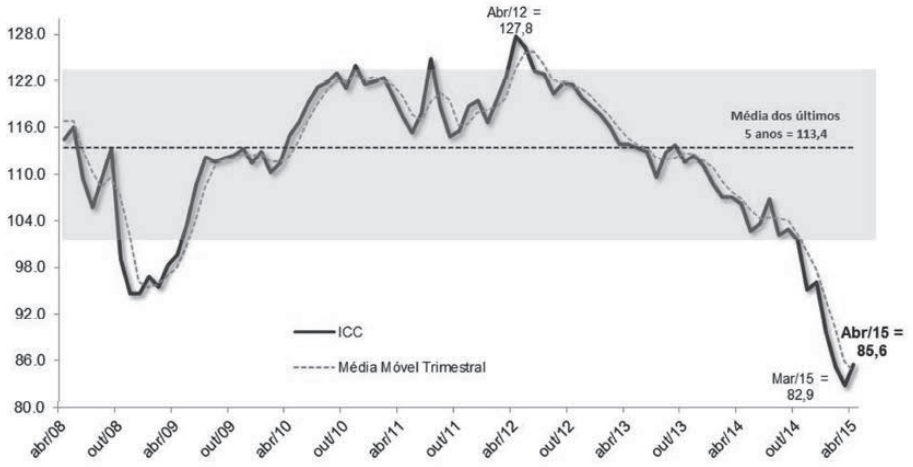
Gráfico 2 – Índice de Confiança do Comércio mar./10 a abr./15



Fonte: Fundação Getúlio Vargas. Instituto Brasileiro de Economia, 2015c.

2. Conforme: MARTELLO, 2015, internet.

Gráfico 3 – Índice de Confiança do Consumidor abr./08 a abr./15



Fonte: Fundação Getúlio Vargas. Instituto Brasileiro de Economia, 2015b[3]

O que se pode verificar dos dados apresentados é que a confiança de praticamente toda a cadeia produtiva: Indústria (Produção), Comércio (Vendas) e o Consumidor (Consumo) estava em declínio e tal ciclo gerou o desemprego e a recessão. Nesse contexto, não existia força pior para a economia do que a desesperança do empresário em promover investimentos, a denominada ausência do "espírito animal"[4], já que é a confiança (o otimismo do retorno de seu investimento), aliada à credibilidade dos agentes econômicos/políticos com relação às políticas adotadas, um dos motores fundamentais de desempenho da atividade econômica.

Por óbvio que o mundo e os empresários, desde 1936 (contexto em que Keynes utilizou a expressão citada), não mais investem seu dinheiro, como um bandei-

3. Apenas para ressaltar o "pessimismo" projetado, tem-se Lopes (2015): "após reagir no quatro trimestre de 2014, sobretudo por causa da valorização do dólar em relação ao real [...] o Índice de Confiança do Agronegócio (ICAgro) calculado pela Federação das Indústria do Estado de São Paulo (FIESP) e pela Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) voltou a recuar no primeiro trimestre desse ano. [...] Os pecuaristas reclamam dos mesmos pontos, e sua confiança também caiu em razão da queda das exportações para países como Rússia, afetada por sanções e pela queda do petróleo. O índice de confiança nessa frente recuou de 98,3 pontos no quarto trimestre de 2014, para 90,4 pontos no trimestre seguinte. Entre as indústrias, o humor também piorou. No primeiro trimestre de 2015, o indicador que capta exclusivamente a confiança das empresas de insumos ficou em 83,7 pontos, ante os 90,7 do período imediatamente anterior" (LOPES, 2015, Agronegócios, B16).

4. Expressão utilizada por Keynes (1996), em seu livro, a *teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, para tratar das razões que levaria o empreendedor a investir.

rante desbravando novos e competitivos mercados, tendo no otimismo a sua principal arma de sucesso. Porém, apesar de tal teoria não ser aplicada *in totum,* isso não quer dizer que ela se tornou obsoleta.

A confiança do empresário, não somente em sua capacidade de ser um "animal empreendedor", ainda é um importante e fundamental instrumento para a tomada de decisão de investir em determinado projeto e país. Os dados demonstravam que a confiança (essencial ao desenvolvimento econômico) dos principais agentes da economia (indústria, comércio e consumidor) encontra-se baixa. Tal fato convola-se na preocupante decisão de baixos investimentos e baixas contratações que, com a menor confiança por parte dos consumidores, reduz o Estado de Expectativa (E.E) na retomada do crescimento econômico e, como consequência, a Decisão pelo Investimento (D.I) se mostrará cada vez mais baixa, segundo Montes e Feijó (2007, p. 165). Como forma de aumentar o E.E, comuns são as declarações dos agentes econômicos e do mercado, tais como presidentes de empresas, empresários e Ministros de Estado, no sentido de acalmar o mercado ou incentivar a prática de condutas empreendedoras[5]. Tais declarações, por óbvio, se não determinam, no mínimo exercem poderosa influência na decisão dos empreendedores, servindo também como as rédeas aos devidos abusos dos "espíritos animais".

O presente artigo visa justamente trabalhar a maneira como tais declarações exercem suas influências no campo econômico/jurídico e se há alguma consequência jurídica (uma vez que como será demonstrada, a consequência econômica é inconteste) no caso de declarações desprovidas de verdade. Ao realizar uma análise comparativa com o instituto legal do *Perjury* norte-americano, o trabalho visa proferir um estudo sobre tais institutos e a falta que o *Perjury* faz no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, para a realização do trabalho foi utilizado o método teórico-documental, com técnicas dedutiva e comparativa, sendo analisadas obras de referência para o estudo do Direito, em especial diversas teses e dissertações das mais respeitadas instituições de ensino que analisaram em profundidade a temática, inclusive estudos do Direito norte-americano sobre o tipo penal do *Perjury* e do *False Statements*.

O trabalho divide-se em três partes, iniciando-se justamente pelo poder da credibilidade nas análises de investimentos e como as declarações ministradas por autoridades os influenciam. Demonstrada a importância das declarações em meio ao campo econômico, o trabalho passará a estudar a questão da mentira

5. Conforme MINISTRO..., 2015, internet.

junto ao processo judicial, trazendo à tona as teorias que envolvem o tema sobre se há ou não um direito "à mentira". Estabelecidos os parâmetros sobre a mentira junto ao processo judicial, tendo como paradigma o trabalho de Doyle (2014), o artigo irá empreender o estudo do *Perjury* e suas figuras correlatas, como forma de, além de analisar seus efeitos, confrontá-los com o Projeto de Lei (PLS) 92/2015 (RODRIGUES, 2015, internet) e a sua abrangência.

1. O poder da credibilidade na análise de investimentos

A questão da credibilidade como objeto da ciência não possui um marco teórico de fácil delimitação. Segundo Rambalducci, Borinelli e Oliveira (2011, p. 14), Rapp (2010) e Rieh e Danielson (2007) afirmam que, apesar de Aristóteles ser considerado um dos precursores de uma noção de credibilidade, foi somente no último século que a temática passou a ser estudada de maneira sistemática e científica pelo trabalho desenvolvido por Hovland e Weiss (1951). De acordo com Hovland e Weiss (1951), o responsável pela comunicação da mensagem é também o responsável por sua eficácia, pois: "[...] quanto maior a percepção de credibilidade de uma fonte, maior é a aceitação de uma mensagem e maior a possibilidade de mudança de opinião do ouvinte" (HOVLAND; WEIS, 1951 apud RAMBALDUCCI; BORINELLI; OLIVEIRA 2011, p. 16). Nesse sentido:

> Na pesquisa de Hovland e Weiss (1951), verifica-se que a aceitabilidade de informações oriundas de fontes de alta credibilidade apresenta-se maior, se comparada às de baixa credibilidade, e na obra de Hovland, Janis e Kelley (1953), conclui-se que a credibilidade do comunicador é avaliada a partir da percepção do público quanto à sua expertise sobre o assunto e quanto à sua honestidade, sendo determinante na persuasão e na efetividade da comunicação. A partir desses dois estudos, uma série de trabalhos de diferentes áreas foi realizada com o objetivo de compreender a influência da credibilidade na aceitação e na efetividade das mensagens transmitidas a partir de diferentes fontes. *Cabe destacar que os estudos sobre credibilidade não trazem evoluções significativas no que diz respeito ao conteúdo e sim às diferentes fontes que comunicam determinada informação*. Em geral, percebe-se que esses estudos encontram-se pautados em uma perspectiva funcionalista com o intuito de promover a efetividade da comunicação e influenciar públicos determinados (RAMBALDUCCI; BORINELLI OLIVEIRA, 2011, p. 16-17, grifo próprio).

Nesse contexto, tem-se que o conceito de credibilidade oscila de acordo com a ciência que o aplica. Para fins de adequação ao presente tema, opta-se por seguir com a conceituação oferecida por Tejada e Portugal (2002), para quem a credibilidade corresponde ao "grau de crença dos agentes em que os *policymakers*

levarão a cabo os planos anunciados" (TEJADA; PORTUGAL, 2002, p. 91)[6]. No campo da Ciência da Administração de Empresas verifica-se que quanto maior a credibilidade da instituição e das pessoas envolvidas nas declarações ao mercado, maior será o seu poder de influência e a redução no custo com comunicação. Eisend (2006), citado por Rambalducci, Borinelli e Oliveira (2011, p. 25), esclarece que a credibilidade se relaciona diretamente com a percepção individual sobre a veracidade de determinado assunto, tendo esse relacionamento uma natureza multidimensional que atua como instrumento de avaliação da informação e sua correlata aceitabilidade, criando a corporação, *in casu*, a denominada credibilidade empresarial. Esta denominada credibilidade ganha mais notoriedade quando a mesma é analisada como um valor intangível da corporação, uma vez que não pairam dúvidas de que a empresa é nada mais do que o resultado da soma de seus ativos tangíveis e intangíveis[7]. Segundo Kayo e outros (2006), tem-se que:

6. Nesse contexto, importante trazer à baila o significado do termo credibilidade e seus correlatos apresentados por Rambalducci; Borinelli; Oliveira (2012): "mais recentemente, termos como credibilidade, confiança, reputação, imagem, legitimação têm ressurgido dentro de um movimento de ascensão de arranjos institucionais, como redes e governança, da responsabilidade socioambiental e da maior politização das relações de consumo [...] todos caracterizados pelo alto grau de comprometimento e cooperação entre os seus participantes. *A variável credibilidade assume especial importância no tratamento de questões complexas, como os problemas ambientais e sociais, em que o alto grau de incerteza inerente a esses problemas exige a confiança entre atores envolvidos para a formulação e a implementação de ações conjuntas e cooperativas* [...]" (RAMBALDUCCI; BORINELLI; OLIVEIRA, 2012, p. 382-383, grifo próprio).

7. Conforme leciona Santos; *et al* (2006, p. 02-03): "o conceito econômico de ativos relaciona-se aos bens que proporcionam um fluxo de serviços ao longo do tempo. Tal fluxo pode ser de serviços de consumo, como os serviços de habitação, ou um fluxo de dinheiro, que pode ser usado para comprar consumo. [...]" Martins (1972, p. 30) aborda essa questão citando que "ativo é o futuro resultado econômico que se espera obter de um agente. [...]" Dessa forma, fica claro que os principais atributos de um ativo são o controle dos recursos e a capacidade de proporcionar benefícios futuros para a organização. O termo "intangível" vem do latim *tangere* ou do grego *tango* que significa "tocar". Logo, os bens intangíveis são aqueles que não podem ser tocados, porque tocados, porque não possuem corpo físico. Todavia, não existe um relacionamento etimológico da palavra "intangível" com a definição contábil desses ativos, haja vista que muitos ativos intangíveis, isto é, muitos bens que não possuem corpo físico, são classificados como se tangíveis fosse, a exemplo das despesas antecipadas e duplicatas a receber, devido basicamente ao conservadorismo que impera no meio contábil [...] Nessa mesma tendência o *International Accounting Standar Board* (IASB), organismo internacional de emissão de padrões contábeis, estabelece que ativos intangíveis são aqueles que não tem substância física, ou têm um valor que não é convertido para aquelas substâncias físicas que eles possuem, a exemplo de um software, o qual não é razoavelmente mensurado em relação aos custos dos disquetes que o contêm [...] (SANTOS; *et al,* 2006, p. 02-03).

> A avaliação dos ativos intangíveis é um processo importante por várias razões. Ela pode, por exemplo, servir de base para uma operação de fusão ou aquisição. Também pode servir como sustentação para operações de securitização ou garantias de empréstimos, como sugerem Reilly e Schweihs (1999). *Entretanto, um dos motivos mais importantes da avaliação é sua utilização para a gestão estratégica dos ativos intangíveis*. O processo de gestão é facilitado quando se sabe o valor do que se quer gerir. A gestão de caixa, do imobilizado, entre outros ativos tangíveis, é relativamente fácil porque tais ativos já possuem um valor estabelecido ex-ante. *À medida que são atribuídos valores também aos intangíveis, o seu processo de gestão também é facilitado* (KAYO; *et al,* 2006, p. 117-118, grifos próprios).

Tais direcionamentos não estão distantes da realidade do mercado econômico, sendo os casos Eron e Arthur Andersen[8] exemplos disso, apesar de não expurgarem os inúmeros escândalos vividos na história econômica[9]. E a afirmação é simples: o poder da credibilidade de uma instituição gera efeitos práticos, pois o fato de ter uma firma de auditoria com credibilidade no mercado facilita as devidas aprovações das contas, bem como dá respaldo à veracidade das informações constantes no *balance sheet*[10]. Ademais, a credibilidade é muito comum em transações financeiras, quando muitas vezes é requerida a garantia de uma

8. Nesse sentido: "a fim de apresentar uma saúde financeira que lhe permitisse acesso a crédito, a empresa manipulou seus dados contábeis. Isso se deu pela criação de empresas do tipo SPE, em que executivos da Enron eram os acionistas principais e das quais a própria Enron detinha apenas 3% do controle. Isso descaracterizava a necessidade de consolidação dos resultados dessas empresas nas demonstrações contábeis da Enron" (BORGERTH, 2007, p. 02).
9. Bergamini Júnior (2002) reviva a memória econômica com a seguinte passagem: "Galbraith (1992) retratou com vivacidade de cores os diversos casos de `exuberância irracional´ ocorridos no passado, desde a tulipomania, ocorrida na Holanda (1630/37); a emissão de notas pelo Banque Royale, de John Law, na França, para exploração da Louisiana (1716/20); o caso da South Sea, ocorrido na mesma época, na Inglaterra, que recebeu o direito de emitir ações lastreadas em direitos de comércio sobre a região ocidental das Américas; os diversos episódios americanos de depressões econômicas causados pela emissão sem lastro por bancos regionais, ocorridos em 1819, 1837 e 1873; a Grande Depressão de 1929, acarretada por especulação imobiliária e no mercado de capitais; e, finalmente, o caso dos *junk bonds*, que detonou a crise de 1987" (BERGAMINI JÚNIOR, 2002, p. 35).
10. Em sentido equivalente: "a importância de tais medidas é verificada quando a Pricewaterhousecoopers se recusou a assinar o balanço da Petrobrás, enquanto não fossem divulgados os resultados das investigações sobre a corrupção na empresa estatal" (GRINBAUM; GOULART; PITA, 2014, internet).

instituição financeira de primeira linha. Em suma, a credibilidade é fator essencial para a consumação de qualquer transação. Ao avaliar o caso da Arthur Andersen, Bergamini Júnior (2002) leciona que:

> A Arthur Andersen esteve envolvida nos dois maiores casos de concordata – Enron e WorldCom – além de ter sido substituída em fevereiro do corrente pela PricewaterhouseCoopers em outro caso, o da Merck. A Andersen, como as demais integrantes das *Big Five* em auditoria (PricewaterhouseCoopers, KPMG, Ernst & Young e Deloitte & Touche), tem manchas em seu passado. No caso da Enron, houve participação ativa dos auditores da Andersen na execução das fraudes. Os indícios no episódio da WorldCom apontam para negligência ou imperícia, na melhor hipótese, ou conivência criminosa, na pior. Alguns analistas apontaram para o fato de que o escritório central da Andersen teria detectado as irregularidades na Enron, *mas a ética foi atropelada pelo conflito de interesses*. Note-se que as demais Big Five têm um escritório central técnico que tem poder de ditar regras aos integrantes do grupo, mas o escritório central da Andersen não tinha esse poder. Em 16 de agosto, o Conselho de Contabilidade Pública do Texas decidiu, por unanimidade, revogar o registro da Andersen por ter sido considerada culpada de obstrução da Justiça. Segundo nota oficial do Conselho, a empresa descumpriu os princípios contábeis geralmente aceitos em seu trabalho de auditoria realizado para a Enron entre 1997 e 2002. *Em 31 de agosto, após 89 anos de atividades, a Arthur Andersen encerrou suas atividades como empresa de auditoria externa nos EUA*. [...] *Entre o anúncio da destruição de documentos da Enron e o colapso total da Andersen passaram-se menos de nove meses*. Suas filiais foram adquiridas por outros grupos de auditoria ou transferidas para eles. No Brasil, a Andersen teve seus negócios absorvidos pela Deloitte (BERGAMINI JÚNIOR, 2002, p. 43-44, grifos próprios).

Após tais eventos, a legislação e os órgãos reguladores passaram a ter maior presença junto aos agentes econômicos, buscando proteger os interesses dos grupos envolvidos, citando apenas a Lei Sarbanes-Osley, cujo grande objetivo é a restauração do equilíbrio dos mercados, através de mecanismos que assegurem a responsabilidade da alta administração de uma empresa sobre a confiabilidade (leia-se credibilidade) da informação por ela fornecida (BORGETH, 2007 p. 16). Tais ilações demonstram-se mais tangíveis quando se trata da credibilidade e da reputação envolvendo uma política econômica[11]. A gestão por "mãos

11. Nesse sentido, o conceito de Dias (2010): "entende-se por credibilidade o processo de criação e manutenção de confiança nas ações de um determinado ente, através de sinalizações de metas e ações correntes com os objetivos traçados. Este mesmo processo se

trêmulas"[12] por muitas vezes ocasiona sérios problemas à credibilidade monetária de uma nação, conforme atenta Dias (2010):

> Governos populistas são exemplos patentes de políticas que, buscando agradar aos trabalhadores, diminuem a taxa de desemprego a níveis abaixo da taxa natural *tendo grandes custos em inflação e credibilidade de sua política*. Na política econômica de regras a pressão dos sindicatos para uma redução da taxa de desemprego (artificial) *através do mecanismo de surpresas inflacionárias é muito maior do que na política discricionária. Por este motivo, chama-se de policymaker forte aquele que segue as regras independentemente das pressões dos grupos de interesse, visando o objetivo de crescimento de longo prazo sustentado* (DIAS, 2010, p. 18, grifos próprios).

De acordo com Dias (2010): "mecanismos internos ao sistema de política que sinalizem aos agentes que o *policymaker* não tem incentivos para desviar de seus planos ou metas iniciais facilitam o processo de formação de credibilidade na política monetária" (DIAS, 2010, p. 27, grifos próprios). Aliada à credibilidade como uma amarra "ulissiana"[13], verifica-se que o conteúdo reputacional da declaração ou da liderança econômica, imbuída à aplicação de uma determinada política[14], também possui papel de fundamental importância. O denominado

---

observa na consecução da política monetária, dado que constantemente o responsável pela política é testado pelos agentes econômicos em relação à capacidade de manter suas diretrizes e planos públicos. [...] Reputação, o outro conceito base desta dissertação, representa o histórico de ações críveis de um ente de política pública na manutenção de seus objetivos. Ou seja, reputação é relacionada à figura do ente e não diretamente a suas ações" (DIAS, 2010, p. 9).

12. Nas lições de Dias (2010): "ações do tipo 'mãos trêmulas' são aquelas nas quais os *policymaker* não conseguem manter o comprometimento com suas políticas e acabam desviando de suas metas" (DIAS, 2010, p. 13).

13. Conforme lição de Tejada e Portugal (2004), citando Giavazzi e Pagano (1988): "em outro exemplo, os clássicos gregos nos contam também da estória de Ulisses, que, ao retornar para os braços de sua esposa, Penélope, teve que se amarrar ao mastro do navio para não ser seduzido pelo canto das sereias. A ação de Ulisses consiste em uma forma de fazer uma `promessa crível´ com vistas a resolver o problema de inconsistência dinâmica" (GIAVAZZI; PAGANO *apud* TEJADA; PORTUGAL, 2004, p. 99).

14. Nesses termos: "reputação pode ser vista como *uma avaliação do público sobre a autoridade monetária ao longo do tempo*. Enquanto a credibilidade se refere ao tipo de política e regime monetário seguido, a reputação se refere geralmente à instituição que conduz a política monetária. *Um policymaker que tenha reputação e que utilize uma política crível e transparente tende a acelerar a influência sobre os agentes. A reputação é a imagem que o policymaker cria ao longo do tempo e que pesa nas decisões do público, alterando o*

policymaker está envolto com todas as situações externas (ou como prefere Dias (2010, p. 33), "tentações"), sejam elas de clamor popular, econômicos, político etc., pois a "maneira com a qual o *policymaker* lida com as tentações ao desvio, cria ou destrói pontos em credibilidade que, durante o passar do tempo, gera uma reputação que é ligada à sua ação e à sua política" (DIAS, 2010, p. 33). Justamente, é em cima de tais elementos (credibilidade e reputação), que os agentes econômicos buscam ou recebem das autoridades econômicas (públicas ou privadas) informações que visam, no mínimo, mitigar a incerteza fundamental[15] que circunda a atividade econômica. Nesse espeque, em meio à ausência de conhecimento (conhecimentos necessários para uma análise mais objetiva sobre o aporte de capital e investimentos), os agentes econômicos constituem um E.E, em

nível de credibilidade das políticas econômicas (DIAS, 2010, p. 31, grifos próprios). Não deixando de transcrever: *Credibilidade e reputação são, em essência, conceitos distintos*. Enquanto credibilidade refere-se ao grau de confiança que o público possui em relação à determinação e habilidade da autoridade monetária em atingir os objetivos anunciados, ou seja, se as políticas (ou planos) são críveis, *reputação encontra-se relacionada à crença do público quanto às preferências dos policymakers e às expectativas que o público forma acerca das ações a serem tomadas pela autoridade monetária*. A construção da reputação da autoridade monetária encontra-se relacionada à sua capacidade de cumprir com os seus anúncios, à sua capacidade de fazer convergir as expectativas formadas pelo público para um determinado objetivo e à imagem institucional que o público possui a seu respeito. *Nesse sentido, a formação da reputação da autoridade monetária tem como fundamento a avaliação do seu desempenho. Um outro elemento importante na conquista da reputação pela autoridade monetária, que deve ser destacado, é a transparência com que a autoridade monetária faz seus anúncios e com que conduz a política monetária. A transparência atua influenciando na capacidade de o banco central fazer convergir, mais rapidamente, as expectativas do público para os objetivos predeterminados*" (MONTES; FEIJÓ, 2007, p. 161, grifos próprios).

15. Montes e Feijó (2007), citando Dequech (1999) e Heron (2003), trabalham com a seguinte definição de incerteza: "[...] situação na qual o conhecimento, devido à escassez de evidência, *é incompleto e não confiável como um guia de conduta". Mais ainda, `incerteza fundamental´ é definida como uma situação em que pelo menos alguma informação essencial acerca de eventos futuros não pode ser ou não é capaz de ser conhecida no momento em que uma decisão deve ser tomada, pois essa informação não existe e não pode ser inferida por nenhum conjunto de dados existente*. Incerteza fundamental, como sugerida por Dequech, não implica completa ignorância acerca de todos os eventos que estão por ocorrer futuramente, porém *diz respeito aos eventos fundamentalmente relevantes para o processo de tomada de decisões*. Como destaca Heron (2003), *podem ser identificadas duas fontes de incerteza na economia: uma, relacionada a eventos inesperados, tais como choques internos e externos sobre a economia e erros de previsão a respeito da política econômica, e outra, relacionada à falta de compreensão dos agentes econômicos quanto aos objetivos de longo prazo para a política monetária*" (MONTES; FEIJÓ, 2007, p. 157, grifos próprios).

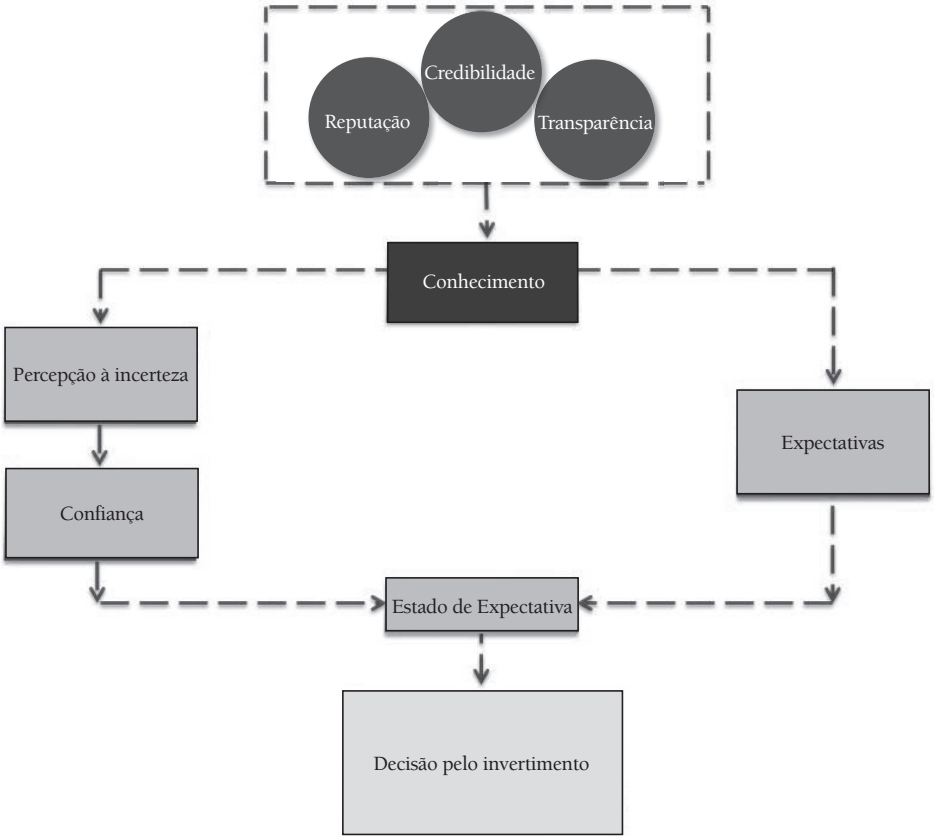
face do contexto econômico. Montes e Feijó (2007), citando Dequesch (1999), apresentam as principais características do E.E:

> [...] Dequesch (1999), com o intuito de analisar os determinantes desse "estado", elabora um esquema analítico que apresenta os elementos que interferem na formação do estado de expectativas e como se inter-relacionam. Seu esquema analítico se apresenta da seguinte maneira: *(i) os determinantes imediatos do estado de expectativa são as expectativas e a confiança; (ii) a confiança é afetada diretamente pela aversão à incerteza e pela percepção à incerteza; (iii) as expectativas são afetadas diretamente pelo otimismo espontâneo, pelo conhecimento e pela criatividade; (iv) a aversão à incerteza é influenciada pela disposição otimista (ou animal spirits); (v) a percepção à incerteza, por sua vez, pode ser explicada pela disposição otimista e pelo conhecimento; e (vi) o otimismo espontâneo é influenciado exclusivamente pela disposição otimista* (MONTES; FEIJÓ, 2007, p. 157-158, grifo próprio).

O grau de confiança, segundo Keynes (1996, cap. 12), é determinado pela expectativa que o agente econômico possui em razão de sua aversão à incerteza. Essa aversão tem uma parcela subjetiva (otimismo do agente), mas pode-se afirmar que está mais vinculada ao conhecimento e à vivência do agente junto ao seu mercado de atuação. Nesse sentido: "a confiança do agente econômico depende de sua disposição otimista de encarar a incerteza e de como seu conhecimento influencia sua percepção acerca da incerteza" (MONTES; FEIJÓ, 2007, p. 159). A partir de todo o contexto, cabem aos líderes econômicos utilizarem o trinômio reputação/credibilidade/transparência para movimentarem os agentes econômicos em função de uma política econômica, coalizando esforços para o atingimento das metas pré-estipuladas com maior rapidez e eficácia; desse modo a "confiança do setor privado nas ações de política monetária e na própria autoridade monetária é determinante para a eficácia da política monetária que se propaga por meio das expectativas" (MONTES; FEIJÓ, 2007, p. 164). O quadro a seguir demonstra a relação entre o trinômio e o E.E[16]:

16. O esquema aqui apresentado pode ser assim explicado: "uma autoridade monetária com elevada reputação, atuando por meio da implementação de políticas críveis e de forma transparente, tende a fazer com que o conhecimento dos indivíduos se amplie. Nesse sentido, a percepção à incerteza se reduz, aumentando a confiança nas expectativas formadas acerca de acontecimentos futuros e, consequentemente, *gerando um estado de expectativa otimista*. Tal otimismo se reflete na escolha por um portfólio de ativos voltado para obtenção de ganhos de longo prazo, ou seja, estimulando a escolha por ativos reais (investimentos), reduzindo a preferência pela liquidez e, assim, estimulando o produto e a renda da economia. Adquirir um ativo requer do investidor a avaliação

Gráfico 4 – Estado de Expectativa



Fonte: MONTES; FEIJÓ, 2007, p. 165.

Tal E.E não está vinculado somente às questões políticas e econômicas, portanto, de cunho público de uma nação. A mesma matriz de raciocínio pode, também, ser muito bem utilizada pelo setor privado. Exemplo de tal afirmação é como a composição do Conselho de Administração (CA) de qualquer companhia

---

de dois quesitos básicos: *rentabilidade esperada e liquidez*. Pelo fato de os títulos e a própria moeda possuírem um maior grau de liquidez em relação aos ativos de capital, a decisão de investimento será fundamentalmente influenciada pelas expectativas acerca das rentabilidades oferecidas pelos diferentes ativos. Uma política monetária que tenha como objetivo estimular a taxa de crescimento da economia deve estimular os agentes a trocarem liquidez por iliquidez e a trocarem rendimentos de juros por lucros, por meio da aquisição de bens de capital em vez de ativos financeiros. *O estado de otimismo irá se refletir também na expectativa do público a respeito da capacidade da autoridade monetária em atingir os objetivos firmados para a inflação. Se o público acredita (espera) que as metas para a inflação serão alcançadas, pois a autoridade monetária revelou seu desejo pela manutenção de uma taxa de inflação baixa e estável e fará o que for necessário para que isso aconteça, então, acabam por reajustar preços e formar expectativas com base na meta*" (MONTES; FEIJÓ, 2007, p. 165, grifos próprios).

aberta mostra-se como elemento essencial a facilitar a D.I, como ilustrado anteriormente[17]. Andrade; et al. (2009) realizaram um estudo científico, buscando relacionar a atuação dos CAs com a geração de valor nas companhias, chegando à seguinte conclusão:

> O estudo permitiu identificar que empresas maiores tendem a ter maior número de conselheiros, simultaneamente com um percentual maior de conselheiros externos. [...] Essa tendência de as empresas se adequarem ao código de governança corporativa demonstra certo interesse por parte delas de participar dos órgãos reguladores de mercado e de constituir e consolidar um ambiente de proteção legal aos investidores. [...] *Embora com mais evidências de serem uma tendência, as recomendações do código de governança corporativa quanto à composição do conselho de administração, no que tange ao seu tamanho e à sua independência, ainda não foram suficientes para que, de fato, esses fatores sejam convertidos em melhor monitoramento das decisões dos administradores. Esse argumento resgata as conclusões de Silveira (2002), que também não encontrou evidências que comprovem um melhor desempenho da empresa por meio das atribuições de monitoramento das decisões dos administradores pelo conselho de administração.* [...] Com relação à independência do conselho de administração e ao valor de mercado das empresas, constatou-se que a presença de conselheiros externos, ou maior nível de independência do conselho, é percebida pelo mercado como um fator positivo dentro de uma faixa ótima, conforme o tamanho da empresa. *Acima ou abaixo dessa faixa, os fornecedores de capital, em especial os acionistas, tendem a fazer que os ativos financeiros dessas empresas percam valor no mercado acionário. Já com relação ao desempenho da empresa e ao conselho de administração, foi encontrada relação positiva entre quantidade de conselheiros e margem operacional. Embora, de forma similar ao valor de mercado, não seja possível apontar um tamanho ótimo para o conselho de administração, as constatações apontam que as decisões dos administradores, em especial sobre as operações da empresa, são monitoradas de forma mais eficiente por conselhos que possuem uma quantidade maior de conselheiros.* [...] Nessa situação, pode ser entendido que conselheiros internos, conhecedores dos processos internos da empresa, tendem a obter mais probabilidade de redirecionar os resultados da empresa em busca de um melhor nível de rentabilidade operacional. (ANDRADE; *et al*, 2009, p. 27-29, grifos próprios)[18].

17. Importante registrar que tendo em vista o avanço dos temas relacionados à Governança Corporativa no Brasil, o estudo da composição e atuação do Conselho de Administração nas empresas demonstra-se em voga na luta pela redução dos custos de agência.

18. Conclusão semelhante chegou Gondrige, Clemente e Espejo (2012): "o objetivo principal deste estudo *foi investigar se existe relação entre a estrutura do conselho de administração e o valor das companhias brasileiras de capital aberto listadas na Bovespa.* [...]

Conclui-se que a composição e a atuação do CA são indicadores que representam ganho à intenção e atividade de geração de valor de uma companhia, em razão do que se depreende que as declarações dos membros do CA são de extrema importância. Para tanto, basta analisar-se a Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), a qual dispõe que compete ao Administrador da Companhia o dever de informar[19] qualquer fato que possa influir na decisão dos investidores de vender ou comprar valores emitidos pela companhia.

Nesse contexto de dever de prestar informações ao mercado, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) publicou a Instrução Normativa 358/2002, regulando e conceituando o ato e fato relevante[20]. Não é objeto do trabalho tecer maiores

---

O estudo permitiu identificar que empresas mais valorizadas tendem a possuir maior número de conselheiros e, em média, um percentual maior de conselheiros independentes. *A variável de nível de independência não apresentou significância estatística, resultado convergente ao encontrado por Andrade; et al (2009)*. A variável CeoPowerful não apresentou significância estatística, resultado convergente ao encontrado por Andrade; *et al* (2009), contrariando os resultados de Silveira, Barros e Fama (2003), pois tais autores apresentaram resultados que indicam uma maior valorização das empresas cujos cargos de presidente do conselho e executivo principal são ocupados por pessoas distintas. *Os resultados apresentados, apesar de constatarem indícios, não oferecem evidências definitivamente conclusivas, considerando a insignificância de alguns coeficientes entre as variáveis de governança e o valor de mercado*. As possíveis causas dessa insignificância podem ser por limitações metodológicas, considerando que o estudo foi desenvolvido para um espaço temporal relativamente pequeno. *Contudo, a presente pesquisa ressalta que os conselhos de administração são parte da solução para os problemas de agência da maioria das organizações. Visualizar os conselhos de administração a partir desta perspectiva é a forma mais útil para estudar o modo como eles são estruturados e sua função*. [...] Como sugestão para estudos futuros, recomenda-se a ampliação do período de análise com uma abordagem de dados em painel, para capturar a evolução dos níveis de aderência às recomendações do IBGC. *Também podem ser incluídas outras variáveis, por exemplo, empresas brasileiras que tenham ADR's no exterior, que possibilitem verificar se para estas empresas a estrutura do conselho de administração exerce influência significativa*" (GONDRIGE; CLEMENTE; ESPEJO, 2012, p. 91, grifos próprios).

19. Art. 157 da Lei 6.404/1976. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. [...] § 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia, *ou fato relevante* ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia (BRASIL, 1976, grifo próprio).

20. Art. 2º da Instrução Normativa 358/2002. Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral

considerações sobre as diferenças envolvendo fato relevante e comunicação ao mercado, mas resta importante consignar que tais "declarações" possuem plena eficácia no campo mercadológico e também no campo do Direito penal[21].

---

ou dos órgãos de administração da companhia aberta, *ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: I – na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; II – na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; III – na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados*. Parágrafo único. Observada a definição do caput, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes: I – assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva; II – *mudança no controle da companhia*, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas; III – celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia; IV – ingresso ou saída de sócio que mantenha, com a companhia, contrato ou colaboração operacional, financeira, tecnológica ou administrativa; V – autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro; VI – *decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta*; VII – *incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas*; VIII – transformação ou dissolução da companhia; IX – mudança na composição do patrimônio da companhia; X – mudança de critérios contábeis; XI – renegociação de dívidas; XII – aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações; XIII – alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia; XIV – desdobramento ou grupamento de ações ou atribuição de bonificação; XV – aquisição de ações da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de ações assim adquiridas; XVI – lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proventos em dinheiro; XVII – celebração ou extinção de contrato, ou o insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público; XVIII – aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação; XIX – início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço; XX – descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia; XXI – modificação de projeções divulgadas pela companhia; XXII – impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia (BRASIL, 2002, grifos próprios).

21. Art. 27-D da Lei 6.404/1976. Utilizar *informação relevante ainda não divulgada ao mercado*, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime (BRASIL, 1976, grifo próprio).

A conclusão que o presente capítulo visa alcançar consiste no fato de que os critérios da credibilidade e da reputacionalidade exercem primordiais efeitos tanto sob o ponto de vista da macroeconomia quanto da D.I., o que implica afirmar que quanto maior o nível de confiança em uma determinada instituição (seja ela empresária ou não) e no Governo, maior será a possibilidade de tais receberem aportes de capitais.

2. A verdade real no direito

Conforme foi analisado no capítulo anterior, a tomada de uma D.I está ligada ao E.E criado pelos agentes econômicos. Apenas para ilustrar a presente afirmação, o simples rumor da publicação da divulgação do balanço da Petrobras gerou um aumento de 9% (nove por cento) no valor de suas ações (AÇÕES..., 2015, internet). Ora, se um simples rumor é capaz de criar tal impacto, o que se pode afirmar de uma declaração (comunicado ao mercado)[22], não sendo novidade no Direito brasileiro que as declarações realizadas para o público possuem efeitos vinculantes, citando o exemplo do Código de Defesa do Consumidor (CDC)[23].

22. Conforme notícia publicada no jornal Valor Econômico: "o mercado financeiro parece ter reatado com a Petrobras nas últimas semanas. Ou, ao menos, concedeu uma trégua à empresa. *A expectativa de que a estatal finalmente publique os balanços auditados do terceiro e quarto trimestres de 2014 vem impulsionando o valor das ações e títulos de dívida externa da empresa*, ao mesmo tempo em que contribui para uma melhora dos preços de ativos brasileiros como um todo" (ZAMPIERI; MOREIRA, 2015, C1, grifo próprio).

23. Art. 30 do CDC. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, *obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*. [...] Art. 37 do CDC. *É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva*. § 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, *capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza*, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços [...] § 3° Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço [...] Art. 38 do CDC. *O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina* [...] Art. 48 do CDC. *As declarações de vontade* constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos [...] Art. 67 do CDC. Fazer ou promover publicidade *que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva* (BRASIL, 1990, grifos próprios).

Nesse diapasão, as declarações realizadas pelos agentes econômicos ao mercado, quando desprovidas da verdade, causam impacto no mundo jurídico, sendo algumas condutas caracterizadas como crimes (apenas ilustrando, o já citado art. 27-D, da Lei 6.385/1976[24]). Por óbvio que a ausência do trinômio credibilidade/transparência/reputação gera nos investidores um repúdio ao aporte de capital, conforme relembra a crise da Petrobras[25], e, uma vez quebrado o trinômio, a relação de confiança entre mercado, agentes econômicos e investidores é severamente prejudicada. Contudo, essa pena "moral econômica" não encontra guarida no campo processual brasileiro.

Os princípios que circundam os processos administrativos, cíveis e penais (sendo essa a limitação teórica) conferem às partes uma premissa errônea, de um suposto descomprometimento com a verdade real dos fatos levados a conhecimento da autoridade julgadora. Portanto, importante aqui serem analisados os embasamentos teórico e jurídico sobre o tão conhecido "direito de mentir" e as suas consequências jurídicas.

---

24. Apenas ressaltando: *Quanto ao elemento subjetivo, é consubstanciado pelo dolo específico, ante a exigência legal relativa ao fim especial de utilizar informação privilegiada com objetivo de lucrou ou causação de prejuízos, restando, pois, isentas* [...] *as condutas culposas. Para a configuração do delito, é necessário que o sujeito utilize a informação privilegiada, negociando valores mobiliários, em nome próprio ou de terceiros, objetivando assim, auferir vantagem indevida, não sendo necessária a ocorrência de um resultado, consubstanciado no ganho econômico.* Chega-se a essa conclusão em decorrência da utilização pelo legislador do termo "capaz de propiciar" vantagem indevida ou prejuízo a terceiros, tratando-se dessa forma de crime formal [...] *Pode-se concluir, desse modo, que o legislador, com a criação do crime do artigo 27-D, além de conferir tratamento penal específico à matéria, cuidou de agravar as penas cominadas à conduta; não só pela majoração da restrição à liberdade, que no tipo do Código Penal é de seis meses a um ano de detenção, como também pela cumulação de multa, que pode chegar a três vezes o valor da vantagem econômica obtida* (ALONSO, 2009, p. 133-134, grifos próprios).

25. Nesse sentido: "atropelado pelo rebaixamento de rating pela agência classificadora Moody's, o novo comando da Petrobras trabalha numa "reconstrução" da imagem da companhia para os investidores que deve ser calcada, este ano, em drástica redução de investimentos e venda de ativos. O corte de investimentos em 2015 pode ficar entre 20 bilhões e 30 bilhões de reais. A redução representa algo entre 25% e 35% do que havia sido planejado – em torno de 80 bilhões de reais. Além disso, a companhia decidiu acelerar a venda de ativos para conseguir reforçar seu caixa nesse momento de crise. O novo plano de desinvestimentos anunciado nesta segunda-feira eleva para 13,7 bilhões de dólares (R$ 39 bilhões) o saldo previsto com venda de ativos em 2015 e 2016. Até então, a meta era arrecadar de 5 bilhões a 11 bilhões de dólares em um período mais longo, de 2014 a 2018. Com isso, o novo presidente da Petrobras, Aldemir Bendine, prevê vender em média 150% mais ativos a cada ano do que previa a presidente anterior, Graça Foster" (PETROBRAS..., 2015, internet).

Inicialmente, é de suma importância a distinção entre o direito ao silêncio e o direito à mentira. O silêncio[26], pelo Direito civil, é admitido como forma de manifestação positiva de vontade[27], sendo que o próprio instituto processual da preclusão[28] (em especial a preclusão temporal), sob certa ótica, pode ser interpretado como um silêncio ao impulso oficial do processo civil.

O Direito penal, em sua extrema formalidade, admite o direito ao silêncio como legítimo instrumento de defesa processual, conforme pontua Oliveira (2008) e Moraes (2000)[29]. Nessa linha de ideias, não pairam dúvidas de que o silêncio na ciência do Direito brasileiro é instrumento de defesa processual, ainda mais quando se tratar de direitos e garantias constitucionais/penais[30]. Contudo, a conduta de não responder (manter-se em silêncio) possui uma distância abissal da conduta de responder com conteúdo mentiroso. E em cima de tal contexto torna-se importante a discussão *sobre a existência ou não de um direito à mentira*, e mais, se tal pretenso direito está apenas vinculado ao Direito penal, ou se os demais ramos do Direito.

---

26. Nos dizeres de Fradera (2003): [...] "designa uma omissão, podendo, contudo, revestir-se de eloquência da palavra e desta sorte constituir um sinal de consentimento virtual e implícito" (FRADERA, 2003, p. 573).

27. Art. 111 do Código Civil de 2002. *O silêncio importa anuência*, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, *e não for necessária a declaração de vontade expressa* (BRASIL, 2002, grifos próprios).

28. A preclusão está diretamente relacionada com ônus processual, *o qual consiste em uma faculdade das partes na prática ou não de determinado ato processual*, diferenciando-se do dever processual. O não exercício do ônus processual acarreta consequências processuais, trazendo desvantagens à parte inerte, por exemplo, a transcorrência in albis do prazo contestacional, sofrendo o Réu os efeitos da revelia [...] (DINAMARCO, 2002, p. 455, grifo próprio). Exemplifica-se com a decisão da Apelação Cível 1.0701.10.037.220-3/001 do TJMG.

29. Assim, [...] "o princípio do direito ao silêncio, tradução de uma das manifestações da não autoincriminação e do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir), foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo" (OLIVEIRA, 2008, p. 332). Ao contextualizar, Moraes (2000) explica que: [...] "que a garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento norte-americano 'Miranda v. Arizon', em 1966, em que a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, *afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, 'você tem o direito de ficar calado' (you have the right to remain silent...), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado*" (MORAES, 2000, p. 286, grifo próprio).

30. Art.198 do Código de Processo Penal (CPP). O silêncio do acusado não importará confissão, *mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz* (BRASIL, 1941, grifo próprio).

A opção de iniciar a discussão pelo Direito penal é justificada pelo simples fato de que, de todos os ramos do Direito, é naquele onde o silêncio encontra maior importância, em especial ante toda a evolução histórica e dogmática do conceito mentira junto ao Direito penal.

Ab initio, a Constituição da República de 1988 (CR/1988), de forma expressa, *não garante a qualquer cidadão o direito de mentir*. O que a CR/1988 garante, em seu art. 5º, inciso LXIII, é o direito do preso de ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado[31]. Portanto e respeitando o pensamento contrário, o suposto direito de mentir é uma construção da jurisprudência e da doutrina, estando tal construção, como descrito, ainda longe de um consenso[32], tendo, contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) relativizado o suposto "direito à mentira", conforme precedente do Recurso Extraordinário (RE) 640.139[33]. Nesse diapasão, o "direito à mentira" no campo do direito penal e segundo o precedente do STF mostra-se plenamente cabível, desde que não se configure a conduta de mentir, em fato típico, ou seja, a conduta (mentir) deve estar abrangida pelo instituto da autodefesa.

Porém, no campo do Direito processual civil, tanto no antigo e revogado Código de Processo Civil (CPC), quanto no novo Código de Processo Civil (NCPC) é reafirmado o princípio da verdade real no campo de sua eficácia, deixando a autotutela restrita à gravidade própria dos institutos de Direito penal. Ao determinar como um dever das partes, bem como daqueles que porventura participarem do processo, a exposição dos fatos, conforme a verdade (NCPC, 2015, art. 77, inciso I), o NCPC convola o entendimento de que a verdade tratada pela nova sistemática processual é a verdade real[34]. A verdade, essa tratada como

31. A própria palavra silêncio na CR/1988 é utilizada apenas uma vez, conforme o § 3º, do art. 66 da CR/1988: Art. 66 da CR/1988. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. [...] § 3º – Decorrido o prazo de quinze dias, *o silêncio* do Presidente da República importará sanção (BRASIL, 1988, grifo próprio).

32. Cita-se o Habeas Corpus (HC) 75257/RJ do STF.

33. Naquela oportunidade, o STF firmou o entendimento de que a autodefesa não poderia alcançar aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial, uma vez que a conduta configuraria fato típico.

34. Art. 339 do CPC. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário *para o descobrimento da verdade* (BRASIL, 1973, grifo próprio). Art. 378 do NCPC. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário *para o descobrimento da verdade* (BRASIL, 2015, art. 378, grifo próprio). Para arrematar, Portanova (1997) explicita que: "a adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é uma conseqüência

valor[35], traz à sistemática processual a salutar distância do brocado latino *quod non est in actis non est in mundo*[36] e, por via de regra, superada fica a sustentação argumentativa de que, no processo civil, o juiz estaria satisfeito com qualquer verdade[37]. Ambos os diplomas processuais brasileiros (1973 e 2015) atribuem o ônus de expor os fatos em Juízo conforme a verdade, na busca do consenso.

A ideia do consenso e da cooperação[38], advindas da evolução processual, superam a ideia do sujeito como o conquistador do objeto de direito. Nessa evolução, o sujeito deve interagir com seus pares a fim de atingir um consenso[39] sobre o conhecimento do objeto do direito. Assim, a prova não mais corresponde a uma singela reconstrução dos fatos, mas sim, a um elemento na argumentação entre os envolvidos na disputa judicial com o Estado. A construção da decisão judicial não é simplesmente realizada pelo Magistrado quando da prolação de uma

---

natural da modernidade publicística do processo. Assim, a par de não se admitir o princípio dispositivo rígido... cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em face da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Lessona a afirmar que "em matéria de prova todo progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real" (PORTANOVA, 1997, p. 199).

35. Conforme magistério de Chauí (1995), "a verdade é um valor e significa: o verdadeiro confere às coisas, aos seres humanos, ao mundo um sentido que não teriam se fossem considerados indiferentes à verdade e à falsidade" (CHAUÍ, 1995, p. 90).

36. Tradução livre do refrão jurídico: "o que não está nos autos não está no mundo".

37. Conforme Dinamarco (1999): "a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). *O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas*. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. *A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu (a não ser em casos onde haja sensíveis distinções entre os valores defendidos pelas partes); e isso conduz a minimizar o ônus da prova, sem contudo alterar os critérios para a sua distribuição*" (DINAMARCO, 1999, p. 318, grifos próprios).

38. Veja o novo princípio processual da cooperação, contido no art. 6º do NCPC: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (BRASIL, 2015).

39. Conceito este vinculado à filosofia de Habermas apud Dutra (2005, p. 25), para quem a interação é a melhor forma para que a sociedade alcance um maior nível de democracia e, por via de regra, um melhor nível de Estado Democrático e de Direito.

sentença, mas decorre de uma construção argumentativa por parte de todos os envolvidos na lide, sendo que tal participação não se limita apenas aos litigantes, mas alberga os peritos, as testemunhas, os servidores judiciais entre outros que venham a passar pela lide. Nesse sentido, a jurisdição sustentável[40] aponta que:

> Na construção da decisão ideal para o caso concreto, o desafio hermenêutico da jurisdição não é mais um singelo exercício de subsunção do fato à norma, mas sim uma intensa atividade de construção e ponderação, participativa e dialética, que considera os imprescindíveis aportes transdisciplinares e que projeta cautelosamente os efeitos e as consequências da decisão para o futuro (BODNAR, 2009, p. 106).

Portanto, a prova deixa de ter uma visão de propriedade da parte, apesar de existir um ônus em sua produção em função de suas alegações[41], pois, uma vez produzida e juntada aos autos[42], ela pertence ao processo e ao diálogo realizado por todos os envolvidos na disputa, conforme leciona Bedaque (2001):

> [...] às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis, a seus interesses. Ao juiz, pois através da prova se alcança o escopo do processo [...] Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução de causa é uma das manifestações da postura instrumentalista que envolve a ciência processual (BEDAQUE, 2001, p. 160-161).

Dessa forma, as declarações das partes correspondem, senão à mais importante, a uma parte, no mínimo, essencial à instrução processual, mesmo quando pendente de requerimento. Ademais, os depoimentos pessoais, a produção de prova testemunhal, a produção da prova pericial, em suma, a produção de qualquer prova depende de e requer manifestação positiva, principalmente, do autor da pretensão em sua peça de ingresso, a teor do que dispõe a legislação processual

40. Note-se que o instituto da sustentabilidade é multidimensional e ultrapassou a ideia das dimensões ambiental e econômica. Todas as dimensões devem coexistir entre si (BIZAWU; GOMES, 2016, p. 18-21), sem qualquer preponderância. A partir daí, a dimensão jurídico política da sustentabilidade pugna pela implementação dos direitos fundamentais, entre os quais consta a razoável duração do procedimento e a efetivação do processo justo. Para aprofundamentos, ver: GOMES; FERREIRA, 2017, p. 93-111.

41. Art. 373 do NCPC. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (BRASIL, 2015).

42. Não se olvida a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus de prova (art. 373, §§ 1º e 2º, do NCPC).

brasileira. Ao ser[43] a prova destinada ao processo (e direcionado ao Magistrado), qualquer falta de verdade, documental, testemunhal[44], entre outras, e especialmente no depoimento pessoal, corresponde à positivada litigância de má-fé. Nesse sentido, no campo do Direito processual cível, *concessa venia,* não existe um direito à mentira, pois todo ato processual desprovido da verdade, quando não configurado crime, corresponde à litigância de má-fé, devendo a isso atentar-se também o advogado, conforme postulado ético[45].

A CR/1988 garante a todos os litigantes, seja em processos judiciais ou administrativos, bem como aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa. Partindo da premissa constitucional e da temática do presente trabalho, não se verificam argumentos contrários à possibilidade de existência de um pretenso direito à mentira também aplicável ao processo administrativo. Assim, de forma a delimitar ainda mais a análise, o trabalho opta por focar na análise da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo – LPA). Como consequência, assim como no processo penal e civil, e conforme leciona Meirelles (1991), o princípio da verdade material (real) é perfeitamente empregável aos processos administrativos:

> O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. *É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal*. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir ás provas indicadas no devido tempo pelas partes, *no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente* (MEIRELLES, 1991, p. 581, grifos próprios).

Nesse espeque, assim como no processo civil, o administrado no processo administrativo tem o dever de expor os fatos conforme a verdade (LPA, 1999, art. 4º, inciso I). A LPA não prevê expressamente penalidades por litigância de

43. Art. 319 do NCPC. A petição inicial indicará: [...] VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (BRASIL, 2015, art. 319).

44. Art. 304 do Código Penal (CP). Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302 [...] Art. 342 do CP. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral (BRASIL, 1940).

45. Art. 6º do Código de Ética e Disciplina da OAB. É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo *falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé* (BRASIL, 1995, grifo próprio).

má-fé na instrução processual, ainda assim, conforme o dispositivo traçado pelo seu art. 69[46], nada impede que leis específicas tenham disposições nesse sentido.

Diante dos dados analisados, verifica-se que na ordem processual (criminal, cível e administrativo) existe, apenas no âmbito do Direito processual penal, *um direito à mentira com severas condicionantes*. Ao optar por "falar nos autos" o réu/acusado está a produzir prova e, não havendo vício quanto à forma (tortura), não há, *concessa venia,* infração às garantias constitucionais, pois, de acordo com as lições de Araujo (2008), a ética processual "também possui carga constitucional, de modo que condutas eivadas de má-fé ofendem não só o regramento processual, mas também norma constitucional" (ARAUJO, 2008, p. 92)[47].

Ademais e para encerrar o capítulo, o art. 186 do Código de Processo Penal (CPP) é didático ao conferir ao acusado o direito de silêncio e que o seu exercício não importará em nenhum prejuízo à sua defesa[48]. Portanto, a conclusão a que se chega é que não existe o direito à mentira (com todo o respeito àqueles que pensam o contrário), em sentindo amplo, e, quando o réu/acusado abre mão desse direito (o de silêncio), não poderá utilizá-lo de forma a causar distúrbio à marcha processual e desvio do princípio da boa-fé processual, sob pena de responsabilidades.

3. O *PERJURY* E A INICIATIVA BRASILEIRA

Até o presente momento dissertou-se sobre a importância da credibilidade nos campos econômico, social e político, bem como que a autodefesa em nada se confunde com a possibilidade de mentir em Juízo, uma vez que ao trazer aos autos judiciais e administrativos inverdades, tal conduta é considerada atentado ao princípio da boa-fé processual, além de possibilitar, dependendo da natureza do conteúdo "mentiroso", a perquirição penal e a correspondente condenação em fato típico.

Porém, mesmo com tais penalidades, o Direito brasileiro não possui um instituto legal que visa coibir a prática de declarações mentirosas. Sob esse ponto, o

46. Art. 69 da LPA. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei (BRASIL, 1999).

47. Para corroborar tal entendimento, cita-se Couceiro (2004): [...] "o conteúdo inviolável do direito ao silêncio é a proteção à integridade física e mental da pessoa, *de forma que toda limitação imposta por lei que não venha a afetá-la é legítima*" (COUCEIRO, 2004, p. 131, grifo próprio).

48. Art. 186 do CPP. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, *do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas*. Parágrafo único. *O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa* (BRASIL, 1941, grifos próprios).

presente capítulo, tendo como paradigma o Direito norte-americano, pretende analisar o instituto do *Affidavit*[49] e a consequência do crime de *Perjury*. Tal pano de fundo visa integrar a interpretação que será dada ao PLS 92/2015, do Senador Randolfe Rodrigues, o qual objetiva alterar o Código Penal (CP) para a inclusão do crime de Perjúrio no Direito penal brasileiro. Dessa feita, analisando somente a legislação federal americana[50], tem-se que o crime de *Perjury* é tratado no *US Code*, *Title* 18, *Part I, Chapter* 79. Acquaviva (2008), de forma similar a Doyle (2014)[51], conceitua o *Perjury* da seguinte forma:

> *A afirmação falsa proferida por quem se acha sob juramento. Trata-se de delito peculiar ao Direito norte-americano* que encontra similar, em nosso Direito Penal, no crime de falso testemunho (CP: art. 342), em que podem incorrer testemunhas, peritos, contadores, tradutores ou intérpretes em processo judicial ou administrativo, inquérito policial ou Juízo arbitral (ACQUAVIVA, 2008, p. 619, grifo próprio).

Existem, portanto, segundo a legislação norte-americana, três tipos de *Perjury*: *Perjury generally*[52], *Subornation of perjury*[53] e *False declarations before grand jury or court*[54].

---

49. Dessa forma, "*a voluntary declaration of facts written down and sworn to by the declarant before an officer authorized to administer oaths. A great deal of evidence is submitted by affidavit, esp. in pretrial matters, such as summary-judgment motions. Cf. Declaration*" (GARNER, 2000, p. 45).

50. Como de ciência, os demais Estados Membros dos Estados Unidos da América possuem competência para legislar crimes em suas respectivas jurisdições, razão pela qual limita-se o presente trabalho em analisar somente a legislação federal americana.

51. Veja-se: [...] "*a crime committed when a lawful oath is administered, in some judicial proceeding, to a person who swears willfully, absolutely and falsely, in a matter material to the issue or point in question*" (DOYLE, 2014, p. 01, grifos próprios).

52. Assim definido: "*whoever – (1) having taken an oath before a competent tribunal, officer, or person, in any case in which a law of the United States authorizes an oath to be administered, that he will testify, declare, depose, or certify truly, or that any written testimony, declaration, deposition, or certificate by him subscribed, is true, willfully and contrary to such oath states or subscribes any material matter which he does not believe to be true; or (2) in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code, willfully subscribes as true any material matter which he does not believe to be true; is guilty of perjury and shall, except as otherwise expressly provided by law, be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. This section is applicable whether the statement or subscription is made within or without the United States*" (DOYLE, 2014, p. 7-8, grifos próprios).

53. Nesse sentido: "*Whoever procures another to commit any perjury is guilty of subornation of perjury, and shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both*" (DOYLE, 2014, p. 10, grifo próprio).

54. "*(a) Whoever under oath (or in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code) in any*

O *Perjury generally* está devidamente previsto no *18 U.S Code § 1621* e dispõe que todo aquele que *assumido um juramento* e que testemunhe, declare, deponha, ateste etc. seja sob a forma oral ou documental, ciente sobre a inverdade do conteúdo de tais declarações cometerá o crime de *Perjury*, sendo que o disposto na lei americana é aplicável mesmo que a declaração (oral ou escrita) tenha sido realizada fora do território americano. Ao partir do precedente da Suprema Corte Americana (SCA) United States *v.* Dunnigan[55], a corte americana firmou o entendimento de que, ao assumir o juramento de dizer apenas a verdade e nada mais do que a verdade, a declaração de fato "mentiroso" autorizaria a condenação pela prática de *Perjury*. Doyle (2014), contudo, adverte que apenas ocorre o *Perjury* quando houver mentira, e não interpretação, mesmo que motivada a turvar a verdade. Por sorte, não é toda declaração mentirosa que se torna "perjuriosa", pois

---

proceeding before or ancillary to any court or grand jury of the United States knowingly makes any false material declaration or makes or uses any other information, including any book, paper, document, record, recording, or other material, knowing the same to contain any false material declaration, shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. (b) This section is applicable whether the conduct occurred within or without the United States. (c) An indictment or information for violation of this section alleging that, in any proceedings before or ancillary to any court or grand jury of the United States, the defendant under oath has knowingly made two or more declarations, which are inconsistent to the degree that one of them is necessarily false, need not specify which declaration is false if – (1) each declaration was material to the point in question, and (2) each declaration was made within the period of the statute of limitations for the offense charged under this section. In any prosecution under this section, the falsity of a declaration set forth in the indictment or information shall be established sufficient for conviction by proof that the defendant while under oath made irreconcilably contradictory declarations material to the point in question in any proceeding before or ancillary to any court or grand jury. It shall be a defense to an indictment or information made pursuant to the first sentence of this subsection that the defendant at the time he made each declaration believed the declaration was true. (d) Where, in the same continuous court or grand jury proceeding in which a declaration is made, the person making the declaration admits such declaration to be false, such admission shall bar prosecution under this section if, at the time the admission is made, the declaration has not substantially affected the proceeding, or it has not become manifest that such falsity has been or will be exposed. (e) Proof beyond a reasonable doubt under this section is sufficient for conviction. It shall not be necessary that such proof be made by any particular number of witnesses or by documentary or other type of evidence" (DOYLE, 2014, p. 06, grifos próprios).

55. Nesse sentido: "*The courts generally favor an abbreviated encapsulation such as the one found in United States v. Dunnigan: 'A witness testifying under oath or affirmation violates this section if she gives false testimony concerning a material matter with the willful intent to provide false testimony, rather than as a result of confusion, mistake, or faulty memory'*" (DOYLE, 2014, p. 8, grifos próprios).

para fins de preenchimento do tipo penal americano, além de falsa, a declaração deve ter a potencialidade de influenciar o corpo decisório ao qual é remetida (DOYLE, 2014, p. 09). E não somente isso. Deve ser apresentada com intencionalidade, ou seja, com dolo[56], sendo o *willfully* interpretado da seguinte maneira:

> A condenação, com fundamento no *Section 1621,* exige não apenas o conhecimento do depoente sobre a inverdade da declaração, mas envolve o *willful* (dolo, vontade livre e desembaraçada) em apresentar essa declaração falsa. [...] Ainda não há na doutrina um conceito fechado sobre o que tema *willful,* no contexto envolvendo o *Perjury,* porém a Suprema Corte Americana expôs o entendimento de que o *willful* consiste em uma declaração materialmente falsa, dada sobre juramento. [...] Embora, o entendimento mais moderno retira a necessidade do *willful* para o cometimento do crime de *Perjury,* bastando apenas que uma declaração falsa seja apresentada ao tribunal, sob juramento; [...] (DOYLE, 2014, p. 09, grifos e tradução próprios)[57].

Continuando, a legislação americana, em seu *18 U.S Code § 1622*, prescreve o tipo denominado *Subornation of perjury*, que consiste em induzir outrem na prática do *Perjury*. No Brasil, o CP possui descrição similar ao tipificar a conduta de: "dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação" (BRASIL, 1940, art. 343)[58].

A consumação do presente delito necessita da coexistência de dois elementos: (i) a prática do *Perjury* por outra pessoa e (ii) a indução pelo acusado ou interessado à prática do *Perjury.* Assim, pode-se defender o argumento de que se trata de um crime de resultado, pois só é passível de punição se a outra pessoa de fato consumir o *Perjury.*

A figura do *False declarations before grand jury or court*, por sua vez, cria uma forma qualificada do crime, uma vez que a declaração mentirosa deve

56. Art. 18 do CP. Crime doloso. I – doloso, *quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo* (BRASIL, 1940, grifo próprio).

57. Tradução livre de: "*Conviction under Section 1621 requires not only that the defendant knew his statement was false ("which he does not believe to be true"), but that his false statement is "willfully" presented. There is but scant authority on precisely what "willful" means in this context. The Supreme Court in dicta has indicated that willful perjury consists of "deliberate material falsification under oath."* [...]*." Although a contemporaneous correction of a false statement may demonstrate the absence of the necessary willful intent to commit perjury, the crime is completed when the false statement is presented to the tribunal."* [...]

58. Apenas exemplificando, Recurso Especial 769.281/AC.

necessariamente ser realizada por meio de procedimentos judiciais (*in any proceeding before or ancillary to any court or grand jury of the United States*), de acordo com Doyle (2014, p. 02). Importante ressaltar a figura dos procedimentos auxiliares, pois, conforme Doyle (2014, p. 3), a entrevista com o advogado para a devida preparação no curso da instrução processual não é considerado procedimento auxiliar. Contudo, as demais declarações, sejam elas processuais ou não, não estão protegidas pela exceção acima descrita:

> [...] mas a frase procedimentos auxiliares para o tribunal ou para o julgamento por um júri abrange as declarações realizadas em processos civis, assim como uma série de procedimentos pré-julgamentos, incluindo casos criminais, como procedimentos envolvendo o *habeas,* audiências de fianças [...] (DOYLE, 2014, p. 3, tradução própria)[59].

Independentemente dos tipos apresentados, qualquer acusado condenado pode ter a sua pena majorada quando constatada qualquer conduta considerada um obstáculo à Administração da Justiça[60], estando tal majoração vinculada ao histórico de crimes praticados[61]. Significante a apresentação do presente tipo (*false declarations before grand jury or court)*, uma vez que conforme o entendimento da jurisprudência americana, tal previsão não prejudica o direito constitucional ao devido processo legal (5ª emenda do *Bill of Rights*), pois a negativa, a recusa da culpa, a recusa do *plea bargaing* não podem ser considerados elementos para uma condenação com base no dispositivo apresentado. A interpretação dos fatos, os erros, as confusões e as falhas de memória (assim como nos tipos de *Perjury*) não são elementos de convicção que levem à condenação do acusado. Assim como no *Perjury*, deve haver livre e manifesta vontade em causar o obstáculo à Administração da Justiça (*the defendant willfully obstructed or impeded, or attempted to obstruct or impede, the administration of justice*). De forma similar, no Brasil o CP dispõe que será penalizado aquele que, mediante violência ou grave ameaça, coagir outrem a intervir em processo judicial, policial, administrativo,

59. Tradução livre de: "*but the phrase "proceedings ancillary to" court or grand jury proceedings does cover proceedings to take depositions in connection with civil litigation, as well as a variety of pretrial proceedings in criminal cases, including habeas proceedings, bail hearings* [...]".

60. Assim, "*if (1) the defendant willfully obstructed or impeded, or attempted to obstruct or impede, the administration of justice with respect to the investigation, prosecution, or sentencing of the instant offense of conviction, and (2) the obstructive conduct related to (A) the defendant's offense of conviction and any relevant conduct; or (Bi) a closely related offense, increase the offense level by 2 levels. U.S.S.G. § 3C1.1*" (DOYLE, 2014, p. 15).

61. De acordo com Doyle (2014, p. 15).

e até mesmo em Juízo arbitral para favorecer interesse próprio ou de terceiro (art. 344 do CP).

Nesse diapasão e de acordo com o *2011 Federal Sentencing Guidelines Manual*, em seus comentários, as condutas abaixo, entre outras, são consideradas obstáculos à administração da justiça, estando os itens destacados vinculados às práticas de *Perjury*[62]:

> (A) ameaçar, intimidar ou influenciar de qualquer forma, desde que ilegal, um coréu, testemunha ou jurado, direta ou indiretamente, ou tentar fazê-lo; [...] (C) produzir ou tentar produzir um documento ou registro falso, alterado ou falsificado durante uma investigação oficial ou processo judicial, (D) destruir, ocultar ou direcionar ou procurar outra pessoa para destruir ou ocultar provas que sejam relevantes para uma investigação oficial ou processo judicial [...] (F) fornecer informações materialmente falsas a um juiz [...] (G) fornecer uma declaração materialmente falsa a qualquer oficial da lei que obstruiu ou impediu a investigação pela autoridade, ou a abertura de processo judicial [...] (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2011, § 3C1.1, tradução própria)[63].

Em conformidade com Doyle (2014, p. 17), toda vez que o *Perjury* ocorrer nos moldes demonstrados, o Tribunal, para fins de condenação, deverá firmar o entendimento de que o acusado (*defendant)* dolosamente prestou declarações falsas sobre elementos fundamentais à elucidação do caso, ainda que o acusado tenha, deliberadamente, agido com o propósito de obstruir a aplicação da Justiça. Nesse sentido, para fins de imputação, quando a declaração não for realizada sob juramento, a mesma deverá ser eficiente em conduzir as autoridades a agir sob erro essencial, bem como qualquer violência, ameaça à vítima, às testemunhas, aos jurados, a apresentação de falso documento, a destruição de provas, as fugas, ou qualquer conduta que vise obstaculizar a aplicação da justiça servirá de base para a devida condenação.

---

62. No mesmo sentido DOYLE, 2014, p. 15.

63. Tradução livre de: "*threatening, intimidating, or otherwise unlawfully influencing a co-defendant, witness, or juror, directly or indirectly, or attempting to do so;* [...] *(C) producing or attempting to produce a false, altered, or counterfeit document or record during an official investigation or judicial proceeding;(D) destroying or concealing or directing or procuring another person to destroy or conceal evidence that is material to an official investigation or judicial proceeding* [...] *(E) escaping or attempting to escape from custody before trial or sentencing; or willfully failing to appear, as ordered, for a judicial proceeding;(F) providing materially false information to a judge* [...] *(G) providing a materially false statement to a law enforcement officer that significantly obstructed or impeded the official investigation or prosecution of the instant offense*".

Nesse contexto e conforme analisado, o simples ato de mentir somente é passível de penalização quando realizado após o juramento[64] e sobre atos tutelados pelo Poder Judiciário. Contudo e em sentido contrário, a figura do *False Statements*[65], conforme previsão do *18 U.S. Code § 1001* prescreve que, ao serem realizadas as declarações falsas nas jurisdições[66] dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (Federal), o delito estará consumado.

---

64. Entendido como "*a solemn declaration accompaneied by a swearing to God or a revered person or thing, that ones's statement is true or that one will be boude toa promise. The person make the oath implicity invites punishment if the statement is untrue or the promise is broken. The legal effect of an oath is to subject the person to penalties for perjury if the testimony is false. 2. A statement or promise made by such a declaration.3. A form of words used for such a declaration.4. A formal declaration made solemn without a swearing to God ora a revered person or thing, Affirmation*" (GARNER, 2000, p. 878).

65. Conceituado como: "(*a*) Except as otherwise provided in this section, whoever, in any matter within the jurisdiction of the executive, legislative, or judicial branch of the Government of the United States, knowingly and willfully – (1) falsifies, conceals, or covers up by any trick, scheme, or device a material *fact; (2) makes any materially false, fictitious, or fraudulent statement or representation; or (3) makes or uses any false writing or document knowing the same to contain any materially false, fictitious, or fraudulent statement or entry;* shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years or, if the offense involves international or domestic terrorism (as defined in section 2331), imprisoned not more than 8 years, or both. If the matter relates to an offense under chapter 109A, 109B, 110, or 117, or section 1591, then the term of imprisonment imposed under this section shall be not more than 8 years. *(b) Subsection (a) does not apply to a party to a judicial proceeding, or that party's counsel, for statements, representations, writings or documents submitted by such party or counsel to a judge or magistrate in that proceeding. (c) With respect to any matter within the jurisdiction of the legislative branch, subsection (a) shall apply only to – (1) administrative matters, including a claim for payment, a matter related to the procurement of property or services, personnel or employment practices, or support services, or a document required by law, rule, or regulation to be submitted to the Congress or any office or officer within the legislative branch; or (2) any investigation or review, conducted pursuant to the authority of any committee, subcommittee, commission or office of the Congress, consistent with applicable rules of the House or Senate*" (DOYLE, 2014, p. 11-10, grifos próprios).

66. A expressão utilizada na lei americana é "*in any matter within*". Dessa feita, segundo assevera Doyle (2014): "*although the offense can only be committed "knowingly and willfully," the prosecution need not prove that the defendant knew that his conduct involved a "matter within the jurisdiction" of a federal entity nor that he intended to defraud a federal entity. It does, however, require the government to show the defendant knew or elected not to know that the statement, omission, or documentation was false and that the defendant presented it with the intent to deceive. The phrase 'knowingly and willfully' refers to the circumstances under which the defendant made his statement, omitted a fact he was obliged to disclose, or included with his false documentation, that is, "that the defendant knew that*

Como apresentado, o dever de falar a verdade no sistema legal americano é um princípio fundamental e, dessa forma, os documentos produzidos pelas partes envolvidas em um processo judicial cumprem papel essencial ao julgamento das demandas. Nesse espeque, o instituto do *Affidavit* ganha uma espécie de presunção *juris tantum,* e a falta da verdade na declaração da vontade emitida configura-se em crime.

Tais conceitos que envolvem o Direito processual norte-americano demonstram-se de fundamental importância, especialmente ao ser comparado à dinâmica brasileira da produção de prova, uma vez que no Brasil a prova é produzida pelas partes e direcionada ao Juízo, não havendo figura similar à do *Discovery and Disclosure*67. Em suma, conforme analisado, a produção de provas no processo civil é direcionada ao Juízo, e não às partes envolvidas no litígio, diferente do que ocorre no processo norte-americano, no qual as provas devem se prestar ao convencimento do Juízo,[68] e não ao convencimento inicial das partes envolvidas no litígio. Contudo, a adoção dos processos alternativos de resolução de conflitos pode despontar como uma importante iniciativa do NCPC[69], longe de serem os instrumentos processuais americanos.

Digressão à parte, tem-se que a verdade no Direito norte-americano é uma premissa e, uma vez não respeitada, sua prática é considerada crime. A sistemática

---

his statement was false when he made it or – which amounts in law to the same thing – consciously disregarded or averted his eyes from the likely falsity" (DOYLE, 2014, p. 13, grifos próprios).

67. Leia-se: "*Disclosure, n.. The act or process of making known something that was previously unknown; a revelation of facts* [...] *discovery, n. 1. The act or process of finding or learning something that was previously unknown* [...] *The primary discovery devices are interrogatories, depositions, request for admissions, and request for production*" (GARNER, 2000, p. 375; 377, grifo no original).

68. Art. 131 do CPC. *O juiz apreciará livremente a prova*, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento [...] (BRASIL, 1973). Com correspondência ao art. 371 do NCPC: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento (BRASIL, 2015). Art. 353 do CPC. A confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro, ou contida em testamento, *será livremente apreciada pelo juiz* (BRASIL, 1973, grifos próprios).

69. Art. 3º do NCPC. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] *§ 3ºA conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial* (BRASIL, 2015, grifo próprio).

processual brasileira também não deixa em branco a situação da falta de boa-fé nas lides colocadas à apreciação do Poder Judiciário, tanto no âmbito penal[70], como no âmbito cível[71], porém, ao analisar os tipos descritos no CP relacionados às falsas declarações, depreende-se que eles são de cunho material, ou seja, para a consumação do delito deve haver a conduta de falsificar, inserir, omitir, usar, entre outras, em suma, a simples declaração não é apenada[72]. Em cima de tal contexto, o PLS 92/2015 visa alterar o CP para fazer incluir o art. 313-C com a seguinte redação:

70. Art. 293 do CP. *Falsificar*, fabricando-os ou alterando-os: I – selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo; II – papel de crédito público que não seja moeda de curso legal; III – vale postal; IV – cautela de penhor, caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro estabelecimento mantido por entidade de direito público; V – talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo a arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável; VI – bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada pela União, por Estado ou por Município. [...] Art. 296 do CP. *Falsificar*, fabricando-os ou alterando-os: I – selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município; II – selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião: [...] Art. 297 do CP. *Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro*: (Falsificação de documento público). [...] Art. 298 do CP. Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro (Falsificação de documento particular). [...] Art. 299 do CP. *Omitir*, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, *ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita*, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. [...] Art. 304 do CP. *Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302* (BRASIL, 1940, grifos próprios).

71. Art. 395 do CPC. A sentença, que resolver o incidente, declarará a falsidade ou autenticidade do documento (BRASIL, 1973). Nesses mesmos termos também o NCPC: Art. 433. A declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal, constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada (BRASIL, 2015).

72. Apenas exemplificando Nucci (2010): "declaração: tem variado significado: a) afirmação; b) relato; c) depoimento; d) manifestação. Ressalte-se que, havendo necessidade de comprovação – objetiva e concomitante -, pela autoridade, da autenticidade da declaração, não se configura o crime, caso seja ela falsa ou, de algum modo, dissociada da realidade. [...] 70-A. Declaração de pobreza para obter os benefícios da justiça gratuita: não pode ser considerada documento para os fins deste artigo, pois é possível produzir prova a respeito do estado de miserabilidade de quem pleiteia o benefício da assistência judiciária. O juiz pode, à vista das provas colhidas, indeferir o pedido (art. 6º, Lei 1.060/50), sendo, pois, irrelevante a declaração apresentada" (NUCCI, 2010, p. 1071-1072).

> Art. 313-C do PLS 92/2015. Fazer *afirmação* falsa *como investigado ou parte* em investigação conduzida por autoridade pública ou em processo judicial ou administrativo: Pena – prisão, de um a três anos. § 1º As penas aumentam-se de um sexto *a um terço se o crime é cometido em investigação criminal ou em processo penal*. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes do julgamento no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade (RODRIGUES, 2015, grifos próprios).

Ao analisar a redação do PLS 92/2015, verifica-se uma extensão dos efeitos penais do art. 342 do CP aos investigados em processos conduzidos por autoridade pública e à parte em processos judiciais ou administrativos. O termo investigação conduzida por autoridade pública engloba vários procedimentos, exemplificando os inquéritos civis (Lei 7.347/1985)[73] e as Comissões Parlamentares de Inquérito, sendo óbvio que tal disposição é aplicável ao inquérito policial. Ocorre que o termo investigação é por demais amplo, sendo tal conduta perquirida por diversos agentes públicos. Tal discussão é de extrema importância, pois, partindo de um conceito de que a autoridade pública é aquela que possui investidura na função pública, tendo efetivamente o poder de decisão, sendo o único competente e responsável pelo ato administrativo, a prática de investigação *strictu sensu* pelos agentes públicos[74] poderá estar de fora do tipo penal[75] anteriormente proposto. O agente público (fiscal) que ao perquirir uma investigação em face de qualquer cidadão, sendo que tal cidadão emita uma afirmação falsa, estaria o mesmo sujeito incurso nas penalidades descritas no PLS 92/2015? Em suma, a falsa afirmação realizada ao agente público poderá ser fundamento para a imputação penal definida no PLS 92/2015? De outra via, sob o ponto de vista processual, a prescrição do termo "fazer afirmação" induz uma conduta positiva da parte[76] (ativa e

73. Art. 8º da Lei 7.347/1985. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. *§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar*, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis (BRASIL, 1985, grifo próprio).

74. "Agentes públicos: são todas as pessoas físicas incumbidas, definitivamente ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo." [...] (MEIRELLES, 1991, p. 71).

75. Para a discussão sobre quem é a autoridade pública, *vide* o Recurso Especial em Mandado de Segurança 29.773 do STJ.

76. Nesse sentido, importante transcrever o conceito de Fux (2014): "essa constatação enseja o conceito de parte, devendo considerar-se não só a pretensão de direito material,

passiva), mas, ao contrário do que ocorre com o tipo norte-americano e levando em consideração que o tipo penal apresentado não pode ser consumado em sua forma culposa, o PLS 92/2015 não especifica qual tipo de afirmação seria passível de punição.

A intenção (*willfully*) ora analisada no Direito norte-americano consiste na intenção livre e direcionada de levar o curso do processo em erro. Dessa feita, como visto, as afirmações, mesmo que desprovidas de verdade, não são passíveis de punição por não levarem o órgão decisório a erro. Ademais, a figura da negativa geral (NCPC, 2015, art. 341, parágrafo único) estaria também prejudicada? Importante tal discussão, pois o advogado, ao se manifestar nos autos, o faz em nome de seu constituinte (parte), isso significa afirmar a necessidade de determinar, de forma clara, quais são as afirmações que a parte poderá realizar no curso do processo judicial e do administrativo. Ao requerer juntada de documentos, sendo eles falsos, isso poderia ser interpretado como a realização de uma afirmação? Quando o advogado declarar a autenticidade de algum documento, sabendo que é falso, estaria o crime praticado em coautoria? Ademais, diferentemente do que ocorre no tipo norte-americano do *False Statements,* somente dentro do processo judicial é que a prática do Perjúrio seria apenada, deixando livres as demais afirmações.

Portanto, ao contrário do descrito no PLS 92/2015, o instituto do *Oath*[77], para um efeito abrangente e mais eficaz, não deveria ficar adstrito somente aos processos em curso. A falta de verdade (eufemismo para mentira) realizada pelos agentes público, econômico e/ou político impacta as decisões de inúmeros interessados, direcionando as atividades econômica, social e política. Uma vez constatada a mentira, a qualquer tipo de declaração (juramentada ou não), o tipo penal do Perjúrio deve ser aplicado, com a devida agravante, quando a declaração for realizada por autoridade pública e/ou em cadeia de divulgação de notícias.

---

mas também a ação de direito processual. Consequentemente, parte é aquele que pede em Juízo em nome próprio e aquele diante de quem se pede sejam produzidas as consequências jurídicas da demanda. Deveras também, consideram-se parte os sujeitos da lide, porque ambos se submetem a coisa julgada" (FUX, 2014, p. 240).

77. Assim definido como: "*Oath. 1. A solemn declaration, accompanied by a swearing to God or a revered person or thing, that one's statement is true or that one will be bound to a promise. The person making the oath implicitly invites punishment if the statement is untrue or the promise is broken. The legal effect of an oath is to subject the person to penalties for perjury if the testimony is false. 2. A statement or promise made by such declaration. 3. A form of words used for such a declaration. 4. A formal declaration made solemn without a swearing to God or a revered person or thing; Affirmation"* (GARNER, 2000, p. 878).

A importância dada às declarações no Direito norte-americano[78] deveria ser seguida por um novo paradigma em todos os ramos do Direito brasileiro. O instituto do *Affidavit* (inexistente no Direito brasileiro) é um instrumento ímpar, pois, uma vez constatada a mentira, ele serviria como base de uma condenação, caso o tipo penal de perjúrio fosse adotado no Brasil. Contudo, conforme analisado, tais medidas ainda estão longe de ser alcançadas.

Considerações finais

Ao seguir os ensinamentos de um citado provérbio chinês, existem três elementos que nunca mais voltam: a flecha lançada, a palavra pronunciada e a oportunidade perdida. Não pairam dúvidas de que as declarações proferidas por todos, mas principalmente por alguns atores sociais, exercem forte influência no comportamento de outras pessoas. No campo econômico, o E.E é diretamente influenciado por tais declarações e, estando elas desprovidas de verdade, a credibilidade do agente econômico encontra o seu devido fim, não sendo ele mais passível de influenciar e direcionar comportamentos esperados. Portanto, no campo econômico, a credibilidade é um valor intangível que por muitas vezes pode manter ou ruir uma empresa, uma política e um país.

Dessa forma, o presente trabalho, ao tratar a questão da verdade no campo do Direito brasileiro, verificou que, apesar de as declarações terem efeitos vinculativos de forma a responsabilizar seus agentes, no campo legal ainda se está distante do valor dado à verdade pelo Direito norte-americano. O pretenso direito à mentira no campo dos processos penal, civil e administrativo está longe de ser uma unanimidade, quanto mais um direito. Nesse sentido, conclui-se que a inciativa do PLS 92/2015 de incluir o tipo do Perjúrio na legislação penal, a despeito das críticas ora apontadas, é uma importante medida que visa responsabilizar não somente aqueles que se furtam a apresentar a verdade em Juízo, mas, sim, instaurar um comportamento condizente com os valores adotados pelo ordenamento jurídico, trazendo mais confiança à sociedade que poderá valer-se de um instituto firme na defesa de seus direitos, de modo sustentável.

Referências

AÇÕES da Petrobras disparam 9% com rumores de divulgação do balanço. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 09.04.2015. Disponível em: [http://www.jb.com.br/economia/noticias/2015/04/09/acoes-da-petrobras-disparam-9-com-rumores-de-divulgacao-do-balanco/]. Acesso em: 13.04.2015.

78. Cita-se o caso Watergate.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico Acquaviva*. São Paulo: Rideel, 2008.

ALONSO, Leonardo. *Crimes contra o mercado de capitais*. 2009. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/.../Dissertacao_Completa_Leonardo_Alonso.pdf]. Acesso em: 13 .04.2015.

ANDRADE, Lélis Pedro de et al. Governança corporativa: uma análise da relação do Conselho de administração com o valor de mercado e desempenho das empresas brasileiras. *Revista de Administração Mackenzie*, São Paulo, v. 10, n. 04, p. 4-31, jul.-ago. 2009. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ram/v10n4/02]. Acesso em: 12 .04.2015.

ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. O tratamento jurídico da má-fé no processo penal. *Revista IOB de Direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 49, p. 91-96, abr.-maio, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BERGAMINI JÚNIOR, Sebastião. A crise de credibilidade corporativa. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 33-84, dez. 2002. Disponível em: [www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1802.pdf]. Acesso em: 07.03.2016.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set.-dez. 2016. Disponível em: [www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897]. Acesso em: 14.01.2017.

BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 101-119, jul.-dez. 2009. Disponível em: [www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/19]. Acesso em: 08.01.2018.

BORGERTH, Vânia Maria da Costa. *SOX – Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley*: um caminho para a informação transparente. São Paulo: Cengage Learning, 2007.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995.

COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIAS, Tiago Jung. *Credibilidade da política monetária brasileira*: uma análise econométrica e reputacional. 2010. 86 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômicas, Programa de Pós-Graduação em Economia, Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/handle/10183/25813]. Acesso em: 12.04.2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DOYLE, Charles. *Perjury under Federal Law*: a brief overview. Washington: Congressional Research Service, 2014. Disponível em: [www.fas.org/sgp/crs/misc/98-808.pdf]. Acesso em: 18.04.2015.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas*: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2011 Federal sentencing guidelines manual. Chapter Three – Adjustments. Part C – Obstruction and Related Adjustments. *United States Sentencing Commission (USSC)*, 2011. Disponível em: [http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2011/2011-3c11]. Acesso em: 24.04.2015.

FRADERA, Véra Jacob de. O valor do silêncio no Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim P. de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Org.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Instituto Brasileiro de Economia. Sondagem da indústria de transformação: abril de 2015. *FGV/IBRE*, São Paulo, 2015a. Disponível em: [http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92E5C726666F]. Acesso em: 04.05.2015.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Instituto Brasileiro de Economia. Sondagem de expectativas do consumidor: abril de 2015. *FGV/IBRE*, São Paulo, 2015b. Disponível em: [http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92E5C726666F]. Acesso em: 04.05.2015.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Instituto Brasileiro de Economia. Sondagem do comércio: abril de 2015. *FGV/IBRE*, São Paulo, 2015c. Disponível em: [http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92E5C726666F]. Acesso em: 04.05.2015.

FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. St. Paul: West Group, 2000.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio-set. 2017. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864]. Acesso em: 10.01.2018.

GONDRIGE, Enalto de Oliveira; CLEMENTE, Ademir; ESPEJO, Márcia Maria dos Santos Bortolocci. Estrutura do conselho de administração e valor das companhias brasileiras. *Brazilian Business Review*, v. 09, n. 03, p. 72-95, jul.-set. 2012. Disponível em: [http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=123023629004]. Acesso em: 12.04.2015.

GRINBAUM, Ricardo; GOULART, Josette; PITA, Antonio. Auditoria externa não vai assinar balanço trimestral da Petrobrás. *Estadão – Economia e Negócios*, São Paulo, 13.11.2014. Disponível em: [http://economia.estadao.com.br/

noticias/geral,auditoria-externa-nao-vai-assinar-balanco-trimestral-da-petrobras,1592397]. Acesso em: 11.05.2015.

KAYO, Eduardo Kazuo et al. Os fatores determinantes da intangibilidade. *Revista de Administração Mackenzie*, São Paulo, v. 07, n. 03, p. 112-130, jul.-set. 2006. Disponível em: [http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/RAM/article/view/102/102]. Acesso em: 06.04.2015.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LOPES, Fernando. Índice de confiança de Fiesp e OCB teve forte retração no 1º trimestre. *Valor Econômico*, São Paulo, 30.04.2015. Agronegócios, B16.

MARTELLO, Alexandro. Governo vê contração de 0,9% no PIB de 2015 e crescimento no ano que vem. *G1*, Brasília, 15 .04.2015. Disponível em: [http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/04/equipe-economica-preve-retomada-do-crescimento-do-pib-em-2016.html]. Acesso em: 11.05.2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MINISTRO pede "espírito animal" de empresários. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 31.01.2015. Disponível em: [http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/206256-ministro-pede-espirito-animal-de-empresarios.shtml]. Acesso em: 28.04.2015.

MONTES, Gabriel Caldas; FEIJÓ, Carmem Aparecida. Reputação, credibilidade e transparência da autoridade monetária e o estado de expectativa. *Revista de Economia e Sociedade*, Campinas, v. 16, n. 2, p. 151-170, ago. 2007. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ecos/v16n2/a02v16n2]. Acesso em: 12.04.2015.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal anotado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PETROBRÁS deve cortar até R$ 30 bi em investimentos em 2015. *Veja.com*, São Paulo, 02.03.2015. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/noticia/economia/petrobras-deve-cortar-ate-r-30-bi-em-investimentos-em-2015/]. Acesso em: 13.04.2015.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RAMBALDUCCI, Priscila Stawski. *Credibilidade empresarial*: conceitos, dimensões e metodologias de pesquisa. 2011. 97 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Estadual de Londrina e Universidade Estadual de Maringá, Londrina. Disponível em: [http://nou-rau.uem.br/nou-rau/document/?code=vtls000182960]. Acesso em: 06.04.2015.

RAMBALDUCCI, Priscila Stawski; BORINELLI, Benilson; OLIVEIRA, Bernardo Carlos. S.C.M. Credibilidade empresarial: uma revisão bibliográfica dos conceitos e das metodologias de pesquisa. *Revista Alcance*, Biguaçu, v. 19, n. 3, p. 381-396, jul.-set. 2012. Disponível em: [www.spell.org.br/documentos/download/8895]. Acesso em: 06.04.2015.

RODRIGUES, Randolfe. Projeto de Lei do Senado Federal 92, de 2015. Altera o Decreto-lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940, para tipificar o crime de perjúrio. *Senado Federal*, Brasília, 2015. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=119934]. Acesso em: 17.04.2015.

SANTOS, José Luiz dos; *et al*. Ativos intangíveis: fonte de vantagem competitiva. *ConTexto*, Porto Alegre, v. 6, n. 10, p. 29-46, set.-dez. 2006. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/20546/000632304.pdf?sequence=1]. Acesso em: 06.04.2015.

TEJADA, César A. O.; PORTUGAL, Marcelo Savino. A credibilidade da política econômica: uma revisão crítica da teoria. *Revista Análise Econômica*, Porto Alegre, n. 38, p. 81-122, set. 2002. Disponível em: [http://seer.ufrgs.br/index.php/AnaliseEconomica/article/view/10696/6324]. Acesso em: 06.04.2015.

TEJADA, César A. O.; PORTUGAL, Marcelo Savino. Política econômica e credibilidade: evidências empíricas e econométricas. *Revista Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 14, n. 3, p. 97-140, set.-dez. 2004. Disponível em: [www.face.ufmg.br/novaeconomia/sumarios/v14n3/140304.pdf]. Acesso em: 12.04.2015.

ZAMPIERI, Aline Cury; MOREIRA, Talita. Investidor dá trégua à Petrobrás e volta a comprar bônus e ações. *Valor Econômico*, São Paulo, v. 15, n. 3.738, Finanças, C1, 17.04.2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Falso testemunho e Comissão Parlamentar de Inquérito, de Luiz Regis Prado – *RT* 942/143-156 (DTR\2014\1022);
- Falso testemunho, de Luiz Régis Prado – *RBCCrim* 0/118-126 (DTR\1992\389); e
- Falso testemunho: anotações de direito e processo penal, de Fernando de Almeida Pedroso – *RT* 688/283-292 (DTR\1993\713).

Deficiência e direito penal: entre a normalização e a violação dos direitos humanos, a urgência de novas políticas criminais

Disability and criminal law: between normalization and human rights violations, the urgency of new criminal policies

Marcelo Paulo Wacheleski

Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (2015-2018), com período sanduíche na Universidad Complutense de Madrid (2017-2018). Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2005-2007). Especialista em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2004-2005). Advogado.
marcelopaulowacheleski@gmail.com

Eliseu Raphael Venturi

Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (2015-2019). Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (2012-2014). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal no Paraná (2012). Membro do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da Universidade Federal do Paraná. Advogado.
eliseurventuri@gmail.com

Recebido em: 30.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 15.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O objeto do artigo consiste na medida de segurança e do louco infrator no Brasil no direito positivo, paralelamente, às críticas da teoria social da deficiência e a lei de reforma psiquiátrica. O objetivo geral é o de estabelecer os impactos na realidade dos hospitais de custódia e seus internos, após a aprovação da lei de reforma psiquiátrica, bem como o tratamento dispensado ao inimputável. A primeira hipótese é que o modelo asilar é incompatível com a atual concepção de tratamento da saúde mental no Brasil, após o advento da lei de reforma psiquiátrica. Outra hipótese é que a definição do

Abstract: The article aims to study the security measure and insanity in Brazil, especially analyzing the normative construction of the criminal justice system in parallel with the development of the social theory of disability and the law of psychiatric reform. The general objective is to establish the impact on the reality of the custodial hospitals and their inmates, after the approval of the psychiatric reform law, as well as the treatment given to the unimpaired. The first hypothesis is that the asylum model is incompatible with the current conception of mental health treatment in Brazil, after the advent of the psychiatric

internamento asilar, pela medida de segurança, não pode ser admitida sem antes o esgotamento das possibilidades de tratamento ambulatorial, restando afastada a presunção de periculosidade definida na legislação penal. E por fim, o trabalho de pesquisa sobre a efetividade da lei de reforma psiquiátrica no tratamento do louco infrator no processo de extinção das instituições asilares. Na proposta defendida, a lei de reforma psiquiátrica é resultado da absorção da produção teórica dos *Disability Studies*, e a observação da deficiência como produção social rompendo com o domínio biomédico. A norma reflete um conceito biopsicossocial que será problematizado no estudo como possível instrumento de produção de poder de disciplina e controle. O método utilizado será o indutivo através da utilização de categorias jurídicas e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Deficiência – Reforma psiquiátrica – Medida de segurança.

reform law. Another hypothesis is that the definition of asylum by the security measure can not be admitted without exhaustion of the possibility of outpatient treatment, leaving aside the presumption of dangerousness defined in criminal law. Finally, the paper investigates the effectiveness of the psychiatric reform law in the treatment of insanity in the process of extinction of asylum institutions. In the proposed proposal, the psychiatric reform law is the result of the absorption of the theoretical production of Disability Studies, and the observation of disability as a social production that breaks with the biomedical domain. The standard reflects a biopsychosocial concept that will be problematized in the study as a possible instrument of power production of discipline and control. The method used will be the inductive through the use of legal categories and bibliographic research.

Keywords: Disability – Psychiatric reform – Security measure.

Sumário: Introdução. 1. A construção social da deficiência: do inferno aos hospitais de normalização. 2. Os hospitais psiquiátricos e a normalização dos loucos infratores. 3. O tratamento penal da deficiência no Brasil: da origem ao retrato atual dos hospitais de custódia com a reforma psiquiátrica. Considerações finais. Bibliografia.

Introdução

A pessoa com deficiência sempre ocupou lugar de invisibilidade e esquecimento, com clara negligência de atendimento estatal e fortemente vulnerável a circunstâncias sociais. Entre a diversidade dos tipos de deficiência física, intelectual e mental, estes últimos, de ordem cognitiva, quando em confronto com a lei, ficam sujeitos ao tratamento asilar ou ambulatorial, de acordo com a incidência aplicável da legislação penal.

O modelo asilar, originado no século XIX e desenvolvido ao longo do século XX, estabeleceu, no Brasil, verdadeiro depósito de corpos silenciosos e esquecidos. A vinculação das ciências, da psiquiatria e do direito que fez do louco infrator objeto de conhecimento e assistência, estabeleceu, ao mesmo tempo, um modelo de controle, disciplinamento, reclusão, abandono e suplício.

Desde o Código Criminal do Império, em que ficava à margem do sistema penal, passando pela legislação da República e até o modelo atual do Código Penal

de 1940, nenhuma alteração significativa se verificou no modelo de absorção do louco infrator no sistema e sua destinação após se submeter ao modelo misto de tratamento médico e jurídico.

Atravessado o período sombrio em que o deficiente era colocado como encarnação do mal, a fase da busca da verdade científica entregou os corpos deficientes para a ciência biomédica. A biologização da deficiência sempre a colocou como um rebaixamento que exigia a aplicação de tecnologias para sua correção e superação das desvantagens naturais. As críticas surgidas pelos *Disability Studies* passaram a questionar o modelo biomédico e entender a deficiência como uma construção social derivada da incapacidade da sociedade de acolher a diversidade de corpos não adaptados ao modelo predominante.

Recentemente, a Lei 10.216/2001 sintetizou parte dessas críticas estabelecendo um modelo denominado biopsicossocial que oportunizou a extinção progressiva dos modelos asilares de internação. Contudo, a análise dos dados atuais do sistema de cumprimento de medidas de segurança não aponta para uma efetividade considerável da legislação na desinternação e desconstrução do modelo asilar. Por outro lado, a manutenção, na própria legislação, de uma preponderância do critério médico, na definição da deficiência, permite problematizar os riscos de uma sociedade de controle a partir da difusão social da psiquiatria e a instituição do poder sobre corpos livres.

O problema desta pesquisa pode ser colocado com a seguinte indagação: Quais os impactos da teoria social da deficiência e da reforma psiquiátrica no sistema de medidas de segurança no Brasil?

O critério metodológico utilizado é o indutivo, partindo-se da construção do conceito de deficiência até as críticas da teoria social e sua utilização como instrumento de desconstrução do tratamento biomédico e jurídico do louco infrator na medida de segurança.

Numa primeira hipótese, defende-se que o modelo asilar é incompatível com a atual concepção de tratamento da saúde mental no Brasil, após o advento da lei de reforma psiquiátrica, sobretudo, pelo advento de novos critérios de manutenção do internamento e a sua colocação como exceção. Outra hipótese é que a definição do internamento asilar, pela medida de segurança, não pode ser admitida sem antes se recorrer ao esgotamento das possibilidades de tratamento ambulatorial, restando afastada a presunção de periculosidade definida na legislação penal.

Com a nova lei de reforma psiquiátrica, o trabalho defende a derrogação da presunção de periculosidade do Código Penal, que determina a reclusão dos loucos infratores, o que indica claramente um dos maiores desafios à dogmática penal e à política criminal contemporâneos na regulamentação do assunto.

Ao final, o trabalho pesquisa a efetividade da lei de reforma psiquiátrica no tratamento do louco infrator na busca da extinção das instituições asilares. Na proposta defendida, a lei de reforma psiquiátrica é resultado da absorção parcial da produção teórica dos *Disability Studies*, e da observação da deficiência como produção social rompendo com o domínio biomédico. A norma reflete um conceito biopsicossocial, não abandonando a preponderância do critério médico na definição da deficiência, o que será problematizado no estudo como possível instrumento de produção de poder de disciplina e controle. O desenvolvimento do trabalho se faz a partir da utilização de categorias jurídicas e pesquisa bibliográfica.

1. A construção social da deficiência: do inferno aos hospitais de normalização

O tratamento de controle, eugenização e disciplinamento do corpo deficiente sempre estiveram presentes, ainda que de modos distintos, em distintos marcos normativos e sociais. Os registros no Código de Hamurabi e na Grécia, do século IV a.C., apontam para um olhar místico aos corpos deficientes. Enquanto no primeiro, lançavam-se os corpos ao rio para testar a capacidade de sobrevivência, no segundo era permitido o sacrifício aos deuses (PADILHA-MUNOZ, 2010. p. 391).[1] No sistema romano, foi desenvolvido o corpo legislativo que previa a curatela dos incapazes para os deficientes mentais (*furiosis*) e para aqueles com limitações ao desenvolvimento intelectual (*mente captus*). No mesmo sistema normativo, previu-se a isenção de pena aos incapazes, e a inclusão da curatela aos pródigos e surdo-mudo, e assim, a técnica normativa passa a estabelecer seu domínio sobre os corpos.

Os registros apontam para uma realidade de prescindibilidade da pessoa deficiente em duas formas distintas: pela segregação absoluta da pessoa com deficiência, ou nas formas mais radicais com práticas eugenistas, como identificado na sociedade espartana (FERREIRA et. al., p. 3)

Na idade média, os incapazes passaram ao conceito de diabólicos, apresentando-se como encarnação do mal e possuídos por demônios, como é o caso dos transtornos mentais. Com frequência eram culpados de epidemias e pragas, ou,

1. El Código de Hammurabi, cuerpo legislativo de Babilonia del siglo xVII a. C. (1692 a. C), ya refería en la ley 2: "Si uno embrujó a otro y no puede justificarse, el embrujado irá al río, se arrojará; si el río lo ahoga, el que lo ha embrujado heredará su casa; si el río lo absuelve y lo devuelve salvo, el brujo es pasible de muerte y el embrujado tomará su casa".

em outros momentos, serviam como atrações circenses (PADILHA-MUNOZ, 2010. p. 393).

A partir do século XVI, com o desenvolvimento das primeiras próteses para mãos, iniciaram as reivindicações por trabalho, educação e reabilitação, situação que permaneceu convivendo com a visão de encarnação do mal atribuída aos deficientes, especialmente pelo desenvolvimento das doutrinas de Martinho Lutero e Juan Calvino (PADILHA-MUNOZ, 2010. p. 394).

A partir dos séculos XVIII e XIX, o tratamento da deficiência sofre novas mudanças. Alguns dos principais marcos para essa alteração estão na obra de Denis Diderot, desenvolvendo as competências dos cegos e as primeiras escolas para surdo-mudo, mais tarde formando Louis Braille, que em 1878, cria um método de comunicação universal para incapacitados visuais. No mesmo período, verifica-se um grande avanço da medicina e se estabelece a ortopedia, que permite superar as frequentes amputações decorrentes das guerras. Em 1884, Otto Von Bismarck aprova a lei de acidentes de trabalho e são publicados tratados sobre o tema, entre os quais, destaca-se o *Diagnosis and Prognosis of Idiocy and Imbecility*, de William Wetherspoon, sobre deficiência intelectual. A partir de 1793, Philippe Pinel passa a defender a liberação das grades de todos os deficientes mentais, enquanto trabalhava nos Hospitais de *La Bicêtre* e *La Salpêtrière* (PADILHA-MUNOZ, 2010. p. 394).

No século XX aumenta a repressão aos deficientes com a ascensão do nazismo e, posteriormente, com sua queda e a constatação de grande número de novos incapacitados mentais e físicos decorrentes da Guerra, surgem diversos documentos internacionais de revisão da temática:

> En 1948, se dio la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en 1955 se aprobó el programa Internacional de Rehabilitación de minusválidos Físicos; en 1971, la asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2856, proclamó la Declaración de los Derechos del Retrasado mental. Este mismo organismo, en 1975, en su Resolución 3447, adoptó la Declaración de los Derechos de los Impedidos. Por su parte, en 1980, la OMS aprobó la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías. En 1982, en la Resolución 37/52, las Naciones Unidas lanzaron el programa de acción mundial para los Impedidos; en 1983, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) lanzó el Convenio 159, *Sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas*, y la subcomisión de prevención de Discriminación y protección de minorías de la Naciones Unidas elaboró *Los principios, directivas y garantías para la protección de las personas detenidas que padezcan o sufran trastornos mentales*. En 1991, las Naciones Unidas adoptaron los *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de*

> *la salud mental*, y en 1993, mediante la Resolución 48/96, publicó las *Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.* (PADILHA-MUNOZ, 2010. p. 396)

Ao lado dos documentos mundiais de revisão do conceito de deficiência e do tratamento dispensado às pessoas que viviam nessa condição, o modelo regional de proteção também avança com a aprovação da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as pessoas com Deficiência, firmada em 1999, na Guatemala.

O que se consolida a partir desse percurso de fatos que motivaram o tratamento da pessoa deficiente, desde a eugenia e exclusão até ser submetida ao tratamento médico, é a biologização de sua condição e a necessidade premente de colocação de meios de correção e normalização de seus corpos e mentes. A partir da consolidação do movimento psiquiátrico e da medicina ortopédica corretiva, os deficientes passam a ser objeto de pesquisa da ciência médica, buscando sempre a sua adaptação para um mercado produtivo que se estabelece com base na necessidade de corpos aptos ao labor.

A partir dessa construção, é que a crítica da teoria social, fundada principalmente nas pesquisas dos *Disability Studies*, que tem como referência o Departamento de Sociologia da Leeds University, e o grupo composto principalmente por Oliver, Barnes, Abber-Ley, Barton, Shakespeare e Finkelstein, afirma que a base da exclusão da pessoa deficiente está no modelo de produção do capital. Com base no marxismo, o grupo de pesquisadores passa a defender os direitos da pessoa deficiente, sustentando a ideia de que um corpo com lesões não é útil ao sistema de produção capitalista em razão da radicalidade da norma orientadora desse modelo.

A deficiência seria muito mais resultado da interação das pessoas com seu entorno social, ou seja, o distanciamento do corpo deficiente do padrão de normalidade o qual permite o acesso a produtos e bens sociais, incluindo espaços físicos, trabalho, educação, cultura ou relações pessoais (FERREIRA. p. 2).

Nesse marco teórico, ao se tratar dos padrões de normalidade, a referência pode ser extraída a partir de dois contextos: o primeiro, tem-se os critérios biomédicos de ausência de deformação e atendimento das funcionalidades corporais, e o segundo é a partir do critério moral, a normalidade é vista de acordo com a capacidade produtiva em resposta às exigências sociais. Com a utilização do termo *disablism*, ainda sem correspondente em português, passou-se a designar a cultura na normalidade e sua resposta negativa aos impedimentos corporais que passam a ser objeto de opressão e discriminação. "A deficiência traduz, portanto, a opressão ao corpo com impedimentos: o conceito de corpo deficiente ou pessoa com

deficiência devem ser entendidos em termos políticos e não mais estritamente biomédicos" (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009. p. 65). As duas formas de conceber e interpretar a realidade da deficiência implicam em diferentes conjuntos de práticas e representações. A concepção biomédica coloca a deficiência dentro de uma óptica paternalista e assistencialista com intervenções a partir de um conhecimento especializado que analisa a deficiência como patologia limitativa da autonomia. O saber médico se expande para o espaço político-legislativo e a deficiência se institucionaliza absorvendo a pessoa em espaços assistencialistas de atendimento de um corpo "coisa", composto de matéria orgânica e negando sua história e sentimentos (FERREIRA, p. 5).

A teoria social permite um novo olhar sobre a deficiência, rompendo com o monopólio médico na definição do conceito e o coloca em disputa para denunciar a necessidade de politização de seus traços quando da formulação de políticas públicas e sociais, uma vez que a deficiência para além dos catálogos de classificação médica também representa a inadequação estrutural dos espaços sociais para conviver com a diversidade, ou seja, a existência de circunstâncias de desigualdade que impedem o desenvolvimento do sujeito deficiente (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009. p. 66). Reabsorver a capacidade corporal implica na retomada da experiência corporal como espaço fundamental de existência com a necessária consideração de suas experiências, discursos, sentimentos e expectativas dentro de um âmbito de produção metodológica e aceitação da diversidade como necessária convivência na estrutura social (FERREIRA. p. 8).

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência não ignora a necessidade de compreensão da deficiência para além dos critérios médicos. No seu artigo 1º, ao definir o conceito de deficiência, insere ao lado das limitações corporais, as barreiras sociais como fatores impeditivos a participação das pessoas. A Convenção já é resultado de mais de quatro décadas de questionamentos da teoria social a respeito da definição exclusivamente médica da deficiência (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009. p. 66).

A centralização do material durante décadas no tratamento biomédico permitia o estabelecimento de uma naturalização entre os impedimentos corporais e as desvantagens sociais, ou seja, legitimava a desigualdade sob o fundamento da deficiência. "Essa foi a tese contestada pelo modelo social, que não apenas desafiou o poder médico sobre os impedimentos corporais, mas principalmente demonstrou o quanto o corpo não é um destino de exclusão para as pessoas com deficiência" (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009. p. 67).

A revisão do conceito de deficiência passa pelo reconhecimento de que ela pode atingir a todas as pessoas, já que o impedimento se coloca como uma constante humana e não particularidade de determinada classe. A conclusão é possível

quando se pensa na longevidade que, inevitavelmente está associada ao desenvolvimento de impedimentos (BARNES, 2013. p. 238). O que precisa ser revisto é o conceito de deficiência como condição individual e buscar suas principais causas na pobreza, violência, poluição, envelhecimento, ou seja, resultado de condicionantes sociais que poderiam ser evitadas em muitos dos casos (BARNES, 2013. p. 238).

A análise da deficiência não mais pelo crivo exclusivamente biomédico, mas como a construção social de um espaço público despreparado para trabalhar com a diferença e que culpabiliza individualmente a responsabilidade de sua condição, permite politizar o portador de impedimento e, assim, colocá-lo na condição de ator de transformação social.

Essa identidade política é compatível com o conceito de deficiência firmado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas (ONU), quando se observa o histórico de sua formulação. Os debates, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), começam em 1981, definido como Ano Internacional das Pessoas Deficientes, ocorrido após a politização da deficiência pelo DPI (*Disabled People's International [Organização Internacional das Pessoas Deficientes*). (BARNES, 2013. p. 243)

O problema do tratamento dispensado à deficiência obteve sua primeira expressão no documento denominado como Classificação Internacional de Impedimentos, Deficiências e Desvantagens (ICIDH – International Classification of Impairments, Disabilities and Handicap), de 1980. A abordagem do documento revela o enfoque no indivíduo deficiente e reduz o impedimento a um problema individual que gera desvantagem. A partir da década de 1990, a OMS, em resposta às críticas realizadas à ICIDH, institui um grupo com a finalidade de apresentar novos estudos sobre o material, incluindo diversos atores ativistas deficientes, o que resultou em 2001, na Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde (ICF – International Classification of Functioning, Disability and Health), que adota o modelo biopsicossocial unindo os dois modelos como o mais adequado para responder à complexidade da questão (BARNES, 2013. p. 246).

O novo modelo que se denominou de biopsicossocial não ficou livre de críticas da teoria social. É que a sustentação da teoria social está centrada exclusivamente na deficiência como resultado da opressão de uma sociedade incapaz de trabalhar com a diversidade de corpos que não se adaptam ao modelo padronizado de produção. E quando o sistema de proteção internacional admite uma conjugação de modelos biológico e social, permite imediatamente que as ações de políticas estatais reforcem a construção de um sistema médico voltado a correção e reabilitação, marginalizando a construção teórica de políticas necessárias para mudanças estruturais.

A prevalência nas últimas décadas do conceito biomédico de deficiência impôs a sujeição dos indivíduos à correção dos impedimentos através de técnicas médicas de controle e superação das desvantagens naturais. "Na ausência de possibilidades biomédicas, as práticas educacionais compõem outro universo de docilização dos corpos: a controvérsia sobre práticas oralistas ou manualistas para crianças surdas é um exemplo de como diferentes narrativas disputam a resposta sobre como os surdos devem habitar sociedades não bilíngües" (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009. p. 68).

A pesquisa tem apontado para diferentes formas de observação da experiência sobre a deficiência. De todas elas, pelo menos duas são importantes para a compreensão do lugar do deficiente no mundo, por representarem condição inclusiva ou excludente do sujeito no espaço público. Enquanto a compreensão da teoria social coloca a deficiência na compreensão da diversidade, a segunda posição a percebe como uma desvantagem natural que justifica a desigualdade. Ainda que não excludentes, a densidade de proteção decorrente dos direitos humanos sofrerá variações a partir de uma ou outra posição teórica:

> Há pelo menos duas maneiras de compreender a deficiência. A primeira a entende como uma manifestação da diversidade humana. Um corpo com impedimentos é o de alguém que vivencia impedimentos de ordem física, intelectual ou sensorial. Mas são as barreiras sociais que, ao ignorar os corpos com impedimentos, provocam a experiência da desigualdade. A opressão não é um atributo dos impedimentos corporais, mas resultado de sociedades não inclusivas. Já a segunda forma de entender a deficiência sustenta que ela é uma desvantagem natural, devendo os esforços se concentrarem em reparar os impedimentos corporais, a fim de garantir a todas as pessoas um padrão de funcionamento típico à espécie. (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009. p. 67)

A adoção da segunda forma de leitura da deficiência autoriza a classificação de corpos abjetos, indesejáveis e desprezíveis já que naturalmente decorrentes de uma desvantagem geradora de desigualdade e não componente de uma diversidade natural como outras resultantes de gênero ou geracional, o que resulta em forte opressão corporal. Essa é a aculturação que implica na obrigação de que o deficiente se submeta a procedimentos corretivos cirúrgicos, de reabilitação, genéticos ou metodologias educacionais. Não há como afastar os conceitos estéticos e morais de cada época, com o olhar dispensado à normalidade e à deficiência enquanto conceitos em disputa e representativos de espaço na esfera política.

2. Os hospitais psiquiátricos e a normalização dos loucos infratores

O encontro do sujeito abjeto e invisível com o poder permitiu sua identificação, assim como, a correlação entre a psiquiatria e o direito possibilitou a

formulação de uma nova e autônoma formulação discursiva que constitui o caráter normalizador (FOUCAULT, 2001a. p. 32). O acordo firmado entre a psiquiatria, através de seus exames com o direito, teve a função não só de criar o criminoso e estabelecer os riscos de sua ação futura, da qual a sociedade precisa se precaver, mas estabeleceu uma nova forma de produção da verdade (FOUCAULT, 2001. p. 27). O que se verificou para FOUCAULT (2001a. p. 42), não é a construção de uma nova forma de responsabilização ou de doença, e sim, um mecanismo de controle quanto ao perverso e a possibilidade de sua ocorrência. Essa é a noção de construção de um discurso infantil fundado epistemologicamente no medo e na moralização.

Esse novo modelo de produção do saber e da normalização não está distante da ideia de governabilidade instituída pela idade clássica que, no século XVIII, inventou uma nova teoria jurídico-política de poder e permitiu ser transferida para diversas instituições e aparelhos (FOUCAULT, 2001a. p. 61). Esse novo modelo de exercício do poder é definido como positivo e includente, porque pretende, a partir da produção do conhecimento, instituir mecanismos de disciplina para normalização (FOUCAULT, 2001. p. 64).

A formulação do anormal se dá com a descrição de três elementos construídos no século XIX e que começaram a se formar desde o século XVIII: o louco, o indivíduo a ser corrigido e o masturbador (FOUCAULT, 2001a. p. 69). O monstro se estabelece a partir de uma definição jurídico biológico, é o extremo e a exceção, o encontro frontal do sujeito com a violação da lei. O indivíduo a ser corrigido, ao contrário, é muito comum, ao ponto de viver tão próximo da normalidade que traz dificuldade para sua identificação. A afirmação de FOUCAULT (2001a. p. 71) permite a compreensão da colocação do instinto como fundamento e principal característica da loucura, trazendo ao centro do debate a psiquiatria como instituição normalizadora e que permite se imiscuir no judiciário como instrumento preventivo e de proteção futura da sociedade. Isso com o desenvolvimento da psiquiatria e sua inserção no exercício do poder dentro da sociedade, deixando de apontar somente os casos extremos do monstro para controlar também o comportamento anormal cotidiano das práticas usuais no comportamento social, e isso:

> (...) acarreta evidentemente, como primeira consequência, que o encontro crime-loucura não será mais, para a psiquiatria, um caso-limite, mas o caso regular. Pequenos crimes, claro, e pequenas doenças mentais, minúsculas delinquências e anomalias quase imperceptíveis do comportamento – mas é esse finalmente que será o campo organizador e fundamental da psiquiatria. (FOUCAULT, 2001a. p. 205)

O conceito de normalidade se consolida ao longo do século XX, e as instituições de segregação se expandem para defender a esterilização forçada de todas as pessoas com deficiência mental. Ao lado da prática recorrente de esterilização na Alemanha, o apoio da comunidade internacional permite a realização constante da eutanásia. Nesse período, o Jornal Americano de Psiquiatria incentivava a morte das crianças deficientes até os quatro anos. A prática somente foi criminalizada com o fim da Segunda Guerra mundial, através do Tratado de Nuremberg, porém a prática ainda permaneceu nos Estados Unidos, Canadá e outros países por longo período. Some-se a esse fato, que nas décadas de 1940 a 1960, os experimentos científicos eram autorizados, tendo como objeto as pessoas com deficiência como método de análise dos efeitos das técnicas em seres humanos. (CRUZ et. al., 2007. p. 135)

Nessa perspectiva que Foucault (2008. p. 73) ratifica a necessária diferença entre segurança e disciplina. É somente pela disciplina que se normaliza o indivíduo através de sua composição e decomposição, e, depois, classifica esse indivíduo a partir de comportamentos, para, em terceiro lugar, coordená-lo em busca do melhor resultado possível e desejável. A partir desse caminho que se estabelece um modelo que será referência e limite entre o normal e o anormal, sendo importante nesse resultado a norma.

Ao trabalhar com as transformações da guerra e sua relação com o racismo, FOUCAULT (2005. p. 285) descreve a direta vinculação entre a vida e o poder a partir do século XIX. Essa relação entre o poder e a vida permite uma tomada do homem enquanto ser vivo ou estatização do biológico. Essa nova realidade é posterior a relação mantida na teoria clássica com o poder de vida e morte do soberano. O poder disciplinar visa a multiplicidade de homens que devem ser vigiados, treinados, utilizados, e, se necessário, punidos. Essa estrutura denominada biopolítica que se preocupará em ter o controle da natalidade, da mortalidade, da longevidade e, de modo estatístico, controlar a própria vida e suas inter-relações com a economia e a política. "A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder que eu chamaria de regulamentação e que consiste, ao contrário, em fazer viver e em deixar morrer" (FOUCAULT, 2005. p. 294).

Assim, formam-se dois sistemas que convivem e se intercruzam, ao invés de se excluírem: o poder disciplinar do poder e o poder regulamentar do poder. Enquanto os mecanismos disciplinares do corpo recaem no indivíduo, o poder regulamentador institui um mecanismo sobre a população (FOUCAULT, 2005. p. 299).

Os hospitais passam a representar ambientes paradoxais de acolhimento e produção de verdade. O médico, em sua relação com o paciente, via-se impelido a provocar a doença com a finalidade de garantir o seu desvelamento e produzir o

conhecimento da ciência. Os hospitais se colocam como local de conhecimento, produção da doença e paradoxalmente de acolhimento do doente. Enquanto lugar de produção de conhecimento, os hospitais instituídos no século XIX são locais de prova, inseridos no processo judiciário de domínio e produção da verdade (FOUCAULT, 2001b. p. 119). Da construção do controle dos hospitais do século XVIII, que se voltaram a desnudar a doença e afastar toda forma de sua manifestação, abre-se espaço para estabelecer a função do hospital psiquiátrico do século XIX como lugar de diagnóstico e classificação em que as doenças são divididas e compartidas, e também resulta em ambiente institucional fechado de confronto de estruturas de vitória e submissão (FOUCALT, 2001b. p. 122).

3. O tratamento penal da deficiência no Brasil: da origem ao retrato atual dos hospitais de custódia com a reforma psiquiátrica

O primeiro Código Criminal do Brasil, estabelecido em 22 de outubro de 1830, ainda sob Império, não abordava o tratamento jurídico-penal a ser dispensado aos que cometessem delitos acometidos por deficiência mental. A norma previa, em seu artigo 10, a impossibilidade de julgamento dos criminosos considerados loucos de todo gênero, exceto se a infração fosse cometida no intervalo de lucidez. Ao mesmo tempo, não havia nenhuma política estatal de destinação aos loucos, e, nessa época, ainda não estavam instaurados no País as instituições asilares. Assim, o artigo 12 previa o encaminhamento dos sujeitos loucos às casas assistenciais de saúde ou as suas famílias, incluindo no conceito os pobres que vagavam pelas ruas e colocavam em risco a população. (PERES; NERY FILHO, 2002).

Posteriormente, o Código Criminal do Império foi reformado com inspiração no projeto apresentado por João Batista Pereira, em 1890. Na sua nova redação, o Código Penal da República trouxe novo tratamento ao louco infrator e institucionalizou os hospitais de alienados. Exclui-se o louco infrator do sistema penal e cabe, agora, aos Hospícios de Alienados o seu cuidado (PERES; NERY FILHO, 2002).

O Código Penal de 1940 não estabelece uma distinção entre imputabilidade moral e penal, e mantém essa como fundamento da punibilidade a partir da doutrina do livre arbítrio.

> A princípio, percebemos certa incoerência nos procedimentos adotados no novo código, que, se por um lado pautava-se na doutrina clássica e aceitava o pressuposto da vontade livre, por outro, pautava-se nas idéias da escola

> positiva e concebia, em casos de loucura, por exemplo, o crime como determinado por causas biológicas que comprometiam a vontade e o entendimento. (PERES; NERY FILHO, 2002)

Na nova legislação, as causas biológicas são determinantes para definir o destino do sujeito autor de delito. O perito atuaria como auxiliar do juízo, e caberia a esse a decisão final com base em seu livre convencimento sobre a capacidade de compreensão no momento da ação ou omissão do louco infrator. Nesse campo, estabelece-se a medida de segurança como mecanismo de tratamento e livre de caráter aflitivo. Por objetivar a recuperação do doente infrator é fixada com prazo inicial, mas sem prazo final, já que depende da constatação do fim da periculosidade.

> A periculosidade é uma prognose, um fato provável... é o estado psíquico do agente como provável causa de novos crimes... não serve a um objeto de justiça, mas de utilidade: não é fundamento à justa ou proporcionada retribuição do mal pelo mal, que o Estado, na sua função ética, se arroga, mas à atividade defensiva que o Estado tem o direito e o dever de exercer, em face da autorizada suposição de novos males por parte do indivíduo violador da lei. (PERES; NERY FILHO, 2002)

Toda conclusão para constatação do início e fim da periculosidade é tomada pelo juiz a partir de seu livre convencimento, dispensando a aferição de critérios externos à realidade do acusado, senão sua própria e inerente propensão ao crime decorrente da doença mental que o torna presumivelmente perigoso.

Assim, a legislação penal se construiu sustentada na prática da infração e na incapacidade mental de agir de modo contrário ao esperado, a medida de segurança tem como pressuposto a comprovação da periculosidade do agente, e é aqui, onde reside seu maior desafio. Como medida preventiva da ocorrência da recidiva e, buscando o tratamento do sujeito, aposta-se no tratamento como meio de reinserção social. A ideia de periculosidade é fundada na presunção de que os doentes mentais tendentes da prática de infrações penais são movidos por impulsos inerentes a sua condição e que os levarão à prática de novos delitos (LEBRE, 2013. p. 275).

Não há um critério objetivo para definição da periculosidade ou do seu reconhecimento. A decisão, pela necessidade de contenção do infrator acometido de doença mental, é feita com base na gravidade abstrata do fato e na premissa futura que sua condição pessoal imporá a recidiva na realização da conduta (LEBRE, 2013. p. 276).

O uso do discurso da periculosidade serviu para inserir o medo nas legislações penais, e, a partir daí, permitir que se utilize da conjunção entre a psiquiatria

e a norma penal, como mecanismo de controle e opressão aos indivíduos rotulados como indesejados (LEBRE, 2013. p. 276).

A psiquiatria já nasceu como modelo de reforma quando Pineu, durante a Revolução Francesa, defendeu a necessidade de usos humanizados de tratamento nos institutos asilares europeus, o que implicava o abandono do uso de correntes e outros meios violentos de contenção. Durante todo o período ao longo do século XIX, o incômodo das reformas voltou-se para remodelar os asilos resultando em novos modelos como as colônias agrícolas. O que se tem de diferente no modelo reformista atual é que a crítica se faz aos próprios fundamentos da ciência psiquiátrica. Ao contrário dos modelos anteriores, não se defende outras formas de humanização do instituto asilar, mas a sua própria extinção a partir dos questionamentos de seus efeitos normatizadores e de controle (TENÓRIO, 2002).

No período de governo militar, o modelo de internamento asilar, como mecanismo de tratamento e prevenção do louco, foi fortemente incentivado e obteve sua consolidação, especialmente a partir da parceria com a iniciativa privada. Entre 1965 e 1970, os dados demonstram que o número de internos em hospitais públicos permaneceu estável, enquanto em hospitais privados financiados por recursos estatais saltou de 14 mil em 1965, para 30 mil, em 1970. Nos quinze anos seguintes, o modelo de financiamento dos asilos manteve-se igual, com 81,96% de recursos para o sistema de internamento e somente 4% para o tratamento ambulatorial (TENÓRIO, 2002).

No Brasil, esse movimento de reformulação das bases da psiquiatria chega durante a década de 1970, e, ao lado da restauração democrática, defende a devolução da cidadania enclausurada dos internos. A construção da reforma no País se traduz pela ideia de saúde mental, que, no primeiro momento, coloca a normalidade como adaptação social e, assim, como elemento externo ao sujeito. O novo modelo é representativo de duas características importantes: num primeiro momento, distancia o modelo médico da doença que desconsidera a individualização do sujeito, e em outro aspecto, implica no reconhecimento de uma rede de assistência que supera os limites da área médica. O risco do novo modelo é a psiquiatrização e normalização da sociedade, o que somente será evitado se o louco for inserido no ambiente social a partir de sua singularidade e não dos conceitos de normalização impostos por uma produção psiquiátrica (TENÓRIO, 2002).

Os Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no Brasil foram instituídos a partir de 1920, com a finalidade de garantir a custódia e tratamento das medidas de segurança quando o infrator é acometido de doença mental incapacitante ao tempo da infração penal ou incidentalmente no cumprimento da pena. Até o Censo de 2011, nenhum estudo havia sido realizado no Brasil, mesmo com mais de setenta anos de funcionamento das instituições e aplicação das

medidas de segurança, impedindo a visibilidade do perfil dos internos. Em toda sua trajetória de funcionamento, nenhuma ação estatal buscou traçar os dados referentes às infrações cometidas e ao tratamento dos internos, bem como de sua saída institucional e reingresso no convívio social e familiar (DINIZ, 2013. p. 11).

Atualmente, o cenário indica a existência de 23 Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e 3 Alas de Tratamento Psiquiátrico no País. Os estados do Acre, Amapá, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Roraima e Tocantins não possuem ECTPs. Os Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo possuem três ECTPs, cada. O censo apontou a presença de 3.989 homens e mulheres internados em hospitais ou alas psiquiátricas de presídios (DINIZ, 2013. p. 11-12).

O avanço normativo obtido com a reforma psiquiátrica, em 2000, não gerou os efeitos pretendidos no campo das instituições asilares de medida de segurança, em que os internos se mantiveram com a invisibilidade que os exclui do exercício de direitos. Se o questionamento das instituições de internação compulsória obteve grande consenso nas áreas biomédicas e jurídicas, com adesão, mesmo daqueles que estão em sofrimento mental, o mesmo não ocorreu com as instituições penais de medida de segurança (DINIZ, 2013. p. 13).

Em recente pesquisa coordenada por Débora Diniz, financiada pelo Departamento Penitenciário Nacional, constatou-se que a condição dos internos é de abandono definitivo e com a superação, na maioria dos casos, do limite máximo para cumprimento de pena privativa de liberdade. O relatório apontou a presença de dezoito internos reclusos há mais de trinta anos, outros 606 reclusos estão internados há mais tempo do que a pena máxima fixada para os delitos de que foram acusados, o que corresponde a 21% de todos os internos em medida de segurança no País. "Os indivíduos anônimos e abandonados recebem diferentes nomes a depender do regime de classificação de cada unidade custodial do país: são os problemas sociais, os em longa permanência, os abrigados, ou, simplesmente, os esquecidos anônimos" (DINIZ, 2013. p. 13-14).

A condição de abandono os faz transitar entre a normatividade jurídica e a normalização psiquiátrica, permitindo que sejam observados a partir da classificação jurídica como originados de medida de segurança, presídios, sem laudo pericial, e de situação temporária ou conversão de pena. Mas também é possível observá-los a partir da patologia atribuída pela psiquiatria, como os portadores de esquizofrenia, epilepsia, retardo mental, transtorno afeito ou de preferência sexual, ou aqueles que desenvolveram problemas pelo uso de drogas e álcool (DINIZ, 2013. p. 14).

Não há uma constância ou regularidade nos resultados dos estudos que se propõem analisar a periculosidade e a correspondência dos diagnósticos com a violência. O perfil dos internos, em medida de segurança por sofrimento mental,

demonstra a possibilidade de que sujeitos portadores das mesmas patologias podem praticar distintos atos ilícitos ou penais. O relatório constata uma preponderância da esquizofrenia entre os internos, contudo, não há nenhuma evidência de sua correlação psiquiátrica com a violência. Da mesma forma, ao analisar o crime de homicídio, talvez o de maior gravidade, vê-se que as patologias de seus autores são diversas.

> Periculosidade é um dispositivo de poder e de controle dos indivíduos, um conceito em permanente disputa entre os saberes penais e psiquiátricos. Não há evidências científicas na literatura internacional que sustentem a periculosidade de um indivíduo como uma condição vinculada à classificação psiquiátrica para o sofrimento mental. (DINIZ, 2013. p. 15)

As conclusões preliminares dos pesquisadores coordenados por Débora Dinis é a completa dissociação entre os diagnósticos psiquiátricos e a noção de periculosidade, ou seja, os internamentos não são legitimados pela psiquiatria, já que não há estudos conclusivos vinculando diagnósticos a níveis de violência que determinam a reclusão. Em continuidade, as conclusões apontam para a única evidência visível quanto a existência de indivíduos em sofrimento mental que, por razões desconhecidas aos estudos e ao próprio sistema de segurança pública, em algum momento de suas vidas, praticaram crimes e ficaram sujeitos a invisibilidade social (DINIZ, 2013. p. 15).

Outro dado revelador da pesquisa é a reprodução no sistema de hospitais de custódia da seletividade do sistema penal. A massa de internos pode ser descrita como negra, pobre, com baixa escolaridade e inclusão no mercado de trabalho, e, frequentemente, acusada por infrações praticadas no seio familiar. As próprias condições sociais de baixa estrutura de atendimento de necessidades básicas, como acesso à saúde e outras políticas públicas, constituem-se em fatores para se considerar na base das causas da loucura e sua institucionalização (DINIZ, 2013. p. 16).

Somente em se tratando de homicídio, percebe-se que 49% dos casos foram dentro do âmbito familiar. Outro dado relevante nesse ponto, é que as mulheres, que constituem um reduzido número de internas, encontrando-se uma para cada doze homens, despontam com maior índice de autoria de homicídios colocando os filhos como principais vítimas, o que corresponde a 24%. A importância dessas conclusões, do ambiente do crime praticado pelo louco, é justamente para desmistificar as políticas estatais que investem na família como local para desinternação do sujeito. Como a maior parte dos crimes graves cometidos ocorrem dentro do convívio familiar, é resultado lógico o afastamento do grupo familiar do interno, o que resulta na impossibilidade de seu retorno (DINIZ, 2013. p. 16).

Por outro lado, os resultados da pesquisa permitem a desconstrução da periculosidade como elemento inerente da loucura e apontam para uma inércia estatal na formulação de uma política adequada de rompimento do asilamento penal-psiquiátrico.[2]

> Pelo menos 741 indivíduos não deveriam estar em restrição de liberdade, seja porque o laudo atesta a cessação de periculosidade, seja porque a sentença judicial determina a desinternação, porque estão internados sem processo judicial ou porque a medida de segurança está extinta. Isso significa que um em cada quatro indivíduos internados não deveria estar nos estabelecimentos de custódia. Não incluímos no censo os indivíduos em processo de desinternação progressiva que se encontram fora dos estabelecimentos, o que torna ainda mais desconcertante o dado de que 55 indivíduos têm a medida de segurança extinta e se mantêm em regime asilar de restrição de direitos. (DINIZ, 2013. p. 16)

As propostas de mudanças da realidade de internamento asilar psiquiátrico surgiram com a edição da Lei 10.216/2001, síntese da reforma psiquiátrica e intitulada como Lei Antimanicomial ou Lei da Reforma Psiquiátrica, que buscou absorver as críticas dos movimentos contrários ao tratamento asilar de internamento e primou pela manutenção do sujeito em tratamento de saúde mental em unidades comunitárias e abertas.

A proposta é que o tratamento humanizado esteja alicerçado no olhar sobre o paciente e no benefício de sua saúde, buscando sua recuperação com a inserção na família, no trabalho e na comunidade (artigo 2º, II), relegando a internação, em qualquer das modalidades previstas, somente quando demonstrada a insuficiência dos recursos extra-hospitalares (artigo 4º). A nova perspectiva normativa supera o monopólio do saber biomédico e garante ao paciente internado um sistema estruturado capaz de oferecer atendimento médico, de assistência social, psicológico, ocupacional, de lazer, entre outros (§ 2º, artigo 4º). No mesmo dispositivo, incluiu-se a vedação absoluta de internamento em instituições asilares que não sejam capazes de garantir ao paciente as características indicadas de humanização.

2. Os dados são reveladores do que classifico como "estrutura inercial" do modelo psiquiátrico-penal no Brasil: 41% dos exames de cessação de periculosidade estão em atraso, o tempo médio de permanência à espera de um laudo psiquiátrico é de dez meses (o artigo 150, § 1º, do Código de Processo Penal determina 45 dias) e o de espera para o exame de cessação de periculosidade é de 32 meses, 7% dos indivíduos possuem sentença de desinternação e se mantêm em regime de internação. São 3.989 homens e mulheres vivendo em regime de clausura para tratamento psiquiátrico compulsório por determinações judiciais no Brasil. Ou seja, para 1.866 pessoas (47%), a internação não se fundamenta por critérios legais e psiquiátricos (DINIZ, 2013. p. 17).

A reforma psiquiátrica pretendia também atingir o procedimento de aplicação das medidas de segurança no direito penal. Como se verifica do artigo 6º, parágrafo único, III, da norma, a internação compulsória passou a ser espécie de medida de segurança, já que somente se realiza a partir de decisão judicial fundamentada. Essa nova realidade que passa a exigir a participação do Poder Judiciário, no internamento compulsório, e a imediata fiscalização do Ministério Público (artigo 6º, § 1º), implica na necessária revisão da previsão da medida de segurança no Código Penal, sobretudo, determinando que, em todas as hipóteses, o juiz prefira o tratamento ambulatorial ao internamento, mesmo quando se tratar de crimes cuja pena de reclusão determina no sistema normativo penal o tratamento compulsório asilar.

Nessa nova realidade, a disposição do artigo 97 do Código Penal, ao determinar o sistema asilar para os crimes de reclusão, resta superada pela reforma psiquiátrica que exige laudo médico circunstanciado que caracterize seus motivos (artigo 6º) e justifique a insuficiência dos recursos extra-hospitalares (artigo 4º). Não se trata mais de uma decorrência automática da espécie de crime praticado pela pessoa com deficiência mental a causa justificadora de sua internação em medida de segurança, mas sempre sua legitimidade dependerá de laudo médico indicativo.

Contudo, resumir o internamento ao determinismo médico colocaria em contradição a proposta de formulação de uma política biopsicossocial de tratamento dos deficientes. Assim, o tratamento asilar precisa ser justificado também pela capacidade de que as instituições de internamento estejam estruturadas, com capacidade de garantir aos pacientes os direitos previstos no artigo 2º, como condições de recuperação de sua saúde, com inserção familiar, de trabalho e comunidade em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis.

Os visíveis avanços na extinção do modelo asilar que venha atingir, inclusive, a aplicação das medidas de segurança não devem ficar à margem de críticas, sobretudo com a necessidade de se evitar uma possível formulação de outro mecanismo de controle disciplinar a partir da psiquiatrização, medicalização e normalização com a aplicação da medicina social.

A problematização do novo modelo de tratamento da deficiência mental, ainda sob o ponto de vista preponderantemente médico, pode ser lida na obra de Deleuze (2006), e na sua sociedade pós-disciplinar. A ideia de um modelo de controle de sociedade pós-disciplinar que permita o apoderamento de corpos ao ar livre pode se coadunar com o novo modelo de desconstituição do modelo psiquiátrico asilar, e formulação de políticas de reabilitação psicossocial, indutora das novas políticas de saúde mental no Brasil. A superação das instituições disciplinares de Foucault representadas pelos hospitais, prisões, fábricas, escolas e

família não geram senão um novo modelo denominado de sociedade de controle. Essas novas sociedades permitem o controle fluído, desterritorializado, intercambiável.

Se não considerada a possibilidade de controle social dos corpos ao ar livre, será claramente possível que o novo modelo de reforma psiquiátrica constitua um aperfeiçoamento dos mecanismos de controle estatais. É esse o modelo que passou a orientar a instituição do Capes (Centro de Reabilitação Psicossocial), em substituição ao sistema asilar, e que pode trazer sob novo rótulo antigos modelos psiquiátricos de controle e normalização. O fundamento do novo modelo de reinserção psicossocial pressupõe medidas que potencializem a capacidade de funcionamento independente na comunidade, dos indivíduos desabilitados, incapacitados ou deficientes por desordem mental, seguindo a definição da própria Organização Mundial de Saúde, o que, como visto, não abandona a normalização com vistas a garantir o potencial de funcionamento individual do sujeito. Esse novo modelo inclui, ao mesmo tempo, política e técnica, o que exige sua problematização para não resultar no aperfeiçoamento das técnicas de controle dos corpos em busca de um padrão de normalidade.

Considerações finais

A aproximação da psiquiatria com o sistema jurídico criou um importante modelo de normalização e controle representado até os dias atuais pelos Hospitais de Custódia e Tratamento, onde são internados os inimputáveis acusados da prática de atos definidos como crime e sujeitos à medida de segurança.

O modelo é resultado da superação do período das sombras em que o deficiente infrator era tratado de forma mística como encarnação do mal, e passa, no modelo biomédico do período clássico, a ser objeto e destinatário da produção do conhecimento médico.

O estabelecimento desse modelo somente foi possível a partir de uma estrutura jurídica que institucionalizou a loucura a partir da presunção de periculosidade, e nisso a psiquiatria contribuiu definindo o saber e submetendo os corpos ao controle e disciplinamento.

O modelo biomédico sustentou o surgimento e a manutenção, por longo período, do sistema institucionalizado de tratamento do louco infrator em caráter asilar de internamento, e somente começou a se desestruturar com a produção dos *Disability Studies,* e os questionamentos da ciência médica. A partir de suas críticas, a deficiência também passou a ser compreendida como resultado da incapacidade social de convivência com a diversidade corporal num mundo padronizado a partir de um modelo ideal.

Parcialmente acolhendo as críticas da teoria social dos *Disability Studies,* a reforma psiquiátrica resultou no modelo denominado biopsicossocial, conjugando a deficiência como intercruzamento de características médicas, psicológicas e sociais, e, assim, desestabilizando, reflexamente, a prática comum de internamento asilar do louco infrator. A nova legislação, materializada na Lei 10.216/2001, não deixa de gerar impactos na legislação penal de medida de segurança ao fixar como exceção o internamento asilar e regra à assistência ambulatorial.

No entanto, na prática, os dados têm demonstrado que a lei de reforma psiquiátrica não gerou os efeitos esperados no sistema de medida de segurança, já que o número de internos asilados em Hospitais de Custódia permanece alto e os sujeitos invisíveis às políticas estatais de atendimento.

Por outro lado, a crítica da teoria social não perdeu sua vigência já que problematiza a manutenção da prevalência do critério médico na definição da deficiência e os riscos de se estabelecer uma sociedade de controle de corpos ao ar livre pela difusão da psiquiatria no padrão ambulatorial de tratamento da deficiência mental.

A política criminal presente e futura, assim como a dogmática penal construída em torno de uma hermenêutica verdadeiramente constitucional necessitarão assimilar as dimensões críticas apontadas pelos estudos da deficiência e, assim, vir a coordenar o ordenamento jurídico com os mais altos preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e as efetivas necessidades e questões trazidas pela população estudada, titular dos direitos subjetivos a serem tutelados.

Bibliografia

CRUZ, Daniel Marinho Cezar; SILVA, Juliana Testa; ALVES, Heliana Castro. Evidências sobre violência e deficiência: implicações para futuras pesquisas. *Rev. Bras. Ed. Esp.*, Marília, v. 13, n. 1, p. 131-146, jan.-abr. 2007.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre las sociedades de control. *Polis. Revista Latinoamericana,* n. 13, 2006.

DINIZ, Debora; PEREIRA, Lívia Barbosa; SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: LEMAITRE, Julieta Lemaitre Ripoll et al. *Revista Internacional de Direitos Humanos,* 2009.

DINIZ, Debora; BARNES, Colin Barnes. *Deficiência e políticas sociais-entrevista com Colin Barnes.* 2013. Disponível em: [www.repositorio.unb.br]. Acesso em: 08.09.2017.

DINIZ, Débora. A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil. Censo 2011. Brasília: UnB, 2013.

FERREIRA, Miguel A. V. La discapacidad: entre formalidade politico-discursiva y experiencia incorporada. *Revista Latino Americana de Estudios sobre Cuerpos*, Emociones y Sociedad. Córdoba, n. 23, a. 9, abr.-jul. 2017. p. 20-32.

FERREIRA, Miguel A. V.; MARTÍN, Mario Taboso; DÍAZ, Susana Rodríguez; VELÁZQUEZ, Eduardo Díaz; ESTEBAN, Amparo Cano. Discapacidad y políticas públicas: la expericiencia real de los jovenes en España. Madrid: 2015. Disponível em: [www.catarata.org/libro/mostrar/id/1019].

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. A casa dos loucos. *Microfísica do poder.* Rio de Janeiro: Graal, 2001b.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2001a.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LEBRE, Marcelo. Medidas de segurança e periculosidade criminal: medo de quem. *Responsabilidades,* Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 285-301, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2001). Relatório sobre a saúde no mundo: Saúde mental: nova concepção, nova esperança.

PADILHA-MUNOZ, Andrea. Discapacidad: contexto, concepto y modelos. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 16, 2010.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde,* Manguinhos, v. 9, n. 2, p. 335-355, 2002.

TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceitos. *História, Ciências, Saúde*. Manguinhos, v. 9, n. 1, p. 25-59, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A (dis)funcionalidade da medida de segurança no paradigma da reforma psiquiátrica, de Soraia da Rosa Mendes e Gustavo Dalul Faria – *RBCCrim* 144/217-250 (DTR\2018\14305);
- A punição da loucura: as decisões do Supremo Tribunal Federal após a Lei da Reforma Psiquiátrica, de MenElick de Carvalho Netto e Letícia Naves – *RBCCrim* 144/183-215 (DTR\2018\14301);
- Crime e loucura: a exclusão do louco infrator pelo dispositivo jurídico, de Farah de Sousa Malcher – *RBCCrim* 144/159-182 (DTR\2018\14299);
- Do silenciamento e segregação à responsabilidade: por um tratamento renovado para o psicótico em conflito com a lei, de Aline Reis da Silva, Bruno da Silva Campos, Raquel Fabris Moscon e Renata Costa-Moura – *RBCCrim* 144/251-277 (DTR\2018\14319);
- Editorial do dossiê "crime e loucura": Estudos inter e transdisciplinares sobre os reflexos jurídico-penais da lei antimanicomial sobre as medidas de segurança, de Élida Lauris e Patricia F. Carlos Magno – *RBCCrim* 144/17-28 (DTR\2018\14275); e
- Lógica manicomial e invisibilidade: estudo sobre os internos do instituto psiquiátrico forense doutor Maurício Cardoso – IPF-RS, de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Luiz Antônio Alves Capra – *RBCCrim* 144/125-158 (DTR\2018\14295).

Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais

Criminal law and criminal sciences: for a guiding theory of the criminal polices interests

Marcelo Almeida Ruivo

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Visiting Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Turim. Pesquisador convidado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Professor do Curso de Direito da Universidade FEEVALE. Advogado em Porto Alegre e São Paulo.
marceloaruivo@gmail.com

Recebido em: 04.05.2018
Aprovado em: 12.06.2018
Última versão do autor: 18.06.2018

Áreas do Direito: Penal, Constitucional

Resumo: O artigo apresenta metodologia de orientação e controle dos interesses político-criminais, baseada na estrutura trifásica do dever de proporcionalidade e nos conceitos de merecimento, carência e dignidade penal. Propõe-se uma análise valorativa e finalística a partir da dogmática do direito penal e constitucional, para além da estrita verificação de utilidade da lei penal.

Palavras-chave: Lei penal – Controle de constitucionalidade – Análise trifásica da proporcionalidade – Merecimento, carência e dignidade penal.

Abstract: The article presents a methodology for guiding and controlling political-criminal interests, based on the three-phase structure of the duty of proportionality and on the concepts of criminal worthiness, necessity, dignity. It proposes an axiological and finalistic analysis from the point of view of the constitutional and criminal law theory, beyond the strict verification of the utility of criminal law.

Keywords: Criminal law – Constitutionality control – Three-phase proportionality analysis – Criminal worthiness, necessity, dignity.

Sumário: I. Introdução. II. Desafio científico das ciências criminais na orientação dos poderes públicos. III. Formas de avaliação da proporcionalidade no direito penal. IV. Fundamento e sentido do dever de proporcionalidade. V. Os conceitos penais analíticos dos interesses político-criminais. VI. A teoria de orientação dos interesses político-criminais com base na proporcionalidade e nos conceitos penais. 6.1. Adequação e merecimento da tutela penal. 6.2. Necessidade e carência de tutela penal. 6.3. Proporcionalidade em sentido estrito e dignidade da tutela penal. VII. Conclusão. VIII. Bibliografia.

Ruivo, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. p. 587-614. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

I. Introdução

A teoria da legislação não tem recebido grande atenção da metodologia do direito contemporânea,[1] ao mesmo tempo a produção legislativa tem se afastado do conhecimento das ciências criminais. Particularmente, o fenômeno criminal tende a excitar sentimentos e reações exagerados[2] que influenciam o debate público demandando respostas penais nem sempre adequadas, necessárias e proporcionais. Em contextos de medo ou ódio populares difusos, argumentos de autoridade ou opiniões pessoais de práticos são equiparados a resultados de pesquisa científicas teóricas e empíricas, colocando em perigo a justiça e as liberdades do cidadão.

Algumas demandas políticas por intervenção penal em fenômenos altamente complexos[3] sobre os quais falta informação científica qualificada, podem resultar em ações estatais meramente simbólicas em nome da segurança.[4] Existe o perigo constante de interesses político-criminais arbitrários concretizarem-se em leis penais injustas e ineficientes na retribuição da ofensa e na prevenção de novos crimes,[5] próprias do chamado "populismo punitivo".[6] Posteriormente, é exigido do Poder Judiciário resolver problemas sociais para além dos limites jurídicos ou controlar a constitucionalidade de leis elaboradas com deficiências técnicas ou falta de elucidação científica dos múltiplos interesses político-criminais relativos à questão.[7]

A falta de orientação científica na produção legislativa acarreta problemas práticos significativos: (1) perigo de aumento da ineficiência da legislação penal

1. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 24-25, 123-124.
2. Já, em 1764, Beccaria constatava que "as leis, embora sejam ou devam ser pactos dos homens livres, a maior parte das vezes foram apenas instrumento de paixões de uma minoria, ou nasceram tão-só de uma fortuita e passageira necessidade" (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 61).
3. Por exemplo, grandes danos ambientais, pedofilia, delitos sexuais, informáticos, de ódio e preconceito, de terrorismo.
4. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie, eine Grundlegung zum Strafrecht; ein Studienbuch*. 4. ed. München: Beck, 2010. p. 3.
5. O objetivo seria apenas a tranquilização de interesses repressivos, ainda que a custo da restrição desnecessária do direito de liberdade e da intensificação do funcionamento seletivo do direito penal.
6. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie, eine Grundlegung zum Strafrecht; ein Studienbuch*. 4. ed. München: Beck, 2010. p. 4 e 283.
7. STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 29.04.2013, p. 122 (*RTJ* 226-01/11).

(inadequação da intervenção penal),[8] (2) perigo de ampliação excessiva do âmbito da intervenção penal (desnecessidade da intervenção penal) e (3) perigo de mais gravames sociais do que benefícios com a intervenção penal (desproporção da intervenção). Diante desse contexto, apresenta-se uma teoria de análise e controle das propostas legislativas penais, por meio da estrutura trifásica do dever de proporcionalidade e dos conceitos de merecimento, carência e dignidade penal, harmonizando valores e fins na dogmática do direito penal e constitucional. Com isso se pretende contribuir para a orientação científica da produção legislativa e para a superação da alegação de que o controle de constitucionalidade da legislação poderia violar a divisão dos poderes.[9]

II. Desafio científico das ciências criminais na orientação dos poderes públicos

O exercício do poder possui tendência à expansão e ao arbítrio, encontrando os seus limites legítimos justamente no confronto com outro poder.[10] O poder penal produziu séculos de injustiça na Idade Média e na Idade Moderna pré-iluminista,[11] tendo limitação por força dos projetos iluministas de reforma estatal fundado

8. Entende-se o juízo de adequação diferente da utilização tradicional na dogmática constitucional, que tende a considerar como adequado todo meio que abstratamente pode realizar – mínima ou pouco frequentemente – um fim. Propõe-se análise concreta de verificação empírica da aptidão efetiva do direito penal realizar um fim segundo a criminologia, conforme desenvolvido no item 6.1.

9. Em superação da alegação de violação da divisão de poderes, STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, 20.08.2015, p. 10.

10. Assim, pressuposto em ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001. p. 80; MILL, John Stuart. *On Liberty*. In: MILL, John Stuart. *On Liberty and other essays*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 6-7.

11. Praticou-se a pena de "perda da paz" do condenado (CORREIA, Eduardo. *Estudos sobre a evolução das penas no direito português.* Coimbra, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 53, p. 10-17, 1977), a pena de morte, penas corporais e excessivamente altas, a tortura, a confusão entre a religião e o direito (VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. ed. Berlin: Springer, 2011. p. 25-26, 28). Na modernidade francesa pré-iluminista, identifica-se mostras de desproporcionalidade ostensiva orientada pela pretensão de punição exemplar, como a *Déclaration royale du 4 mars 1724* na qual "o furto (*le vol*) doméstico será punido com morte" (LAINGUI, André; LEBIGRE, Arlette. *Histoire du droit penal*: la procédure criminelle. Paris: Cujas, 1979. p. 118). Sobre as injustiças, BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 61-62, ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la justice en France*: de la monarchie absolue à la République. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 176.

nos princípios da racionalidade, igualdade, proporcionalidade, legalidade e humanidade.[12] A legitimidade, os fundamentos e os limites das atividades legislativa, judicial e executiva foram amplamente debatidos nas universidades, academias e círculos intelectuais.[13] Na atual organização social, espera-se da universidade a orientação dos poderes públicos, recaindo sobre o cientista do direito a responsabilidade de produzir a sabedoria jurídica de esclarecimento dos múltiplos interesses político-criminais.[14] Os cientistas do direito devem reconhecer os problemas sociais e os valores envolvidos, buscando propor e sistematizar conceitos, princípios e finalidades da justiça criminal na orientação do funcionamento dos poderes públicos.[15]

Especificamente sobre a relação do poder legislativo com os múltiplos interesses político-criminais, há duas compreensões. A primeira entende que o legislador teria total liberdade de conformação para a realização de uma escolha político-criminal na elaboração das leis,[16] desde que não fosse frontalmente desarmônica com os limites jurídicos procedimentais e materiais dados pelo texto constitucional. Assim, a ciência do direito penal seria "impotente" diante de eventuais mudanças nas valorações políticas.[17]

12. VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. ed. Berlin: Springer, 2011. p. 28; ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la justice en France*: de la monarchie absolue à la République. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 184-187; MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina*: alguns aspectos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2006. p. 134.

13. Sobre a importância das academias para o reconhecimento popular das ciências naturais e humanas e para a transformação social no iluminismo europeu, BÖDEKER, Hans Erich. Accademie. In: FERRONE, Vicenzo; ROCHE, Daniel. *L'Iluminismo*: dizionario storico. Bari: Laterza, 2007. p. 263 e 268-269.

14. Os múltiplos interesses político-criminais devem ser analisados considerando que "o povo, por si mesmo, quer sempre o bem, mas nem sempre percebe por si mesmo" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001. p. 78).

15. Esse conhecimento é utilizado posteriormente no controle de constitucionalidade, STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, 20.08.2015, p. 8-9.

16. Jakobs entende que avaliação se a diminuição das liberdade do cidadão "trata-se de sobrecriminalização desnecessária ou da defesa de algo nuclear" seria algo que só poderia ser feito "politicamente e não pela ciência do direto penal" (JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken, oder: Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts? *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtwissenschaft*. Berlin, v. 107, 1995. p. 855).

17. JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken, oder: Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts? *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtwissenschaft*. Berlin, v. 107, 1995. p. 855.

A segunda reconhece características e limites ontológicos na realidade que condicionam a existência humana, a organização social e, por consequência, a elaboração dos conceitos jurídicos e da lei. As leis humanas não podem revogar ou contrariar as leis naturais caso se pretendam justas e efetivas, v.g., anular a Lei da Gravidade, a Lei da Inércia, a Lei da Causalidade, o limite temporal da vida humana etc.[18] A atividade legislativa significa o ajuizamento sobre interesses políticos com base em parâmetros naturais, culturais, valorativos, finalísticos, mais do que uma simples escolha entre interesses político-ideológicos. As regras previstas nas leis penais são a previsão de juízos antecipados do Poder Judiciário, fundados em juízos prévios do legislador e não apenas de meras escolhas legislativas.

Tecnicamente há a possibilidade de identificar a inadequação do diagnóstico e do prognóstico do interesse político-criminal em relação à realidade na qual pretende intervir,[19] v.g., pretender diminuir o número de assassinatos por meio da ampla liberação do acesso a armas pela população; evitar o consumo de drogas leves, estritamente por meio da proibição da posse, ao invés de redes de prevenção e de desintoxicação de usuários.

Além disso, há limites jurídicos procedimentais e materiais na produção legislativa.[20] A produção legislativa deve ajuizar sobre a melhor política pública de cuidado dos problemas sociais, em concretização dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), dos objetivos fundamentais (art. 3º da CF) e dos direitos individuais e coletivos (art. 5º a 12 da CF). A ultrapassagem dos limites ontológicos pelo legislador cria os perigos de ineficácia e injustiça da legislação, ao passo que a ultrapassagem dos limites jurídicos ocasiona os perigos de invalidade e injustiça.

As ciências criminais devem oferecer referenciais empíricos e científicos da criminologia, do direito penal e da política criminal a fim de avaliar e orientar os interesses político-criminais das propostas legislativas.[21] A criminologia pode

18. Para mais detalhes, ver RUIVO, Marcelo. *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. p. 37-45 e 225-234.

19. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJe* 26.03.2012, p. 26; STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, *DJe* 20.08.2015, p. 9.

20. STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, *DJe* 20.08.2015, p. 6 e 7.

21. Para mais detalhes, RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, nov. 2017. p. 328 e ss. Na Espanha, BECERRA MUÑOZ, José. Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por

contribuir empírica e culturalmente para o entendimento das características do conflito social e da forma de funcionamento do sistema jurídico em relação ao problema. O direito penal indica os pressupostos, fundamentos, etapas e limites da intervenção penal que se concretizam em juízos de merecimento, carência e dignidade penal.[22] A política criminal pode ofertar melhor esclarecimento acerca das "estratégias práticas de tratamento de significativos conflitos sociais" considerando os "princípios fundamentais, os conceitos e a narrativa dos fenômenos oriundos da criminologia e do direito penal".[23]

A obrigatoriedade de fundamentação das propostas legislativas é um meio de alta importância para a avaliação e controle racional da qualidade das propostas político-criminais.

III. Formas de avaliação da proporcionalidade no direito penal

As formas de avaliação da proporcionalidade no direito penal são três. A primeira é a mais conhecida e consiste na forma clássica introduzida pelo Iluminismo penal.[24] Trata-se de avaliação valorativa da proporção entre o crime e a pena[25] que possui a dimensão concreta e a dimensão abstrata. A dimensão concreta refere-se à proporção entre o desvalor do fato julgado ou entre a reprovação do fato

parte del gobierno. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 142 e ss., 145.

22. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 40, 43-44 e 47.

23. RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 329, nov. 2017.

24. FILANGIERI, Gaetano. *La scienza della legislazione*. Napoli: Grimaldi & C. Editori, 2003 (Reimpressão Parigi, Estabilimento tipografico di carlo derrey, 1853). p. 190, 225-226; MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: GF Flammarion, 1979. v. 1. p. 329; p. 184-186; ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la justice en France*: de la monarchie absolue à la République. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 176.

25. Por exemplo, CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*: parte generale. 11. ed. Firenze: Casa Editrice Libraria Fratelli Cammelli, 1924. v. 2. p. 81; HART, Herbert Lionel Adolf. *Punishment and responsibility*: essays in the philosophy of law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 25; PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*: parte generale. 6. ed. Torino: Giappichelli, 2016. p. 29-30. A teoria do direito penal desenvolve também há décadas o estudo dos critérios de avaliação valorativa do que consiste o "uso moderado dos meios necessários" para repelir a injusta agressão na legítima defesa do art. 25 do CP.

(culpa do autor do fato) e a pena aplicada ao autor do fato na sentença. A dimensão abstrata cuida da proporção entre a conduta incriminada e a previsão abstrata da pena mínima e máxima na moldura penal (proporção interna ao tipo penal). Esse é o referencial do legislador para a proporção entre as diversas molduras penais dos crimes do ordenamento penal (proporção externa aos tipos penais).[26]

É possível identificar exemplos de desproporcionalidade das penas abstratas previstas no Código Penal. Primeiro, o concurso de pessoas qualifica o furto (art. 155, § 4º, IV, do CP),[27] crime contra o patrimônio, e apenas agrava (art. 62 do CP)[28] a lesão corporal (art. 129 do CP),[29] crime contra a integridade física, fazendo com que as penas mínima e máxima do crime contra o patrimônio sejam injustificadamente maiores que as do crime contra a integridade física. Segundo, a lesão corporal em situação de violência doméstica (art. 129, § 9º, do CP)[30] prevê moldura penal menor que a do furto simples (art. 155 do CP),[31] de modo que a ofensa ao bem jurídico mais relevante prevê pena mínima quatro vezes menor e pena máxima um ano menor.

Os critérios comparativos entre as previsões das molduras penais dos crimes na legislação são o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, razão pela qual é legítimo punir mais gravemente o homicídio doloso que o culposo, mesmo

26. A proporção externa entre crimes com desvalor da conduta e do resultado comparáveis é o que Faria Costa denomina como "teoria da perequação" (COSTA, José de Faria. *Direito penal especial*: contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 58).

27. "Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: [...] Furto qualificado § 4º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: [...] IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas".

28. "Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa".

29. "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano."

30. "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos."

31. "Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa."

diante de igual desvalor do resultado ofensivo. Atualmente, o dever de proporção entre a pena e o fato criminoso é o limite máximo que a pena criminal pode chegar na retribuição do fato, mas não significa a rigorosa exigência imperativa de punição na mesma dimensão do fato praticado.[32] A retribuição é apenas o fundamento da pena criminal, ou seja, o primeiro dos quatro elementos da teoria da pena, devendo a punição observar outros três elementos com respectivas três questões: finalidades (para que punir?), tipo de pena (como punir?) e punibilidade (quando punir?).[33] Portanto, a análise resultante dos três outros elementos pode acarretar o abrandamento ou a isenção da punição.[34]

A segunda forma remete à avaliação finalística da proporcionalidade desenvolvida nas últimas décadas, propondo a análise teleológica da "relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim".[35] Para isso a dogmática do direito constitucional oferece três níveis sucessivos de análise das finalidades legais. É uma metodologia de controle eminentemente de utilidade prática da lei penal, que pretende controlar se a norma apresenta-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito ao fim prático que motivou a sua proposição.

A terceira forma funda-se em avaliação valorativa e finalística, que aproveita os conceitos e critérios valorativos clássicos do direito penal em aproximação à dogmática constitucional.[36] Assim aperfeiçoa a análise finalística da utilidade prática da relação causal entre meio legal e fim legal do direito constitucional com a introdução de conceitos valorativos específicos do direito penal. É a

32. A atual retribuição da culpa do autor do fato não é retribuição talional idêntica que encontra impedimentos fático e jurídico. O impedimento fático diz respeito à impossibilidade de punição talional idêntica do duplo ou múltiplo homicídio. A impossibilidade jurídica ocorre nos ordenamentos que não preveem a pena de morte para o crime de homicídio, v.g., o brasileiro que veda constitucionalmente a pena de morte (art. 5º, XLVII, *a*, CF).

33. RUIVO, Marcelo. O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas., *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, jul.-ago. 2016. p. 165 e 185.

34. RUIVO, Marcelo. O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, jul.-ago. 2016. p. 171-172.

35. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 205.

36. Para mais detalhes, RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 37-54.

verificação prática das finalidades legais com a avaliação valorativa legal, por meio de metodologia capaz de satisfazer as particularidades históricas e metodológicas das dogmáticas dos direitos constitucional e penal.[37] Ao fim, toda finalidade legal somente recebe a qualificação de positiva ou negativa de acordo com a relação mantida com algum valor reconhecido pelo direito penal. Observa-se a proporção entre a culpabilidade (reprovação do condenado) e a pena, bem como se verifica a utilidade prática da norma penal considerando elementos valorativos materiais. É a metodologia dessa orientação dos interesses político-criminais que se pretende expor teoricamente.

IV. Fundamento e sentido do dever de proporcionalidade

O desenvolvimento da personalidade e da liberdade individual é inevitavelmente limitado em sociedade,[38] razão pela qual são necessários a identificação e o estudo dos limites jurídicos do direito de liberdade. A proteção do livre desenvolvimento da personalidade e da liberdade individual ocorre por meio da restrição da liberdade de outros, pois o direito penal funciona por meio da proteção de bens jurídicos restringindo igualmente bens jurídicos. A matriz da intervenção penal justa situa-se na proporção equilibrada dos polos do binômio liberdade--segurança.[39]

A noção de proporção – situada no núcleo do dever de proporcionalidade –[40] é aquisição analítica do patrimônio cultural da humanidade. No Código do Rei

37. Sobre diferenças no entendimento da proporcionalidade entre a dogmática do direito público em geral e do direito penal em específico, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 79-81.

38. STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, *DJe* 20.08.2015, p. 36.

39. Beccaria pressupõe esse equilíbrio quando se refere à percepção da necessidade de leis por homens que tinham "uma liberdade tornada inútil pela incerteza de ser conservada" e "sacrificaram parte dela para gozar o restante com segurança e tranquilidade" (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 63). Rousseau, a partir de uma noção de "lei como vontade geral", afirma que é "possível ser livre e submetido às leis, já que elas são apenas registros das nossas vontades" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001. p. 77 e 81).

40. Sem a noção de proporção, não se pode comparar graus de adequação de diferentes meios determinados para o cumprimento de um fim pretendido e nem mesmo se os benefícios ou vantagens do fim superam os prejuízos ou desvantagens decorrentes do meio.

Hamurabi, da primeira dinastia do Império Babilônico,[41] encontra-se a expressão do chamado Princípio Talional, conhecido pela máxima do "olho por olho, dente por dente". Se essa reconhecida máxima de proporção parece excessiva na atualidade, não se pode esquecer que foi um ganho histórico na preservação das relações sociais e no impedimento que a reprimenda fosse vingativa excedendo a agressão realizada. É também o melhor referencial punitivo para a prevenção de crimes que reforça a igualdade entre os envolvidos sem distinguir ricos e pobres.[42] Mesmo assim se identificam casos de exigência de proporção fática que se demonstram exagerados contemporaneamente, v.g. se uma casa mal construída desaba causando a morte de um filho do dono da casa, então o filho do construtor será condenado à morte (§ 230).[43]

O direito hebraico, seguindo o estilo narrativo semelhante e parte das orientações do Princípio Talional do direito babilônico,[44] avança na humanização penal com a proposta de atenuação das penas, sobretudo em relação à pena de morte.[45]

41. HARPER, Robert Francis. *The code of Hammurabi king of babylon, about 2250 B.C.* Transliteração e Tradução de Robert Francis Harper. 2. ed. Chicago: Chicago University Press, 1904. p. XI.

42. DRAPKIN, Israel. Crimes and punishments in ancient hebrew laws. In: SCHWIND, Hans-Dieter; BERZ, Ulrich; HERZBERG, Rolf; GEILEN, Gerd; WARDA, Günther. *Festschrift für Günter Blau zum 70*. Geburtstag am 18. December 1985. Berlin: de Gruyter, 1985. p. 614.

43. O "§ 230 If it cause the death of a son of the owner of the house, they shall put to death a son of that builder" refere-se ao desabamento da casa mal-construída pelo construtor do § 229 "If a builder build a house for a man and do not make its construction firm, and the house which he has built collapse and cause the death of the owner of the house, that builder shall be put to death" (HARPER, Robert Francis. *The code of Hammurabi king of babylon, about 2250 B.C.* Transliteração e tradução . Robert Francis Harper. 2. ed. Chicago: Chicago University Press, 1904. p. 81).

44. DRAPKIN, Israel. Crimes and punishments in ancient hebrew laws. In: SCHWIND, Hans-Dieter; BERZ, Ulrich; HERZBERG, Rolf; GEILEN, Gerd; WARDA, Günther. *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*. Berlin: de Gruyter, 1985. p. 613.

45. É o exemplo do crime de furto da propriedade do templo que previa a pena de morte, no Código de Hamurabi "§ 6. If a man steal the property of a god (temple) or palace, that man shall be put to death; and he who receives from his hand the stolen (property) shall also be put to death" (HARPER, Robert Francis. *The code of Hammurabi king of babylon, about 2250 B.C.* Transliteração e Tradução de Robert Francis Harper. 2. ed. Chicago: Chicago University Press, 1904. p. 18), e a reparação segundo o direito hebraico, previsto no antigo testamento "Se alguém roubar um boi, ou uma ovelha, e abatê-lo ou vendê-lo, terá que restituir cinco bois pelo boi e quatro ovelhas pela ovelha" (Êxodo, 22:1).

No período talmúdico, inicia-se a distinção entre punição talional "idêntica", v.g., um olho por um olho, o que impedia a retirada da visão de um olho de um cego que haveria retirado um dos olhos da vítima, e "equivalente", que se propunha a uma compensação monetária restaurativa do dano causado.[46] O caso da pena de morte para o filho do construtor da casa que desaba matando o filho do proprietário apresenta outra solução diferente da Seção 230 do Código de Hamurabi. No antigo testamento, consta o princípio da pessoalidade da pena, segundo o qual "os pais não serão mortos em lugar dos filhos, nem os filhos em lugar dos pais; cada um morrerá pelo seu próprio pecado" (Deuteronômio. 24:16).

No humanismo penal do século XVIII, teorizou-se sobre a necessidade da legislação em geral e consolidou-se o princípio da intervenção penal estritamente necessária, ou seja, a lei penal não pode ser vulgarizada, mas, sim, utilizada somente quando indispensável. Rousseau destacou a "necessidade de um legislador" como alguém capaz de unir entendimentos e vontades na sociedade, possibilitando o "exato concurso das partes e, finalmente, a maior força do todo" sobre a vontade do príncipe e de poucos indivíduos.[47] Filangieri apresenta a necessidade da pena como uma imprescindibilidade para a segurança obtida com a igual "observância das leis" por todos.[48]

Montesquieu, diante da questão sobre "os meios naturais de mudar os costumes e maneiras de uma nação", afirmou que "toda pena que não deriva da necessidade é tirânica".[49] Isso é uma conclusão que parte do princípio de que "a lei não é um puro ato de poder", portanto "as coisas indiferentes à sua natureza não são do seu âmbito".[50] Beccaria desenvolve o ensinamento de que "toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Montesquieu – é tirânica", compreendendo que o fundamento do soberano punir os delitos é a "necessidade de defender o depósito do bem estar público das usurpações particulares".[51]

---

46. DRAPKIN, Israel. Crimes and punishments in ancient hebrew laws. In: SCHWIND, Hans-Dieter; BERZ, Ulrich; HERZBERG, Rolf; GEILEN, Gerd; WARDA, Günther. *Festschrift für Günter Blau zum 70*. Geburtstag am 18. Dezember 1985. Berlin: de Gruyter, 1985. p. 614.
47. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001. p. 79.
48. FILANGIERI, Gaetano. *La scienza della legislazione*. Napoli: Grimaldi & C. Editori, 2003 (Reimpressão Parigi, Estabilimento tipografico di carlo derrey, 1853). p. 189-190.
49. MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: GF Flammarion, 1979. v. 1. p. 467-468.
50. MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: GF Flammarion, 1979. v. 1. p. 468.
51. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 64.

O fundamento do dever de proporcionalidade advém do Estado Democrático de Direito[52] e da necessidade de ponderação entre direitos fundamentais em colisão.[53] Além disso, a Constituição Federal do Brasil prevê expressamente o critério da proporção como limite, por exemplo, na pessoalidade da pena, no dever de reparar o dano e o perdimento de bens no limite do valor herdado pelos sucessores (art. 5º, XLV, CF),[54] no direito de "resposta proporcional ao agravo" (art. 5º, V, CF),[55] a "representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares" nas mesas e comissões das casas do congresso nacional (art. 58, 1º, CF),[56]

52. BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e o respeito aos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, 1994, n. 34, p. 281; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 63-64 e 75; FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 159, nota 252. Ingo Sarlet refere à vedação ao excesso de poder (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 396). Sobre as origens e a história da afirmação da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, ver LAURENTIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução* dogmática. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 101 e ss. e 104 e ss.

53. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 112; SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002, p. 43-44; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 31; ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 176; PRIETO DEL PINO, Ana María. Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 279-280. Assim, apresentando como um princípio "implícito no art. 5º, *caput*, da Constituição da República", SANTOS, Juarez Cirino, *Direito penal*: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 27. Miguel Reale Júnior acrescenta o princípio da proporcionalidade como pressuposto da do objetivo fundamental republicano de construir uma "sociedade justa", previsto no art. 3º, I, da CF (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 32).

54. "Art. 5º [...] XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido".

55. "Art. 5º [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

56. "Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão,

distribuição das cotas da contribuição social do salário-educação proporcional ao número de alunos matriculados" (art. 212, § 6º).[57] A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 fixou, além da anterioridade da lei penal,[58] a necessidade da intervenção penal com a redação "a lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias" (art. 8º, DDHC).

Na ordem jurídica estrangeira, a Constituição portuguesa apresenta o critério da necessidade da restrição legal de direitos fundamentais somente quando "para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (art. 18, 2, CRP)[59] como fundamento legal do princípio da proporcionalidade indicado pela doutrina.[60] No direito europeu, o art. 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950 garante o direito à vida de qualquer pessoa, prevendo as exceções de pena de morte quando prevista em lei e da morte decorrente do uso da força quando "tornado absolutamente necessário" em três hipóteses taxativas (art. 2º).[61]

é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa".

57. "Art. 212. [...] § 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino".

58. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 147.

59. "Art. 18.º Força jurídica (...) 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

60. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 201, 211 e ss.; CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal:* parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 52; DIAS, Augusto Silva. Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra os interesses dos consumidores no anteprejecto de código do consumidor. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3. p. 564; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: parte geral, as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. 2. p. 446; ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, v. 22, 2012. p. 255 e 260; COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal* (*fragmenta* iuris poenalis). 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 115 e 173; ABRAHÃO, Marcela Rosa. *As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 186.

61. "Art. 2° Direito à vida 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. (...) 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força,

V. Os conceitos penais analíticos dos interesses político-criminais

A dogmática penal tem enfrentado o problema da criminalização de condutas por meio de dois conceitos: a necessidade de pena e a dignidade penal do comportamento.[62] A análise dos interesses criminalizadores considerando apenas dois critérios é insuficiente para a sua avaliação e orientação. É possível ganhar maior exatidão com três níveis penais sucessivos, correspondentes aos tradicionais níveis da dogmática do direito constitucional: (1) merecimento de tutela penal, (2) carência ou necessidade de tutela penal e (3) dignidade de tutela penal.

(1) Merecimento de tutela penal é o primeiro nível de verificação do reconhecimento jurídico-axiológico do valor. Especificamente investiga o reconhecimento constitucional expresso ou implícito como valores aptos a receber tutela penal. Nem todos os valores sociais sabidamente relevantes – mesmo quando expressos na Constituição – são reconhecidos como merecedores de proteção na subsidiária e fragmentária intervenção penal (*ultima ratio legis*), v.g., amizade, amor, educação, boa cultura, esporte, lazer. O merecimento de tutela penal refere-se ao reconhecimento do valor como bem jurídico, sem indicar algo sobre eventual carência ou necessidade da intervenção penal, pois "nem todo aquele que é merecedor de algo necessita disso".[63]

(2) Carência ou necessidade de tutela penal é a exigência específica de tutela penal do valor empiricamente comprovada. É uma análise que leva em consideração as práticas sociais relacionadas ao valor e às condições do direito penal efetivamente oferecer tutela jurídica. A carência de intervenção penal ocorre quando comprovadamente outras disciplinas menos invasivas do ordenamento não são suficientes para a proteção do valor (subsidiariedade do direito penal).[64] Igualmente não quer dizer que um valor seja carecedor de tutela penal diante de

---

tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição."

62. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 51; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 669.

63. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45.

64. KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gesselschaft, 2009. p. 37; COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal* (fragmenta iuris poenalis). 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 173.

todos os tipos de ofensa, nomeadamente de dano e de perigo de dano (fragmentariedade do direito penal). A verificação da necessidade de tutela penal é decorrência da garantia da segurança jurídica de que somente ocorrerá intervenção na liberdade quando a lei for absolutamente necessária (art. 5º, XXXVI e XXXIX, CF; art. 2º, parágrafo único, CP) para prevenir e punir conduta causadora de ofensa ao bem jurídico (art. 13 do CP). A necessidade de tutela penal está concretizada na legislação penal, especificamente na afirmação da desnecessidade de punição ou impunibilidade do "ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio" de conduta que não chega a ser tentada (art. 31, CP) e da tentativa de contravenção penal (art. 4º, LCP).

(3) Dignidade penal é a última etapa de verificação no sentido da eventual criminalização de uma conduta que reúne informações das duas últimas análises anteriores.[65] Trata-se da análise da dignidade jurídica do bem conferida pela proteção penal do valor, levando em consideração o reconhecimento jurídico do desvalor social da conduta proibida e a pena prevista em abstrato. É aqui que se aloca atualmente a forma clássica de avaliação da proporção entre conduta proibida e pena prevista. A dignidade penal é a análise do "equilíbrio da positivação a ser dada pela legislação" ou o "reconhecimento do grau de dignidade conferido pela lei penal".[66] A aferição de dignidade penal reúne diversas orientações legais sobre a parte objetiva da conduta, em relação à graduação da ofensa ao bem jurídico (art. 98, I, da CF e arts. 14 e 16 do CP), e subjetiva em relação à proibição apenas excepcional da conduta culposa (art. 18, parágrafo único, do CP).

A dignidade penal considera níveis de tutela penal dos bens jurídicos, considerando que nem todos os bens possuem dignidade de tutela tão ampla como a ofertada ao bem jurídico vida, v.g. proteção contra ofensa de dano dolosa (art. 121, *caput*, do CP), de dano culposa (art. 121, § 3º, do CP), de perigo de dano dolosa (art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, do CP).

65. Entendo a dignidade penal como primeira etapa de análise da incriminação como sinônimo do aqui entendido merecimento de pena, no Brasil, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 137-162, seguindo ANDRADE, Manuel da Costa. A 'dignidade penal' e a 'carência de tutela penal' como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa. a. 2, f. 2, p. 173-205, 1992. Sobre as vantagens de entender a dignidade penal com um conceito de chegada que reúne diversos critérios, RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45.

66. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45.

Há bens protegidos somente diante de ofensas dolosas de dano, v.g. a honra (arts. 138, 139, 140), a privacidade do domicílio (art. 150 do CP), a verdade e transparência e o patrimônio no sistema financeiro (art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86). Esses bens até poderiam eventualmente carecer de tutela penal diante de ofensas culposas, mas o direito, considerando o excesso da intervenção penal, não o faz.

VI. A teoria de orientação dos interesses político-criminais com base na proporcionalidade e nos conceitos penais

6.1. Adequação e merecimento da tutela penal

A adequação da intervenção penal tem como pergunta fundamental se a lei penal é apta à obtenção de um determinado resultado prático esperado. A verificação da adequação penal é guiada pelo conhecimento valorativo e empírico das ciências criminais. O direito penal é a disciplina jurídica mais interventiva nos direitos fundamentais do cidadão e de maior reprovação ético-jurídica diante da violação do mandamento normativo. A pena criminal pode até significar, em termos práticos, menor intervenção em direito fundamental que o possibilitado em outras disciplinas do direito – v.g., multa tributária, sanções administrativas, indenizações cíveis –, mas sempre carrega consigo o juízo mais grave de reprovação jurídica. Também por isso não se pode exigir do direito penal respostas satisfatórias em hipóteses nas quais é inadequado ou desqualificado para intervir segundo os seus fundamentos, regras, princípios e conceitos fundamentais, apenas porque outras disciplinas jurídicas falham.

O exame da "relação empírica entre o meio e o fim", na avaliação se o meio leva "à realização do fim"[67], pode resultar esvaziado em direito penal, caso não se estude a adequação de modo efetivamente empírico a partir do conhecimento das ciências criminais.[68] Na elaboração do projeto de lei é necessário verificar o diagnóstico do fenômeno e o prognóstico legislativo, com base na experiência

67. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 208.

68. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Alemão, na segunda decisão sobre os limites do aborto em 1993, exigiu a "proteção adequada" e "eficiente" do bem jurídico, fundada em "cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis" e, portanto, não afirmou que a tutela jurídica necessite ser penal (*BVerfGE* 88, 203 In: SCHWABE, Jürgen, *Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 280).

do direito comparado[69] ou, residualmente, sobre fenômenos sociais muito semelhantes. Depois do início da vigência da legislação, a verificação volta-se aos efeitos práticos produzidos no funcionamento do sistema penal. Caso contrário, em uma avaliação meramente lógico-abstrata – independente da frequência e da qualidade de obtenção do resultado –[70] bastaria que a lei penal fosse hipoteticamente capaz de desestimular a prática da conduta de um único cidadão para que a intervenção penal estivesse sempre adequada.

A potencialização da verificação empírica da adequação penal antecipa para o juízo de adequação questões tradicionalmente tratadas pelo direito constitucional apenas na necessidade da tutela penal. Questões essas abordadas no segundo momento de avaliação da proporcionalidade, mesmo quando são iguais ou mais propriamente problemas de adequação ou merecimento do que de necessidade e carência de tutela penal.

Há reconhecidos exemplos históricos de inadequação da intervenção penal em relação aos resultados pretendidos, *v.g.*, a abolição da criminalização da tentativa de suicídio na Inglaterra, considerando-se que a lei penal mostrou-se incapaz de mudar os desígnios do potencial suicida. No Brasil, tem-se a abolição penal do crime de adultério (art. 240 do CP) em 2005, que tutelava penalmente a "honra conjugal".[71] A doutrina já contestava historicamente a "eficácia da lei para reprimir o adultério", considerando que "não é o Código Penal a garantia da honra conjugal".[72] Veja-se que a verificação histórica da inadequação do direito penal encontra-se em conjunto com a avaliação contemporânea de desmerecimento de tutela penal da honra conjugal.[73]

---

69. Sobre a política criminal comparada e a avaliação *ex ante* da política criminal, ver BECERRA MUÑOZ, José. Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por parte del gobierno. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 144 e 162-164.
70. Existe o perigo de presunção de maior grau de eficácia do direito penal diante da falta de dados empíricos, PRIETO DEL PINO, Ana María. Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidade en sentido amplio: el principio de subsidiariedad. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 304.
71. CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Os delitos contra a honra da mulher*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 39, 47 e 253.
72. CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Os delitos contra a honra da mulher*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 47.
73. Isso não significa que a honra conjugal não seja protegida por outras disciplinas do ordenamento jurídico, como o direito civil.

A jurisprudência constitucional brasileira reconhece a inadequação da criminalização de "meras infrações administrativas, as *quais não têm aptidão para produzir*, sequer potencialmente, qualquer perigo em concreto para o bem jurídico".[74] Entende-se inadequada para a proteção do bem jurídico a criminalização de condutas que "apenas de forma excepcional podem ensejar tal perigo".[75] Atualmente, é debatido politicamente a adequação do direito penal em relação a dois fenômenos, com significativos referenciais científicos, legislativos e jurisprudenciais internacionais, que orientam a redução do âmbito de intervenção penal. (1) A inadequação da criminalização do uso de drogas para prevenir o uso por toxicodependentes. Em Portugal, constatou-se a inadequação no controle do uso de drogas com base no sistema de "criminalização total", pois mesmo com a ameaça de pena de prisão não se conseguiu diminuir a estatística de usuários.[76] Trata-se de mudança no entendimento do problema, que passou a ser cuidado como questão de saúde pública e, portanto, como ilícito de mera ordenação social[77], e não ilícito penal, já que a conduta compulsiva do uso de drogas exige tratamento médico e não penal.[78] Os dados recolhidos entre a descriminalização de 2001 até o ano de 2013 demonstram a queda significativa do número de dependentes encontrados na posse de drogas, o que comprova empiricamente a eficácia da despenalização para libertar o toxicodependente da compulsão da droga.[79]

(2) A inadequação do direito penal para proteger a vida intrauterina por meio da criminalização da interrupção voluntária da gravidez. As altíssimas cifras ocultas do crime de aborto são expressão da ineficácia penal na proteção da vida

74. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJe* 26.03.2012, p. 31.

75. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJe* 26.03.2012, p. 31.

76. ESPÍRITO SANTO, Carla Alexandra Neves da Cunha Lima. *Contributo para uma visão crítica do regime jurídico do consumo de drogas*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. p. 7-8.

77. Sobre a natureza contraordenacional do ilícito, MONTEIRO, Cristina Líbano. Consumo de drogas na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n. 30/2000. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. f. 1. p. 68-72.

78. ESPÍRITO SANTO, Carla Alexandra Neves da Cunha . *Contributo para uma visão crítica do regime jurídico do consumo de drogas*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. p. 7-9 e 16.

79. ESPÍRITO SANTO, Carla Alexandra Neves da Cunha Lima. *Contributo para uma visão crítica do regime jurídico do consumo de drogas*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. p. 16-17.

do embrião.[80] Por exemplo, em Portugal, a interrupção voluntária da gravidez, embora proibida, foi frequentemente realizada em "estabelecimento de saúde, mesmo público", até a sua permissão pela Lei 16/2007, de 17.04..[81] O art. 142 do CP português, que prevê a interrupção da gravidez não punível, passou a incluir no n. 1 a alínea *e*, dedicada à hipótese de ser "realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez". [82]

O merecimento questiona se interesse de proteção possui valor constitucionalmente reconhecido como bem jurídico merecedor de tutela penal. Para além dos casos citados, há valores sociais que não merecem tutela penal, e, por consequência, a intervenção do ordenamento penal seria inevitavelmente inadequada. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a interpretação que incluía o feto anencéfalo no âmbito de proteção dos crimes de aborto dos arts. 124 e 126 do CP.[83] O reconhecimento jurídico dos limites do valor vida humana, a partir de características biológicas, situa-se na base dessa decisão. A conclusão foi de que a vida do feto anencéfalo não está abrangida pelo conceito de vida humana, merecedor de tutela penal nos tipos dos arts. 124 e 126, portanto a "interrupção da gravidez de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica".[84]

Há ainda casos excepcionais, nos quais o bem jurídico que inspirou o legislador deixa de merecer tutela penal e, mesmo assim, o tipo penal permanece com interpretação conforme a Constituição, por tutelar outro bem jurídico. Tem-se o exemplo do crime de manutenção de casa de prostituição (art. 229 do CP), que se dizia tutelar a "moral sexual"[85] e atualmente protege a "dignidade sexual da pes-

80. Sobre a necessidade de pesquisas empírico-sociológicas sobre a eficácia do direito para verificar se a aptidão de tutela ou se a criminalização do aborto não é um "oneroso desserviço à causa da própria vida" (ANDRADE, Manuel da Costa. O aborto como problema de política criminal. *Separata de Revista da Ardem dos Advogados*, 1979. p. 6-7).

81. DIAS, Jorge de Figueiredo. Nótula antes do art. 142. In: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário conimbricense do CódigopPenal, parte especial*: arts. 131 a 201. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 1, §§ 1 e 8.

82. "Art. 142 Interrupção da gravidez não punível 1 – Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: [...] e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez."

83. STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 29.04.2013, *RTJ* 226-01/11).

84. STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 29.04.2013, *RTJ* 226-01/11). p. 55, 57--58, 112, 152, 222 e 226.

85. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1988-1995. p. 257.

soa prostituída",[86] o que reduz significativamente os limites do tipo apenas para os casos de prostituição com exploração sexual.

Superada a análise conjunta da adequação da intervenção penal e do merecimento de pena, deve-se verificar a necessidade e carência de tutela penal, pois nem todos os bens merecedores de tutela carecem de tutela penal.

6.2. Necessidade e carência de tutela penal

A necessidade é o exame se existe outros meios igualmente adequados e menos interventivos aos direitos fundamentais que o meio elegido para atingir o fim.[87] Em termos penais, a questão é saber se existe alternativa à criminalização da conduta para o tratamento do conflito (v.g., direito civil, administrativo, tributário, consumidor, ambiental) ou a intervenção penal mostra-se obrigatória.[88] A verificação da necessidade e carência de tutela penal é uma análise empírica do contexto social que a criminologia deve oferecer referenciais precisos para guiar a análise dos interesses político-criminais envolvidos. Trata-se da constatação de que o direito penal é disciplina jurídica indispensável para a tutela do valor, diante da incapacidade de outras disciplinas do direito.[89]

A criminalização tende a demandar menos recursos ao Estado que a estruturação efetiva de um sistema preventivo da conduta desvaliosa, todavia a constatação da falta de implementação dos necessários meios de prevenção, fiscalização e controle não é suficiente para indicar a carência de tutela penal. É preciso demonstrar a específica necessidade do direito penal em razão das suas características e dos instrumentos que efetivamente dispõe para cumprir as finalidades não alcançadas por outras áreas do direito.

A relação entre a necessidade da tutela penal e a eficiência do direito penal é tema carente de pesquisas científicas empíricas, v.g. os efeitos da política de trânsito brasileira. Hipótese interessante é se a maior probabilidade de sofrer

86. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Comentário ao art. 229. In: REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 673.

87. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 214-215.

88. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 852-853; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 83.

89. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., *DJe* 26.03.2012, p. 32.

sanção administrativa em cidades com melhor fiscalização alterou mais a conduta dos motoristas que anteriormente dirigiam automóveis sem cinto de segurança (art. 167 do CTB) e motocicletas sem capacete (art. 244 do CTB). A segunda questão é se a criminalização da embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) teria alcançado a mesma alteração de comportamento dos motoristas em cidades com diferentes níveis de fiscalização e se eventualmente, nas cidades com baixa fiscalização, a mudança comportamental teria sido ainda menor que a provocada pela ameaça da sanção administrativa nas cidades com fiscalização rigorosa. Trata-se dos efeitos da "prontidão das penas"[90] necessárias e proporcionais para a maior orientação dos destinatários da norma do que penas excessivamente aflitivas e pouco prováveis. Isto é, se a certeza da sanção administrativa decorrente da infração orientaria mais a conduta do destinatário da norma que a ameaça abstrata e pouco provável de uma pena. Essas são variáveis que devem ser observadas no momento do ajuizamento sobre eventual carência da tutela penal.

Há bens carentes de tutela penal apenas diante de ofensas causadas por terceiros e não autolesões, v.g., a integridade física diante de autolesão, de heterolesões desejadas (furar orelha para colocar brinco, *piercing*, tatuagem) ou de autocolocações em perigo, todas sem prejuízo para terceiros; o patrimônio diante do desperdício de dinheiro sem perigo para terceiros; a honra objetiva diante da autodifamação. Exemplo de desnecessidade da intervenção penal foi evidenciado em relação à contravenção penal de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 da LCP)[91] não recepcionada pela Constituição. Constatou-se que se a proteção penal do bem jurídico diante dessa conduta fosse realmente necessária, não se limitaria o "tipo apenas à determinados agentes", o que "demonstra que a tipificação penal pode ser suprida por outras medidas alternativas".[92] Em outras palavras, caso a contravenção penal fosse realmente necessária, "o legislador teria criado a infração para punir todos que portassem os instrumentos descritos no tipo incriminador".[93]

90. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 84-85, 102 e 163.

91. "Art. 25. Ter alguem em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis".

92. STF, RE 583.523, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 03.10.2013, *DJe* 22.10.2014, p. 29.

93. STF, RE 583.523, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 03.10.2013, *DJe* 22.10.2014, p. 29.

Outro caso diz respeito à eventual criminalização da posse de arma de fogo sem munição em relação ao crime do art. 14 da Lei 10.826/03.[94] Segundo o critério da ofensividade ao bem jurídico, os bens jurídicos integridade física ou incolumidade popular não sofrem qualquer perigo significativo diante da arma sem munição. Especificamente os crimes de perigo abstrato possuem legitimidade constitucional derivada da inexistência de outros meios jurídicos eficazes à proteção do bem jurídico e menos interventivos na liberdade, de outra maneira "serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade".[95] Por fim, a confirmação da carência de tutela penal, mediante o afastamento de alternativas menos adequadas para o tratamento do conflito, não indica exatamente o grau de tutela que deve ser ofertado ao bem jurídico. Essa é uma questão própria do juízo de dignidade de tutela penal.

6.3. Proporcionalidade em sentido estrito e dignidade da tutela penal

A proporcionalidade em sentido estrito[96] ou a "justa medida",[97] a "comparação",[98] a "ponderação ou sopesamento" entre "a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva".[99] Essa pon-

94. STF, ROHC 81.057-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 29.04.2005, Ementário 2189-2.

95. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., *DJe* 26.03.2012, p. 32.

96. Alguns entendem a proporcionalidade em sentido estrito (SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista da Ajuris,* Porto Alegre, v. 26, n. 75, set.-nov. 1999. p. 276) ou mesmo a proporcionalidade em geral como sinônimo de razoabilidade (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martíres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255). Em sentido contrário, distinguindo a proporcionalidade da razoabilidade, SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002. p. 29-30.

97. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 269; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v. 1. p. 393 e ss.

98. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 217.

99. SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002. p. 40.

deração exige o equilíbrio "entre os valores que se restringem e os valores que se protegem",[100] o que inevitavelmente encontra a restrição da liberdade toda vez que se protege penalmente algum valor.[101]

Os juízos de proporcionalidade em sentido estrito e de dignidade da tutela penal ofertam maior orientação aos interesses político-criminais, na identificação justa medida entre a restrição da liberdade e a tutela de valores sociais.[102] Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal declarou não recepcionado o art. 25 da LCP, em razão da inadequação e desnecessidade do tipo para a tutela dos bens jurídicos patrimônio e incolumidade pública exclusivamente a alguns autores.[103] Verificou-se a tutela aquém do grau de dignidade dos bens jurídicos e em violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e igualdade (art. 5º, *caput*, I, CF) ao se basear restritivamente em "critérios discriminatórios (condenação anterior ou condição social e econômica)".[104]

Os mandatos constitucionais expressos de proteção penal de bens jurídicos presumem as verificações da adequação e necessidade da intervenção penal (v.g. proteção penal do meio ambiente). Mesmo assim não superam a necessidade de balanceamento entre os benefícios e prejuízos decorrentes da legislação penal.[105]

Igualmente não há a definição constitucional de conceitos fundamentais para a criminalização que são próprios do direito penal, v.g.: (1) a descrição exata das características da conduta que deve ser criminalizada (art. 236, § 1º, da CF, responsabilidade criminal dos notários); (2) a identificação dos valores específicos

100. DIAS, Augusto Silva. De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 345.

101. Sobre a indispensabilidade do controle da proporcionalidade das razões invocadas para sacrifícios à liberdade individual, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 756 e 761-762.

102. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., *DJe* 26.03.2012, p. 32; STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, *DJe* 20.08.2015, p. 11.

103. STF, RE 583523, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 03.10.2013, *DJe* 22.10.2014, p. 29.

104. STF, RE 583523, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 03.10.2013, *DJe* 22.10.2014, p. 1 e 29.

105. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 113-114. Em sentido semelhante, D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. Constituição e direito penal, novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira. *IBCCRIM 25 anos,* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 55.

a serem protegidos entre áreas ou ordens de valores, v.g. a flora e a fauna em relação ao meio ambiente (art. 225, § 3º, da CF), o patrimônio em relação aos sistema-financeiro (art. 173, § 5º, da CF); (3) a definição da técnica de tutela que deve ser empregada legislativamente na proteção do bem jurídico; (4) a proibição da eventual modalidade culposa da conduta; (5) a espécie de pena e quantidade de pena prevista em abstrato. Todas essas são questões que específicas de uma análise de proporcionalidade em sentido estrito e dignidade de tutela penal a ser concedida.

VII. Conclusão

A orientação científica dos três poderes públicos somente pode ser cumprida se a Universidade for efetivamente espaço aberto para o debate de múltiplos interesses e concepções político-criminais. A solução justa surge da análise e ponderação de diferentes visões sobre o fenômeno criminal. Se a Universidade quer efetivamente orientar a produção da legislação e a realização judicial do direito, precisa cumprir a sua função propositiva para além da atividade crítica.

A proposta teórica da metodologia trifásica do dever de proporcionalidade em união com os conceitos penais permite harmonizar valores, princípios, critérios, fundamentos e finalidades das ciências criminais orientadores da avaliação dos interesses político-criminais. Primeiro, há a indagação da adequação e do merecimento da tutela penal do valor. Segundo, tem-se a verificação da necessidade de intervenção penal, ou seja, se o valor realmente carece de proteção penal. Terceiro, há avaliação da superação dos benefícios da intervenção penal em relação às restrições da liberdade (proporcionalidade em sentido estrito), nomeadamente o grau de dignidade de tutela penal do valor.

VIII. Bibliografia

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 22, p. 201-260, 2012

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie, eine Grundlegung zum Strafrecht; ein Studienbuch*. 4. ed. München: Beck, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa. O aborto como problema de política criminal. *Separata de Revista da Ordem dos Advogados*, p. 1-31, 1979.

ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, a. 2, f. 2, p. 173-205, 1992.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

BECERRA MUÑOZ, José. Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por parte del gobierno. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

BÖDEKER, Hans Erich. Accademie. In: FERRONE, Vicenzo; ROCHE, Daniel. *L'Illuminismo*: dizionario storico. Bari: Laterza, 2007.

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e o respeito aos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, n. 34, p. 275-291, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*: parte generale. 11. ed. Firenze: Casa Editrice Libraria Fratelli Cammelli, 1924. v. 2.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal*: parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Os delitos contra a honra da mulher*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORREIA, Eduardo. *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 53, 1977.

COSTA, José de Faria. *Direito penal especial*: contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. Constituição e direito penal: novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira. *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

DIAS, Augusto Silva. De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. *Direito* penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DIAS, Augusto Silva. Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra os interesses dos consumidores no anteprejecto de código do consumidor. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3.

DIAS, Augusto Silva. De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: parte geral, as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. 2.

DRAPKIN, Israel. Crimes and punishments in ancient hebrew laws. In: SCHWIND, Hans-Dieter; BERZ, Ulrich; HERZBERG, Rolf; GEILEN, Gerd; WARDA, Günther. *Festschrift für Günter Blau zum 70*. Geburtstag am 18. Dezember 1985. Berlin: de Gruyter, 1985.

ESPÍRITO SANTO, Carla Alexandra Neves da Cunha Lima. *Contributo para uma visão crítica do regime jurídico do consumo de drogas*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

FILANGIERI, Gaetano. *La scienza della legislazione*. Napoli: Grimaldi & C. Editori, 2003 (Reimpressão Parigi, Estabilimento tipografico di carlo derrey, 1853).

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

HARPER, Robert Francis. *The code of Hammurabi king of babylon*: about 2250 B.C. Transliteração e Tradução de Robert Francis Harper. 2. ed. Chicago: Chicago University Press, 1904.

HART, Herbert Lionel Adolf. *Punishment and responsibility*: essays in the philosophy of law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken, oder: Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts? *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtwissenschaft*. Berlin, v. 107, p. 843-876, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gesselschaft, 2009.

LAINGUI, André; LEBIGRE, Arlette. *Histoire du droit penal*: la procédure criminelle. Paris: Cujas, 1979.

LAURENTIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional*: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina*: alguns aspectos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martíres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILL, John Stuart. *On liberty.* In: MILL, John Stuart. *On liberty and other essays*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MONTEIRO, Cristina Líbano. Consumo de drogas na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n. 30/2000. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, f. 1, p. 67-98, 2011.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: GF Flammarion, 1979. v. 1.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1988-1995.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*: parte generale. 6. ed. Torino: Giamppichelli Editore, 2016.

PRIETO DEL PINO, Ana María. Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidade en sentido amplio: el principio de subsidiariedad. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001.

ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la justice en France*: de la monarchie absolue à la République. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, p. 163-190, jul.-ago. 2016.

RUIVO, Marcelo Almeida. *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 323-345, nov. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 268-286, set.-nov. 1999.

SCHWABE, Jürgen, *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Comentário ao art. 229. In: REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004.

VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. ed. Berlin: Springer, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RBCCrim* 85/267-296 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/467-494 (DTR\2010\222); e
- Verificação e revisão dos fatos e prognoses legislativos das normas penais pela jurisdição constitucional, de Ricardo Pedro Bom Filho – *RT* 881/442 (DTR\2009\207).

La inflación penal del discurso discrepante: un análisis a través de la jurisprudencia más reciente

The inflation of criminal law in conflicting discourse: an analysis through the most recent jurisprudence

María Concepción Gorjón Barranco
Profesora Ayudante Doctora, Universidad de Salamanca.
mcgb@usal.es

Recebido em: 30.04.2018
Aprovado em: 20.06.2018
Última versão da autora: 24.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumen: En los últimos años asistimos a una redimensión del discurso en general gracias a internet y las redes sociales. Con ello, hemos caído en el castigo del discurso de odio discrepante, de un discurso molesto que ha llevado a sus autores ante la Audiencia Nacional. El objetivo de este trabajo es revisar los últimos casos y ajustarlos a un concepto restringido de odio, tanto en los preceptos penales como en su aplicación en los tribunales.

Palabras clave: Discurso de odio – Delitos de odio – Libertad de expresión – Ideología discrepante.

Abstract: In the latest six years, we have resized the discurse thanks to the internet and social networks. But at the same time, we have fallen into the punishment of hate speech, that has led its authors to the National Court. The objective of this paper is to review the latest cases and adjust them to a restricted concept of hatred, both in the criminal code and in their application in the courts.

Keywords: Hate speech – Hate crimes – Freedom of expression – Dissenting ideology.

Sumário: Introducción. I. Ciberodio: alcance y datos. 1. Discurso de odio como delito. 1.1. Técnicas de incorporación del odio al derecho penal. 1.2. Los orígenes de la tipificación del odio. 1.3. Datos y algunos casos conocidos. 2. Análisis y propuesta a partir de un caso actual. II. Inflación legislativa penal y falta de racionalidad: cómo distinguir los tipos penales. 1. La incitación al odio en el art. 510 CP. 2. El enaltecimiento y humillacion de las víctimas del terrorismo del art. 578 CP. III. Algunas consideraciones finales. Bibliografía.

Introducción

"Audiencia Nacional contra twitter", así comienzan muchas de las noticias que en España han ocupado nuestros medios de comunicación en los últimos años[1]. El desembarco de las redes sociales ha llevado a redimensionar un fenómeno que no es nuevo, y que no es otro que expresarse con cierto odio discriminatorio hacia determinados colectivos o personas. Lo que resulta novedoso es la reacción frente el mismo cuando se realiza a través de internet debido al alcance que ese discurso puede tener[2]. Ocurre que nuestros tipos penales no dejan claros los límites de cuándo este discurso de odio deja de estar amparado por la libertad de expresión y se convierte en delito de odio. En los últimos años asistimos a una serie de casos juzgados por el Derecho penal relacionados con tuiteros, que han acabado declarando nada más y nada menos que ante la Audiencia Nacional por un delito de enaltecimiento del terrorismo[3]. La mayoría de estos tuits hacen referencia a discursos políticamente incorrectos, reflejo de un humor negro, un discurso poco respetuoso, pero que en la mayoría de los casos no merecen ser juzgados por una legislación de excepción como lo es el delito de enaltecimiento del terrorismo.

El objetivo de este trabajo es poner de manifiesto la actual criminalización del discurso políticamente incorrecto en internet. Por eso, trataremos de demostrar que son varias las circunstancias que han llevado a estos ciudadanos ante la AN, entre ellas, la utilización de internet con su fuerza propagandística, la amplitud de los tipos penales que criminalizan el odio, y sobre todo la no existencia de una frontera delictiva clara y, el solapamiento de algunos de estos preceptos en la legislación española, como el art. 510 CP y el art. 578 CP, unido a una práctica judicial expansiva. En muchos de estos casos, son varios los preceptos que

1. "La Audiencia Nacional contra Twitter: arrancan siete juicios por comentarios en redes sociales", [https://www.eldiario.es/politica/Audiencia-Nacional-Twitter-comentarios-sociales_0_615939174.html], "La Audiencia Nacional condena a prisión a dos internautas por humillar a Pilar Manjón en Twitter", [http://www.elmundo.es/espana/2017/12/13/5a314228ca4741ac7d8b4666.html].
2. Al respecto resulta muy ilustrativo LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.; "La libertad de expresión y el código penal", 28 de marzo de 2017, consultar en [http://almacendederecho.org/la-libertad-expresion-codigo-penal/], y el miso autor, "El honor y el código penal", 18 de abril de 2017, en [http://almacendederecho.org/honor-codigo-penal/].
3. Sobre la excepcionalidad de la AN y su capacidad de enjuiciar delitos de apología terrorista, consultar LAMARCA PÉREZ, C.; "Legislación penal española y delitos de terrorismo: la supresión de garantías", en PORTILLA CONTRERAS, G./ PÉREZ CEPEDA, A.; *Terrorismo y contraterrerorismo en el s. XXI. Un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, p. 177.

se podrían haber tomado en consideración antes que acudir al tipo del enaltecimiento del terrorismo, como por ejemplo el mencionado art. 510 CP, pero que en cualquier caso, la mayoría de estas conductas ni siquiera tendrían que haber sido juzgadas por encontrarse amparadas por la libertad de expresión, y constituirse simplemente como un discurso político molesto.

Para desarrollar este objetivo, en primer lugar, partiremos de un concepto restringido de discurso de odio delictivo. Para ello repasaremos los casos más relevantes, pero centrándonos en concreto en el caso del tuitero objeto de condena por la SAN 2/2017 de 26 de enero y TS 72/2018 de 9 de febrero, ambas referidas al mismo supuesto. A raíz de la solución que ofrece para este caso el TS, propondremos una interpretación más restringida a los preceptos clave reguladores del odio por causas ideológicas o políticas, esto es, el art. 510 CP y el art. 578 CP.

I. Ciberodio: alcance y datos

El odio es una emoción humana, pero no una conducta ilícita es sí misma, motivo por el cual su uso dentro del código penal plantea no pocos problemas interpretativos[4].

En los seis o siente últimos años, es común escuchar en los medios de comunicación sobre incidentes relacionados con delitos de odio. Sin embargo, es un concepto más o menos nuevo en el Derecho penal continental, más propio del Derecho anglosajón, donde tiene su origen (*hate crime*). Un delito de odio puede definirse como un delito motivado por intolerancia, es decir, por prejuicios o animadversión que niegan dignidad y derechos a personas y colectivos que estiman diferentes[5]. En definitiva, crímenes motivados por el rechazo de un grupo social identificable, grupos definidos por raza, religión, orientación sexual, discapacidades, etnicidad, nacionalidad, edad, género, etc[6]. Así entendido, el odio

4. REY MARTÍNEZ, F.; "Discurso del odio y Racismo líquido", en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.), Libertad de expresión y discursos del odio, en Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos humanos, Universidad de Alcalá, 2015, p. 62.
5. IBARRA, E.; "Materiales Didácticos n.º 4 Contra la Discriminación y el Delito de Odio Solidaridad con la Víctima del Racismo, Xenofobia e Intolerancia Movimiento contra la Intolerancia", Oficina de Solidaridad con las Víctimas del Delito de Odio y Discriminación, Madrid, P.8. [http://www.mecd.gob.es/educacion-mecd/ca/dms/mecd/educacion-mecd/mc/convivencia-escolar/recursos/publicaciones/Mat--Did--n-4--Inmigraci-n.pdf].
6. ANIYAR DE CASTRO, L.; "Los crímenes de odio: discurso político y delincuencia violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la criminología crítica en

se configura como el elemento que inspira la conducta del delincuente[7]. Sin embargo, el fin último de estos delitos parece ser el de proteger a ciertos colectivos discriminados históricamente en una determinada sociedad. Partir de un punto de vista u otro, esto es, de la motivación del autor o de la protección de determinados grupos, tendrá consecuencias en cuanto al modelo de tipificación del odio como comprobaremos en el apartado siguiente.

Como ya se ha mencionado, en la actualidad el discurso de odio se caracteriza por la proliferación del uso de internet que facilita la difusión y también porque su persecución entra en conflicto con otros valores fundamentales como lo es la libertad de expresión (máxime en internet)[8]. Otro de los factores que contribuye a la propagación del discurso del odio es el éxito electoral de partidos políticos y movimientos de extrema derecha en toda Europa[9]. Así como la utilización del mismo con fines propagandísticos y extensión del mensaje de la Yihad[10]. Por eso, el ciberodio hace referencia de manera amplia a todas aquellas conductas motivadas por esta emoción, el odio a determinadas características de una persona o colectivo, y realizadas a través de internet. Pero siendo respetuosos con la utilización del Derecho penal es esta esfera,

> en un sentido estricto, solo englobaría aquellas conductas que tienen lugar en la Red que se encuentran motivadas por el odio o que presentan un contenido de este tipo que, además, por su lesividad (efectiva o potencial) ya se encuentran tipificadas en el Código Penal, conformando así una subcategoría dentro de los denominados delitos de odio[11].

Venezuela en los inicios del siglo XXI", en Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del Control Social, Vol. 36, Nº. 2, 2008, p. 13.

7. DÍAZ LÓPEZ, J.A.; El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del art. 22.4 CP, Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 69.
8. GÜERI FERRÁNDEZ, C.; "La especialización de la Fiscalía en materia de deltios de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso de odio en España", INDRET, Revista para el análisis del Derecho, núm. 1, enero 2015, p. 15.
9. LÓPEZ ORTEGA, A, I.; "Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011--2015)", en Revista sociológica de pensamiento crítico, núm. 11 (1), p. 51.
10. Sobre los usos de internet por parte de la Yihad, consultar CANO PAÑOS, M. A.; "Internet y Terrorismo islamista. Aspectos criminológicos y legales", en Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, Nº. 22, 2008, p. 68-69. También MIRÓ LLINARES, F; El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 129.
11. MORETÓN TOQUERO, MARÍA ARÁNZAZU.; "El Ciberodio: la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión", en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 27, mayo 2012, p. 5.

Es este aspecto el que hay que valorar para saber si es delictivo o no un determinado discurso vertido en internet, su lesividad, pero lo cierto es que la técnica legislativa empleada no ayuda a fijar la frontera entre lo prohibido y lo permitido.

1. Discurso de odio como delito

1.1. Técnicas de incorporación del odio al derecho penal

Se pueden diferenciar dos modelos para tipificar el odio en el ámbito legislativo, uno se basa en la motivación que lleva a actuar al autor (modelo del ánimo) y otro se centra en las características de las víctimas de la discriminación (modelo de selección discriminatoria)[12]. De esta forma, en el modelo del ánimo, lo que se castiga es que el autor actúe llevado por una determinada motivación, esto es, actúa por motivos discriminatorios hacia características de la identidad de la víctima. Por su parte, el modelo de la discriminación selectiva restringe la agravación a los casos en los que el sujeto activo forma parte del grupo mayoritario, y la víctima del grupo tradicionalmente discriminado, por lo que el hecho discriminatorio es capaz de generar efectos discriminatorios sobre el colectivo de la víctima[13].

Según nuestra opinión, el Derecho antidiscriminatorio en España parece formarse a partir del segundo modelo[14], debido a que lo que ponen de manifiesto aquellos delitos que conforman el conjunto antidiscriminatorio son las características de las víctimas, orientados hacia la tutela de minorías, grupos sociales especialmente débiles o sensibles[15]. Por tanto, somos partidarios de que estos tipos penales antidiscriminatorios se deberían configurar todos desde el sujeto pasivo, y no tanto desde el sujeto activo. Una cuestión que ya fue puesta de manifiesto desde la tramitación del art. 22.4 en el Parlamento por el Grupo Mixto, eludiendo la palabra motivaciones y tratando de poner el acento en la víctima[16].

---

12. DÍAZ LÓPEZ, J.A.; El odio discriminatorio como agravante penal…, op. cit., p. 115 y ss.
13. Ibídem.
14. Sobre el Derecho penal antidiscriminatorio, consultar LAURENZO COPELLO, P.: "La discriminación en el código penal de 1995", en Estudios penales y criminológicos, núm. 19, 1996.
15. LANDA GOROSTIZA, J. M.; La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, Comares, Granada, 2001, p. 11.
16. HORTAL IBARRA, J. C.; "La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP): Una propuesta restrictiva de interpretación", en Cuadernos de política Criminal, núm. 108, Época II, diciembre 2012, p. 44. En contra de entender que algunos preceptos se refieren a la víctima y se centran en la motivación del agresor, el odio se configura como el elemento inspirador de la conducta DÍAZ LÓPEZ, J.A.; El odio discriminatorio como agravante penal…, op. cit., p. 69.

En base a estos dos modelos, y siguiendo a LANDA habría dos posibilidades de incorporar el odio a las legislaciones penales: Por un lado, el modelo europeo (incluido el Reino Unido) que hacen del delito de provocación xenófoba la figura central en la materia. Y por otro lado, el modelo de Estados Unidos que se decanta por leyes agravatorias de delitos comunes y rechaza la tipificación de un delito autónomo de provocación xenófoba por su posible inconstitucionalidad al ir directamente en contra de la libertad de expresión regulada en la primera enmienda[17].

Pero a su vez, el modelo europeo puede subdividirse, de tal forma que existen dos modelos dentro de Europa. Por un lado, el modelo político criminal restringido de Reino Unido y países germánicos, que incluyen un delito de provocación. Por otro lado, el modelo político criminal europeo expandido (de los países latinos como Francia, Italia o Portugal), que además del delito de provocación incorporan el modelo estadounidense de las agravantes genéricas. Por su parte, el modelo español es mixto y expansivo y acumula las dos estrategias,

> se revela como el más expansivo de los países latinos: se produce, como en aquellos, una suerte de síntesis acumulativa que incorpora el delito de provocación (y complementariamente el de asociaciones) propio del modelo europeo restringido y, por otro lado, también una agravante genérica y tipos cualificados (delito de amenazas, delito de revelación y descubrimiento de secretos) en la línea legislativa de los EE.UU.[18]

Este es un primer acercamiento que nos puede llevar a hablar de cierta inflación en nuestro código penal tipificadora del odio discriminatorio.

Como veremos, el código penal recoge delitos autónomos propios del modelo europeo (sobre todo el art. 510 CP) y también agravantes y delitos cualificados más en la órbita del modelo político-criminal de EEUU (sobre todo la agravante genérica discriminatoria del art. 22.4 CP) [19].

1.2. Los orígenes de la tipificación del odio

Desde 1995 la legislación española se propuso adelantar las barreras penales para proteger, frente a discursos discriminatorios, violentos o de odio, a colectivos

17. LANDA GOROSTIZA, J. M.; "Racismo, xenofobia y Estado democrático", en Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología núm. 18, 2004, p. 65.
18. LANDA GOROSTIZA, J. M.; "Racismo, xenofobia y Estado democrático", …, op. cit., p. 67.
19. Sobre la revisión de los delitos que responden a un modelo y otro, LANDA GOROSTIZA, J. M.; La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, Comares, Granada, 2001, p. 115 y ss. y p. 178 y ss.

desfavorecidos, lo que LANDA denomina grupos diana[20]. En un primer momento, este deseo respondía a la trasposición de la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965. Para ello, el legislador introdujo el art. 510 CP, que lejos de ceñirse a la lucha contra la xenofobia como recomendaba el art. 4 de la citada Convención[21], amplió las causas con una proyección general antidiscriminatoria[22]. De tal forma que las causas discriminatorias recogidas en el precepto del art. 510 CP no se refieren solo a la xenofobia sino a un amplio catálogo de causas discriminatorias, extendiéndose a

> motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.[23]

Dentro del código penal, el art. 510 CP supone el escalón más adelantado de la intervención penal en esta materia[24], por lo que habría que aplicarlo con cautela.

---

20. LANDA GOROSTIZA, J. M.; "Incitaicón al odio: Evolución jurisprudencial (1995--2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la. STS 259/2011- librería Kalki – y a la STC 235/2007)", en Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª época, núm. 7, 2012, p. 303.
21. El art. 4 de la Convención condena toda "propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación".
22. El art. 510 constituye el eje del denominado Derecho penal antidiscriminatorio, para más información LAURENZO COPELLO, P.: "La discriminación en el código penal de 1995", en Estudios penales y criminológicos, núm. 19, 1996.
23. Críticamente, sobre la extensión de las causas discriminatorias más allá de la xenofobia consultar LANDA GOROSTIZA, J. M.; La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, Comares, Granada, 2001, p. 249-250.
24. LANDA GOROSTIZA, J. M.; La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, op. cit., p. 249.

Quizás ese sea el motivo para que desde 1995 hasta 2011 solo haya habido cuatro condenas por el art. 510 CP[25]. Sin embargo, a raíz de la generalización del uso de redes sociales, la cifra ha dado un giro. ¿Somos ahora más xenófobos o discrepantes que en 2011? o ¿lo que ha cambiado han sido las estrategias de persecución de determinadas expresiones discriminatorias? Lo que nos resulta más grave, el discurso discriminador por motivo de ideología lejos de juzgarse por el 510 se está llevando por su específico, el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas del art. 578 CP. Por tanto, se ha pasado de la casi no aplicación de nuestro delito de odio por excelencia, el art. 510 CP, a no dejar de ver en los medios de comunicación que la AN juzga casi a diario delitos de odio en su expresión más radical como el enaltecimiento del terrorismo humillación de sus víctimas.

Por eso es importante que tipos penales que adelantan sobremanera la barrera penal y que además, incluyen palabras tan poco precisas como el odio, se reformen y se atengan al principio de taxatividad. La mayor crítica que puede hacerse a la mayoría de estos delitos es que son tipos penales demasiado abiertos, tan poco precisos que resulta casi imposible establecer con claridad su contenido y límites[26]. Tipos que se construyen a través de lo que RAWLS denomina *burdens of judgment*, esto es, "lastres o cargas o insuficiencias del análisis, insuficiencias de datos o de diferenciaciones, que llevan al disenso a ciudadanos razonables"[27]. En definitiva, el legislador resulta poco taxativo, y utiliza una defectuosa técnica legislativa, con una redacción un tanto críptica de estos preceptos[28], que hace imposible establecer los límites entre lo permitido y lo prohibido. De estos vacíos traen causa los problemas interpretativos a los que estamos asistiendo en su práctica jurisprudencial en los últimos años. Y lo que es más grave, que la no delimitación de lo prohibido en este caso puede llevar al efecto desaliento, a que se produzca una menor expresión política por miedo al castigo, en definitiva, a menos Democracia[29]. Debemos destacar la conexión entre tolerancia y libertad de

25. LANDA GOROSTIZA, J. M.; "Incitaicón al odio: Evolución jurisprudencial (1995--2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata…, op. cit., p. 300-302.
26. LAURENZO COPELLO, P.: "La discriminación en el código penal de 1995", op. cit., p. 249.
27. LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.; "La libertad de expresión y el código penal", 28 de marzo de 2017, consultar en [http://almacendederecho.org/la-libertad-expresion--codigo-penal/].
28. LANDA GOROSTIZA, J. M.; La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, Comares, Granada, 2001, p. 102.
29. LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.; "La libertad de expresión y el código penal", 28 de marzo de 2017, consultar en [http://almacendederecho.org/la-libertad-expresion-codigo-penal/].

expresión, muchas veces las palabras y las ideas hacen daño, pero esto también forma parte del juego en Democracia.[30]

Nos proponemos analizar estos delitos y su aplicación en los tribunales en los últimos años, para finalmente proponer medidas y criterios restrictivos de estos tipos penales que de *lege ferenda* sirvan para racionalizar tanto su tipificación como su aplicación.

1.3. Datos y algunos casos conocidos

Como sabemos, uno de los medios para conocer las cifras de criminalidad existentes, proviene de los datos registrados por la policía. El Anuario estadístico del Ministerio del Interior es uno de los instrumentos con los que la policía da a conocer el número de delitos registrados. Como novedad, el Anuario en 2014 introduce un apartado dedicado a la cibercriminalidad[31]. Al mismo tiempo, desde 2013, la policía comienza a dar a conocer los incidentes delictivos motivados por odio en España, cuestión que ya venía siendo objeto de crítica por parte de varios organismos a nivel europeo[32].

De esta forma, el Informe sobre evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España de 2016 dedica un apartado al discurso de odio. En el mismo, se llega a la conclusión de que "entre los hechos conocidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad relativos al discurso de odio o hate speech, los ámbitos de ideología,

> racismo y xenofobia, discapacidad y orientación e identidad sexual son los que muestran mayor incidencia en 2016, con un total 123 casos registrados. Las amenazas, hechos discriminatorios e injurias se computan como los hechos delictivos que más se repiten, siendo Internet (42,3%), la telefonía/comunicaciones (21,1%) los medios más empleados para la comisión de estos hechos. A continuación, aunque a mayor distancia, se emplean otras vías de comunicación como las redes sociales (15,4%) y los medios de comunicación social (4,1%).[33]

30. BILBAO UBILLOS, J. M.; "La negación del genocidio no es una conducta punible (Comentario a la STC 235/2007)", en Revista española de Derecho Constitucional, núm. 85, enero-abril, 2009, p. 300.
31. El Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, que será publicado próximamente, introduce un apartado dedicado a la cibercriminalidad, p. 5 [http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/Avance+datos+ciberciminalidad+2013.pdf/5de24ec-6-b1cc-4451-bd06-50d93c006815].
32. LÓPEZ ORTEGA, A.I.; "Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011--2015)", op. cit., p. 52.
33. Informe sobre evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España de 2016, consultar en [http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479

Recoger datos nos ayuda a conocer mejor nuestra realidad, y sí, parece que los datos demuestran que nuestra sociedad es racista[34], intolerante en general, pero confiar que sea el Derecho penal el que encuentre la solución supone un brindis al sol, que desembarca en una legislación simbólica[35]. Lo cierto es que el miedo a la amenaza del ciberterrorismo, a la posible existencia de un cibercalifato global que pueda atentar contra las infraestructuras críticas de los Estados o sus ciudadanos, que propaga un discurso radial de odio a occidente, ha servido a los poderes públicos para blindar el ciberespacio y convertirlo en una suerte de panóptico y un instrumento de control que legitima estrategias contraterroristas, pero que van más allá del ciberterrorismo. Deslizando de esta manera el foco de atención a conductas y expresiones discrepantes, equiparándolo a una amenaza terrorista.

Consecuencia directa de lo anterior, es que las denominadas autopistas de la información están siendo analizadas con lupa por parte de los Estados, véase por ejemplo los resultados de las cuatro operaciones araña que se han llevado a cabo en España en los últimos años[36]. El problema, es que estas operaciones han posibilitado la interceptación de mensajes publicados en redes sociales, de tal forma que, desde la primera de ellas de abril de 2014 hasta abril de 2016, 73 personas habrían sido detenidas como parte de la operación[37]. Tal es así que desde AI, se critica que en Europa

> los Estados reforzaron considerablemente sus poderes de vigilancia, desobedeciendo reiteradas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según las cuales la vigilancia secreta y la interceptación y conservación de datos de comunicaciones violaban el derecho a la privacidad si no se basaban en una sospecha razonable de actividad delictiva grave ni se ejercían en la medida estrictamente necesaria para contribuir de manera efectiva a combatir esa actividad. Ambos tribunales habían declarado en repetidas ocasiones que la legislación nacional sobre

677/Informe+2016+delitos+de+odio+en+España/6746b021-9197-48a0-833b--12067eb89778].

34. REY MARTÍNEZ, F.; "Discurso del odio y Racismo líquido", op. cit.

35. A favor de reconocer que la tipificación de los delitos de odio se inserta dentro del moderno Derecho penal y del Derecho penal simbólico LANDA GOROSTIZA, J. M.; La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, op. cit., p. 5, 100-101.

36. Las operaciones araña llevadas a cabo en España han sido cuatro: Operación Araña I (abril de 2014); Operación Araña II (noviembre de 2014); 2 Operación Araña III (mayo de 2015); Operación Araña IV (abril de 2016).

37. Informe 2016/17 amnistía internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo, p. 183, en [https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/4800/2017/es/].

> vigilancia debía ofrecer garantías suficientes frente al uso indebido, como la autorización previa de un tribunal u otra autoridad independiente[38].

Podemos afirmar que se ha declarado la guerra en la red, con el correspondiente impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos, legalizando en la práctica un espionaje masivo en nombre de la prevención del terrorismo[39].

De los numerosos casos que han caído dentro de la operación araña resaltamos el caso de Cassandra Vera, una estudiante de historia de Murcia que utilizó su perfil de twitter para expresarse de la siguiente manera sobre Carrero Blanco: "ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial". "Película: "A tres metros sobre el cielo" Producción: ETA Films. Director: Argala . Protagonista: Carrero Blanco. Género: Carrera espacial". "Kissinger le regaló a Carrero Blanco un trozo de la luna, ETA le pagó el viaje a ella[40]".

Como comprobaremos, Cassandra no es la única que ha acabado declarando en la Audiencia Nacional por sus expresiones, ha habido otros muchos casos, que sin ánimo de ser exhaustivos traemos a colación, como el del abogado Arkaitz Terrón quien escribió los siguientes tuits: "No entiendo por qué la placa a Carrero Blanco no se la ponen los productores de cava. ¡El día que ETA lo hizo volar se descorcharon muchas botellas!", o el tuit: "Roma acoge este sábado una cumbre de la extrema derecha europa. Estando ahí juntitos...Un 'Carrero' no estaría mal" o "Juan Carlos Primero, más alto que Carrero"[41].

Muy especialmente estas condenas han afectado a cantantes, la mayoría raperos, como el caso de César Strawberry, cantante de Def con Dos, quien habría protagonizado los siguientes tuits: "El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO", "a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora", "Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina", "Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado", "Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco", o "Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!

38. Ídem, p. 50.
39. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; "Servicios de inteligencia y contraterrorismo", en en PORTILLA CONTRERAS, G./ PÉREZ CEPEDA, A.; *Terrorismo y contraterrerorismo en el s. XXI. Un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, p. 132-134.
40. SAN 9/ 2017, de 29 de marzo, más conocido como el caso Cassandra. El TS acaba absolviéndola del delito de enaltecimieno mediante STS 95/2018 de 26 de febrero.
41. La AN mediante SAN 9/2017 de 29 de marzo condenó por delito de enaltecimiento del terrorismo, y el TS, por la STS 95/2018 le absolvió.

Otro usuario le dice: "ya tendrás el regalo preparado no? ¿Qué le vas a regalar? A lo que contesta: "un roscón-bomba[42]".

Por último, rescatamos los tuits de un político, Guillermo Zapata, quien además es guionista de televisión, cortometrajista, ha sido también Concejal del Ayuntamiento de Madrid por Ahora Madrid, quien utilizaba su cuenta de twitter para expresarse de la siguiente manera; "¿Cómo meterías a cinco millones de judíos en un 600? En el cenicero", o del tipo "Han tenido que cerrar el cementerio de Alcásser para que Irene Villa no vaya a por repuestos[43]".

Estos tuits, que han sido calificados por la mayoría de la literatura científica como humor negro, como ofensas sin entidad penal, o como crítica y odio político[44], han acabado siendo juzgados ni siquiera por un delito de odio, sino por enaltecimiento del terrorismo. Veamos cómo lo han manejado los tribunales.

2. Análisis y propuesta a partir de un caso actual

De todos los casos ocurridos en los últimos tiempos, queremos detenernos en uno, a través del que reflexionaremos sobre el adelantamiento de las barreras penales y la inflación penal que supone tipificar el odio ideológico en varios preceptos. Lo haremos a través de los argumentos dados tanto por la AN[45] como por el TS[46].

Por ello nos referiremos a un asunto que nos parece interesante en aras de comprobar el efectivo acercamiento del art. 510 y el art. 578 CP. Nos referimos al caso del tuitero que en sus cuentas se expresaba de la siguiente manera;

1. En fecha de 17 de diciembre de 2015: "53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas".

42. La AN: SAN 20/2016 de 18 de julio absolvió al cantante, pero la STS 4/2017 le condenó por enaltecimiento del terrorismo.

43. Abuelto por SAN 35/2016 de 15 de noviembre Se puede consultar la sentencia en [http://estaticos.elmundo.es/documentos/2016/11/15/SentenciaZapata.pdf].

44. Entre otros autores, los más críticos: PORTILLA CONTRERAS, G.; "El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas", en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet, Marial Pons, Madrid, p. 87-88. MIRÓ LLINARES, F.; "Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet, Marial Pons, Madrid, p. 22, y ALCACER GUIRAO, R.; "Discurso del odio y discurso político" en defensa de la libertad de los intolerantes, en Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, núm. 14, 2012, p. 16.

45. SAN 2/2017 de 26 de enero.

46. STS 72/2018 de 9 de febrero.

2. El 31 de diciembre de 2015: "Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca, pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias".

3. El 31 de diciembre de 2015: "Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande".

4. El 31 de diciembre de 2015: "Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre".

Ya estos tuits provocaron que dos personas distintas, una el 1 de enero de 2016 en la Comisaría de Policía de Santa Cruz de Tenerife y otra el día 3 de enero en la Comisaría de Policía de Zamora interpusieran denuncia por esos tuits. Esto provocó que el día 7 de enero de 2016 una de sus cuentas fuera suspendida por Twitter.

Pero nuestro tuitero continuó en el mismo tono en los días posteriores, en una segunda cuenta publicó los siguientes tuits:

5. El 10 de enero de 2016: "Ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, si van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden".

6. El 14 de enero de 2016 " Patricia era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad".

7. El 14 de enero de 2016 "A mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble".

8. En 16 de enero de 2016 comparte la imagen de una mujer (no consta sí fue víctima de maltrato o violencia de género), con el lema "Ya la he maltratado, tu eres la siguiente".

En este caso, argumenta la AN, que muchos de estos tuits caen bajo el castigo del art. 510.1 CP, porque no son broma ni humor negro, sino que lo que rezuma de ellos es

> una discriminación hacía la mujer, en tanto trato diferente y por debajo que al hombre, con consecuencia negativa para las primeras. Partiendo de esa privación o desventaja en la que se ubica a la mujer, denigrándola así en algunos mensajes, acto continúo a esa consideración que le merecen al acusado, alimenta la explicación a los fatales desenlaces acontecidos a las mismas, que contabiliza, llegando a la conclusión de que se pueden aumentar. Buena prueba de ello son el texto de los dos mensajes de la misma fecha de 14 de enero de 2016, en detrimento de la mujer, a la que ubica en un plano de ínfima consideración personal, y, los relativos al número de las que habían sido asesinadas, a la espera de que se doblase aquel[47].

47. SAN 2/2017 de 26 de enero, dentro de su FJ 2.

Igualmente, entiende la Audiencia Nacional, aunque sin dar demasiadas explicaciones, que además existe un delito de enaltecimiento del terrorismo, ya que estas expresiones no quedan dentro de la libertad de expresión, en tanto que este derecho "no ampara sino al revés, la prohibida alabanza de actividades terroristas al margen de su efectivo y actual acaecimiento[48]". Resuelve sin más, y le condena como autor criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo y otro de incitación al odio.

Bien, dicha sentencia es recurrida tanto por el Ministerio fiscal como por la representación del condenado. El primero porque entiende que no se ha aplicado el tipo agravado de difusión por internet recogido en el apartado 3 del art. 510, ni el apartado 2 del art. 578 CP. El condenado, porque entiende que hay una ausencia de dolo en sus expresiones, alegando que no habría quedado acreditado que su intención fuera la de ofender o incitar al odio con sus manifestaciones.

Respecto del recurso del MF no hay duda, que el art. 510 en su apartado 3 prevé agravar las penas en su mitad superior

> cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

Así como el art. 578 en su apartado 2 impone la mitad superior de la pena

> cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

Está claro que la conducta se ha llevado a cabo en internet, lo que no está tan claro en el precepto es qué puede entenderse por "un elevado número de personas" ¿depende de si el tuitero tiene muchos o pocos seguidores? ¿cuándo son muchos y cuándo son pocos? Una vez más, si el tipo no lo deja resuelto, habrá que asistir a la práctica jurisprudencial para salir de dudas[49]. Dice el TS en su sentencia 72/2018 de 9 de febrero (FJ.1) que "la fundamentación de la agravación radica en la proyección, buscada por el autor, del mensaje que se emite".

48. SAN 2/2017 de 26 de enero, dentro de su FJ 2.

49. MIRÓ LLINARES, F.; "Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet, Marial Pons, Madrid, p. 24 nota al pie 9.

Respecto del delito de enaltecimiento del terrorismo, alega el TS que

> la conducta de enaltecer o justificar el terrorismo se estructura como una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico, sin llegar a integrar una provocación ni directa ni indirecta al delito… Que este delito no es un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta de actos susceptibles de ser tipificados en los tipos penales de terrorismo… Ahora bien, para que la conducta sea típica requiere una cierta concreción de lo que se enaltece o justifica de manera que suponga no un comentario genérico, sino una justificación del acto o de la banda terrorista[50].

Por tanto, veremos que según este criterio no aplicaría en este caso.

Con respecto a la incitación al odio recogida en el art. 510 CP, entiende el TS que "el elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se trasmite de forma genérica". Los Convenios internacionales de los que surge la tipicidad de estas expresiones[51] también "refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo". Nuestra pregunta es; estos tuits ¿refieren una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia? Nos hacemos la pregunta porque una interpretación restrictiva de la misma nos podría llevar a descartar las dos primeras. Esto será objeto de análisis en un apartado posterior.

Por último, en relación a los límites entre ambos preceptos, el art. 510 CP y el 578 CP, el TS manifiesta que "ambos delitos presentan una estructura similar, de lo que el delito de enaltecimiento es la especie del genérico 510, y una problemática parecida, relacionada con la colisión de su punición con el derecho fundamental a la libertad de expresión".

Volviendo al motivo que llevó al autor a recurrir ante el TS, esto es, la existencia o no de dolo, entiende el TS que; "tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico". Simplemente el dolo se constata con la voluntariedad del acto y la constatación de no ser una situación incontrolada, que el TS entiende que no es incontrolado porque se repite varias veces con distintas

50. STS 72/2018 de 9 de febrero, FJ 1.

51. Como la ya mencionada Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, o la más reciente Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

publicaciones, que hace que la conducta sea voluntaria y no una reacción a un estímulo exterior. Por tanto, el dolo concurre "en la medida que no nos encontramos ante un acto puntual, incontrolado e involuntario".

En conclusión, el TS afirma que estas expresiones conforman un delito del art. 510 CP, pero no del 578 CP y lo manifiesta de la siguiente manera:

> Si bien el discurso del odio es claro en su afirmación antijurídica y típica, en la medida en que el autor vierte las expresiones contra las mujeres, y particularmente, respecto de las que han sido objeto de una vejación y un maltrato físico, no concurre la misma intensidad con relación al delito de enaltecimiento del terrorismo, pues el relato fáctico expresa unas manifestaciones genéricas que refieren a sólo falta un atentado en Madrid o una expresión de deseo, por lo demás inapropiada, de un mejor estilo en los actos terroristas, expresiones muy genéricas que no implican la caracterización del delito de peligro en la medida en que no hay concreción del destinatario del acto que se enaltece o de la figura que se pretende reivindicar.

De alguna manera, el TS parte de un concepto restringido del 578 en la medida que entiende que las expresiones de este tuitero son

> muy genéricas, desprovistas de un contenido terrorista e incendiarias en una expresión incardinada en la exteriorización de un odio a las normas de respeto y convivencia y su contenido se incluye dentro del delito más genérico del art. 510, en el que se incluyen esas expresiones para darles un tratamiento unitario y conjunto.

Siguiendo esta línea marcada por el TS, no entendemos por qué este argumento no es predicable también a la hora de aplicar el art. 510 CP, y de esta forma recuperaríamos la doctrina restrictiva que el alto Tribunal habría seguido hasta 2011. Como vimos, desde 1995 hasta 2011 el TS ha seguido una interpretación restringida del art. 510 CP, que culminó con el caso de la librería Kalki[52]. Resulta fundamental seguir con esa visión restrictiva de los delitos de opinión[53]. Por ello, si recuperamos aquel concepto restringido del art. 510 CP recogido en el primer pronunciamiento del TS al respecto (STS 259/2011, caso de la librería *Kalki*), en su FJ 1 alerta de que "es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos". De esta manera, absuelve de la comisión de este delito a los responsables de la librería por difundir ideas genocidas.

52. Caso librería Kalki STS 259/2011 de 12 de abril.

53. REY MARTÍNEZ, F; "Discurso del odio y Racismo líquido", op. cit., p. 61.

Si además de la incitación directa a la comisión de hechos delictivos, seguimos los límites propuestos por LANDA al art. 510 CP, conseguiremos una práctica judicial más racional. El autor apuesta por proyectar los siguientes criterios a la hora de restringir la aplicación del art. 510 CP como son: a) La autoridad del sujeto activo para incitar a la audiencia a quien destina el discurso; b) El tipo de audiencia, no es igual si son menores, o la disposición de la audiencia a actuar; c) El medio de comunicación elegido; d) La intensidad o frecuencia del mensaje; e) la forma o el contenido del mensaje; f) la situación social de la comunidad de destino del discurso o contexto de crisis. Y por último g) la presencia de otros contextos de interferencia en términos de libertades fundamentales[54].

Por tanto, si sumamos el criterio de la incitación directa, y estos propuestos por LANDA, parece difícil establecer que nuestro tuitero hubiese incurrido en el art. 510 CP.

II. Inflación legislativa penal y falta de racionalidad: cómo distinguir los tipos penales

Hemos elegido el caso anterior porque el TS entiende, en contraposición con el criterio de la AN, que en ese caso, tanto los tuits que se refieren a la discriminación de género, como aquellos referentes a la ideología sobre el terrorismo caben en el art. 510 CP, sin necesidad de acudir además al art. 578 CP. Nos preguntamos si quizás éste es un primer acercamiento a entender que existe una cierta inflación de tipos penales que regulan lo mismo, y que por tanto se podría prescindir de alguno de estos preceptos, en concreto del 578 CP.

1. La incitación al odio en el art. 510 CP

Dentro de este precepto (el art. 510 CP) existen dos grupos de delitos diferenciados; de un lado, acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por diversos motivos discriminatorios, así como la negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, y de otro lado, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra estos grupos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, que tendrán una pena mayor cuando supongan acciones de incitación al odio o a la hostilidad[55].

54. LANDA GOROSTIZA, J. M.; "Incitaicón al odio: Evolución jurisprudencial (1995--2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata …, op. cit., p. 342 y ss.

55. Exposición de motivos de la LO 1/2015 de 30 de marzo (sección XXVI).

Dentro del primer grupo, nos centraremos en las conductas de incitación al odio, la violencia o discriminación. La literatura científica se muestra muy crítica con el actual art. 510.1 CP, porque parece tipificar como delito actos preparatorios de actos preparatorios, conductas que adelantan sobremanera la actuación penal a una efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico pluriofensivo que se estará protegiendo[56], esto es, la dignidad, el honor y el derecho a la igualdad y no ser discriminados[57]. Pero además de estos bienes jurídicos individuales el sentido de tutela "debe cifrarse en un objeto supraindividual cual es el de la seguridad existencial de minorías especialmente sensibles frente a ataques que pongan en peligro su confianza en la supervivencia de su grupo[58]". Este nivel supraindividual de análisis lo configura como un delito de peligro abstracto, que debe reconducirse por un peligro cierto y no presunto, de tal modo que se "tutelaría un bien jurídico supraindividual que pretende intervenir en lo que, con una imagen gráfica, se ha venido a definir como la "antesala del holocausto[59]", o un contexto de crisis social. Incluso dentro de este primer apartado (art. 510.1 CP) llama la atención la diversidad de conductas descritas que exige comprobar cuál es el bien jurídico de mayor relevancia en cada apartado. El tipo castiga la incitación directa/indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia, ¿acaso es lo mismo? Siguiendo a PORTILLA, respecto de la incitación directa a la discriminación, se trataría un peligro abstracto de la igualdad. Con la incitación directa a la violencia, se trataría de un peligro abstracto de la seguridad de los grupos. Y en el caso del fomento, promoción, incitación directa/indirecta al odio: ¿qué se lesiona? Según este autor, el peligro de peligro abstracto para la igualdad o seguridad del grupo[60].

Una interpretación restringida nos llevaría a requerir que la instigación se dirija a crear o profundizar actitudes de auténtica hostilidad hacia aquellas personas[61]. Si no fuera así, estaríamos ante conductas tan alejadas de la puesta en peligro del bien jurídico, que cabría preguntarse si merecen un castigo penal.

---

56. PORTILLA CONTRERAS, G.; "La represión penal del "discurso del odio", Álvarez García Francisco Javier (dir.), en Tratado de derecho penal español. Pate especial. IV. Delitos contra la Constitución, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, 722 y ss.
57. DE PABLO SERRANO, A. L.; TAPIA BALLESTEROS, P.; "Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal", Diario La Ley, nº 8911, Sección doctrina, 30 de enero de 2017.
58. LANDA GOROSTIZA, J. M.; "Racismo, xenofobia y Estado democrático", en Cuaderno vasco de Criminología, núm. 18, 2004, p. 71.
59. Ibídem.
60. PORTILLA CONTRERAS, G.; "La represión penal del "discurso del odio", op. cit., p. 728.
61. LAURENZO COPELLO, P.: "La discriminación en el código penal de 1995", op. cit., p. 264.

El segundo grupo de conductas se contienen en el apartado 2 del art. 510, que recoge a su vez dos comportamientos delictivos. El primero (art. 510.2. a.) hace referencia a la lesión de la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, (o por cualquiera de los motivos como la raza, motivos antisemitas, ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, raza, nación, origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad), o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos. En esta conducta a su vez se incluyen dos acciones, una de efectiva lesión a la dignidad (así se define lega lata), y otra de mero peligro para la mima (la de producir, elaborar o poseer con la finalidad de distribuir determinado material cuyo contenido sea idóneo para lesionar la dignidad de la persona). El segundo apartado (art. 510.2 b.) castiga a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél (por motivos racistas, antisemitas, ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad) o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos. Por tanto, dentro de este segundo grupo, la principal diferencia entre uno y otro es que el primero (a) haría referencia a un delito de daño a la dignidad personal, y el segundo (b) estaría más próxima a una mera ofensa a la colectividad[62].

En cualquiera de sus apartados este precepto supone un considerable adelantamiento de las barreras del Derecho penal, y deja demasiada responsabilidad a los jueces. El único de los comportamientos descritos que se acerca un poco más a la lesión sería el de la incitación a la violencia. Por eso, retomando los tuits sobre mujeres del caso anteriormente analizado, ¿en algún momento el autor incita a la violencia? ¿O sus expresiones están más ligados al odio o la discriminación?

62. MIRÓ LLINARES, F.; "Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet, Marial Pons, Madrid, p. 55 y ss.

Nos resulta vital seguir el criterio de LANDA, quien nos sitúa en un contexto social y en una situación de vulnerabilidad del colectivo tales, como para considerar la fuerza y gravedad del efecto amenazante[63]. En definitiva un contexto social de crisis que convierte a la conducta en idónea para transmitir el mensaje amenazante y conmover las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable[64]. Tomado en consideración este criterio y aplicándolo a las expresiones del caso que nos ocupa y que fue objeto de estudio en el apartado anterior, nada hace prever tal contexto prebélico entre hombres y mujeres, pese a que partimos del contexto patriarcal de nuestra sociedad[65], o pese a la actual amenaza ciberterrorista[66]. Los tuits de este usuario no se entroncan en un contexto tal, para que sus tuits tengan ese mensaje amenazante tanto a mujeres como a occidentales.

2. El enaltecimiento y humillacion de las víctimas del terrorismo del art. 578 CP

Como ya se ha mencionado, es comúnmente aceptado que el art. 510 CP y el art. 578 CP presentan una estructura similar, pudiendo afirmarse que el art. 510 CP es el genérico y el 578 la especie[67]. Digamos que el enaltecimiento supone la criminalización de un odio específico y cualificado por el ámbito del terrorismo[68].

Este delito se introdujo por LO 7/2000 de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en relación con los delitos de terrorismo con la intención de castigar "la realización de actos que entrañen descrédito (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas), menosprecio (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén), o humillación (es decir, herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) de las víctimas de los delitos terroristas o de sus

63. LANDA GOROSTIZA, J. M.; La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, …op. cit., p. 192.
64. LANDA GOROSTIZA, J. M.; La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, op. cit., p.193.
65. Sobre el Patriarcado y el movimiento feminista, consultar GORJON BARRANCO, M.C.; La tipificación del género en el ámbito penal, Iustel, Madrid, 2013, p. 244 y ss.
66. Sobre la amenaza ciberterrorista, consultar VILLALBA FERNÁNDEZ, A. y CORCHADO RODRÍGUEZ, J. M.; "Análisis de las ciberamenazas", en Cuadernos de estrategia, núm. 185, 2017.
67. STS 72/2018 de 9 febrero.
68. MIRÓ LLINARES, F.; "Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", op. cit., p. 45.

familiares". Pero la propia exposición de motivos de la ley apostilla un límite que es importante resaltar aquí:

> No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal.

El enaltecimiento no es un delito de terrorismo propiamente, pero sí una conducta que favorece el clima intimidatorio creado por éste[69]. Por la respuesta penal que están teniendo las expresiones que corren por twitter en los últimos años, se han considerado actos preparatorios llevados a cabo por personas individuales, sin pertenencia a ninguna organización, sin mucha cercanía con la tentativa punible, sino más bien hechos que pertenecen al foro interno de la persona en cuestión[70]. Por eso, habría que reorganizar el castigo de estas expresiones desde el prisma de un Derecho penal liberal respetuoso con el Estado de Derecho, que "no puede nunca tipificar penalmente la actitud interna de un sujeto, su concreta ideología, por muy radical y tergiversada que esta pueda parecer; ni incluso la eventual predisposición de aquél a hacer uso de la violencia aunque sea con fines terroristas[71]".

Así se traduce también del Considerando 10 de la Directiva de 2017, que establece estos requisitos:

> Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, *con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población*. Esta conducta debe tipificarse *cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas*. En cada

69. ASÚA BATARRITA, A.; "Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental", en ECHANO BASALDÚA, J. I. Estudios jurídicos en Memoria de Jose María Lidón, Universidad de Deusto, 2002, p. 70.

70. CANO PAÑOS, M.A.; "La reforma de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales", en Revista General de Derecho penal, núm. 23, 2015, p. 27.

71. Ibídem.

> caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las *circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto*. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional. (importante, atendiendo a estos elementos que pide la Directiva analizar los casos).

Creemos que efectivamente, nuestros tuiteros se alejan mucho de estos casos.

Por si no quedara claro, el considerando 19 incide en el elemento intencional, aclarando que "la noción de intención debe concurrir en todos los elementos constitutivos de los delitos establecidos en la presente Directiva. El carácter intencionado de una acción u omisión puede inferirse de circunstancias fácticas objetivas". En definitiva, que no se puede equiparar cualquier apoyo material al apoyo a las ideas, ni criminalizar todo el entorno ideológico[72] de determinados sujetos que se definen como terroristas por su manera de pensar.

Según la literalidad del precepto, podemos afirmar que el art. 578 incorpora dos conductas diferentes que responden cada una a un fundamento: por un lado, el enaltecimiento como una forma de apología específica de los delitos de terrorismo, y por otra la humillación a las víctimas que afectaría no solo al honor y dignidad de las víctimas, sino también a los sentimientos de solidaridad de la comunidad[73]. De esta forma, el análisis de las conductas contenidas en el art. 578 CP nos lleva a recordar el segundo grupo de conductas del art. 510 CP (art. 510.2 CP), pero con el odio específico hacia las víctimas del terrorismo. De cualquier modo, en el caso tomado de referencia tampoco vemos el acomodo de las expresiones del tuitero en este tipo penal desde una intepretación restrictiva del mismo. Habría que tomar de referencia la interpretación restricitiva del injusto del art. 578 CP utilizada por el TS en la reciente sentencia para el caso ya mencionado del abogado Arkaitz Terrón[74]. Esta sentencia en su FJ. 3, defiende una interpretación restrictiva del precepto al entender que

> resulta una ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, la condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supongan una situación de riesgo para las

72. PÉREZ CEPEDA, A. I.; "La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista", en PORTILLA CONTRERAS, G./ PÉREZ CEPEDA, A.; *Terrorismo y contraterrerorismo en el s. XXI. Un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, p. 30.

73. MIRÓ LLINARES, F.; "Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", op. cit., p. 36.

74. STS 52/2018 de 31 de enero.

> personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades… que incita a la violencia.

Reitera en el FJ. 4 que

> esa salvación constitucional interpretativa del tipo penal se auspicia en la medida que el tipo acude a juicios de valor y por ello cabe reclamar lo que denomina *elemento tendencial*, aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal.

No podemos estar más de acuerdo con esta solución, que está en consonancia con lo dispuesto por el ya mencionado considerando 19 de la Directiva de 2017. Aunque más allá de una interpretación restrictiva, en este caso apostamos por la derogación de este precepto, porque de alguna manera, el delito de enaltecimiento del terrorismo está sirviendo para neutralizar el entorno político de las organizaciones terroristas al presumir que dicho entorno es la cantera para el posterior delito de terrorismo[75]. Y lo que es peor, en la práctica ha acabado por reprimir el discurso de izquierdas como pensamiento antisistema en sentido amplio.[76]

III. Algunas consideraciones finales

Debemos partir del uso racional del Derecho penal en los denominados delitos de expresión. Para alcanzar este objetivo, conviene recordar la importancia del uso del lenguaje, así como la interpretación del mismo. Por consiguiente, en primer lugar, la clave está en distinguir entre los verbos opinar e incitar, de tal forma que

> no podemos borrar esa línea divisoria, porque como regla general (con muy pocas excepciones) las opiniones erróneas, por abyectas que sean, siempre pueden combatirse y neutralizarse. Mientras que no disponemos de ese margen para reaccionar cuando la instigación a la acción delictiva es directa e inmediata[77].

Es el primer criterio a tomar en consideración para no caer en la expansión de la criminalización de estas conductas de opinión.

---

75. MIRA BENAVENT, J.; "Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas del Terrorismo", en PORTILLA CONTRERAS, G./ PÉREZ CEPEDA, A.; *Terrorismo y contraterrerorismo en el s. XXI. Un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, p. 110.
76. Ídem, p. 109.
77. BILBAO UBILLOS, J. M.; "La negación del genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007), en Revista española de Derecho Constitucional, núm. 85, 2009, p. 351.

En segundo lugar, más allá del buen uso del lenguaje, ya en el plano dogmático, tampoco es de recibo contar con tipos penales tan sensibles, y que anticipan sobremanera la respuesta penal;

> en primer lugar, la elevación a tipo de autoría de conductas que no merecerían ni el calificativo de actos preparatorios según una definición jurídico-penal rigurosa y la utilización, de la técnica de los delitos de peligro –abstracto– de una forma particularmente tosca[78].

Ambas características son predicables de los tipos penales que han sido objeto de análisis en este trabajo.

Por todo lo anterior apostamos por la despenalización de muchas de las conductas tipificadas en el art. 510 CP, y mantener el castigo solo cuando hay un resultado de peligro sobre un determinado colectivo discriminado, o cuando se produjo una incitación directa a actos concretos de violencia en un contexto de crisis social, y volver así a una interpretación restringida de los preceptos como la que seguía nuestro TS hasta 2011 (Caso librería Kalki). Pero respecto del delito del art. 578 CP vamos más allá y, nos unimos a la reclamación y la necesidad de derogarlo por tres razones; la primera, porque atenta contra la libertad de expresión. La segunda, porque se trata de un injusto que carece del mínimo de lesión o peligro para el bien jurídico. Y la tercera, porque trata de criminalizar la actividad política de determinadas organizaciones que defienden posiciones ideológicas consideradas radicales, disidentes o peligrosas[79]. De esta forma, acabaríamos con cierta inflación penal existente sobre el discurso político. (La despenalización de este precepto ya se propone en el punto 2. Análisis y propuesta a partir de un caso actual desarrollado de la p. 13-18.)

Por tanto, coincidimos en que la solución no es el silencio forzoso o la censura sino más expresión (*more speech*) y un debate público sin trabas[80], apostando por la libertad de expresión (art. 20.1 a) de la Constitución Española), sobre todo política en una Democracia no militante como la nuestra, que por consiguiente debe aceptar también la opinión crítica de los disidentes[81]. No está de

78. LANDA GOROSTIZA, J. M.; "Racismo, xenofobia y Estado de Derecho"… op. cit., p. 69.
79. MIRA BENAVENT, J.; "Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas del Terrorismo", op. cit., p. 104-105.
80. BILBAO UBILLOS, J. M.; "La negación del genocidio no es una conducta punible .." op. cit., p. 302.
81. ALCACER GUIRAO, R.; "Discurso del odio y discurso político" en defensa de la libertad de los intolerantes, en Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, núm. 14, 2012, p. 8.

más rescatar esta reflexión tan acertada de BOBBIO sobre el grado de tolerancia con aquellos que se muestran intolerantes;

> responder al intolerante con la intolerancia puede ser formalmente inaceptable, éticamente pobre y además políticamente inoportuno... Puede valer la pena poner en riesgo la libertad haciendo beneficiario de ella también a su enemigo, si la única posible alternativa es restringirla hasta sofocarla o por lo menos no permitirle dar sus frutos. Mejor una libertad siempre en peligro, pero expansiva, que una libertad protegida, pero incapaz de desarrollarse. Sólo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en una nueva esclavitud[82].

Bibliografía

ALCACER GUIRAO, R.; "Discurso del odio y discurso político" en defensa de la libertad de los intolerantes, en Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, núm. 14, 2012.

ANIYAR DE CASTRO, L.; "Los crímenes de odio: discurso político y delincuencia violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la criminología crítica en Venezuela en los inicios del siglo XXI", en Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del Control Social, Vol. 36, Nº. 2, 2008.

ANUARIO Estadístico del Ministerio del Interior, [http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/Avance+datos+ciberciminalidad+2013.pdf/5de24ec6-b1cc-4451-bd06-50d93c006815].

ASÚA BATARRITA, A.; "Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental", en ECHANO BASALDÚA, J. I. Estudios jurídicos en Memoria de Jose María Lidón, Universidad de Deusto, 2002.

BILBAO UBILLOS, J. M.; "La negación del genocidio no es una conducta punible (Comentario a la STC 235/2007)", en Revista española de Derecho Constitucional, núm. 85, enero-abril, 2009.

BOBBIO, N.: «Las razones de la tolerancia», en El tiempo de los derechos», Ed. Sistema, Madrid, 1991, págs. 243-256, [http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf].

CANO PAÑOS, M. A.; "Internet y Terrorismo islamista. Aspectos criminológicos y legales", en Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, Nº. 22, 2008.

CANO PAÑOS, M.A.; "La reforma de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales", en Revista General de Derecho penal, núm. 23, 2015.

82. BOBBIO, N.: Las razones de la tolerancia», en El tiempo de los derechos, Ed. Sistema, Madrid, 1991, págs. 243-256, [http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf].

DE PABLO SERRANO, A. L.; TAPIA BALLESTEROS, P.; "Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal", Diario La Ley, nº 8911, Sección doctrina, 30 de enero de 2017.

DÍAZ LÓPEZ, J.A.; El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del art. 22.4 CP, Thomson Reuters, Madrid, 2013.

EXPOSICIÓN de motivos de la LO 1/2015 de 30 de marzo (sección XXVI).

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; "Servicios de inteligencia y contraterrorismo", en PORTILLA CONTRERAS, G./ PÉREZ CEPEDA, A.; Terrorismo y contraterrerorismo en el s. XXI. Un análisis penal y político criminal, Ratio Legis, Salamanca, 2016.

GORJON BARRANCO, M.C.; La tipificación del género en el ámbito penal, Iustel, Madrid, 2013.

GÜERI FERRÁNDEZ, C.; "La especialización de la Fiscalía en materia de deltios de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso de odio en España", INDRET, Revista para el análisis del Derecho, núm. 1, enero 2015.

HORTAL IBARRA, J. C.; "La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP): Una propuesta restrictiva de interpretación", en Cuadernos de política Criminal, núm. 108, Época II, diciembre 2012.

IBARRA, E.; "Materiales Didácticos n.º 4 Contra la Discriminación y el Delito de Odio Solidaridad con la Víctima del Racismo, Xenofobia e Intolerancia Movimiento contra la Intolerancia", Oficina de Solidaridad con las Víctimas del Delito de Odio y Discriminación, Madrid. Consultar en [http://www.mecd.gob.es/educacion-mecd/ca/dms/mecd/educacion-mecd/mc/convivencia-escolar/recursos/publicaciones/Mat--Did--n-4--Inmigraci-n.pdf].

INFORME 2016/17 Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo, en [https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/4800/2017/es/].

INFORME sobre evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España de 2016, consultar en [http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+2016+delitos+de+odio+en+España/6746b-021-9197-48a0-833b-12067eb89778].

LAMARCA PÉREZ, C.; "Legislación penal española y delitos de terrorismo: la supresión de garantías", en PORTILLA CONTRERAS, G./ PÉREZ CEPEDA, A.; Terrorismo y contraterrorismo en el s. XXI. Un análisis penal y político criminal, Ratio Legis, Salamanca, 2016.

LANDA GOROSTIZA, J. M.; "Incitaicón al odio: Evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la. STS 259/2011- librería Kalki – y a la STC 235/2007)", en Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª época, núm. 7, 2012.

LANDA GOROSTIZA, J. M.; "Racismo, xenofobia y Estado democrático", en Cuaderno vasco de Criminología, núm. 18, 2004.

LANDA GOROSTIZA, J. M.; La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, Comares, Granada, 2001.

LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.; "La libertad de expresión y el código penal", 28 de marzo de 2017, consultar en [http://almacendederecho.org/la-libertad-expresion-codigo-penal/].

LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.; "El honor y el código penal", 18 de abril de 2017, en [http://almacendederecho.org/honor-codigo-penal/].

LAURENZO COPELLO, P.: "La discriminación en el código penal de 1995", en Estudios penales y criminológicos, núm. 19, 1996.

LÓPEZ ORTEGA, A, I.; "Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015)", en Revista sociológica de pensamiento crítico, núm. 11 (1).

MIRA BENAVENT, J.; "Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas del Terrorismo", en PORTILLA CONTRERAS, G./ PÉREZ CEPEDA, A.; Terrorismo y contraterrerorismo en el s. XXI. Un análisis penal y político criminal, Ratio Legis, Salamanca, 2016.

MIRÓ LLINARES, F.; "Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet, Marial Pons, Madrid.

MIRÓ LLINARES, F.; "Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet, Marial Pons, Madrid.

MIRÓ LLINARES, F.; "Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet, Marial Pons, Madrid.

MIRÓ LLINARES, F.; El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio, Marcial Pons, Madrid, 2012.

MORETÓN TOQUERO, MARÍA ARÁNZAZU.; "El Ciberodio: la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión", en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 27, mayo 2012.

PÉREZ CEPEDA, A.I.; "La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista", en PORTILLA CONTRERAS, G./ PÉREZ CEPEDA, A.; Terrorismo y contraterrerorismo en el s. XXI. Un análisis penal y político criminal, Ratio Legis, Salamanca, 2016.

PORTILLA CONTRERAS, G.; "El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas", en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet, Marial Pons, Madrid.

PORTILLA CONTRERAS, G.; "La represión penal del "discurso del odio", Álvarez García Francisco Javier (dir.), en Tratado de derecho penal español. Pate especial. IV. Delitos contra la Constitución, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

REY MARTÍNEZ, F.; "Discurso del odio y Racismo líquido", en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.), Libertad de expresión y discursos del odio, en Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos humanos, Universidad de Alcalá, 2015.

VILLALBA FERNÁNDEZ, A. y CORCHADO RODRÍGUEZ, J. M.; "Análisis de las ciberamenazas", en Cuadernos de estrategia, núm. 185, 2017.

Jurisprudencia utilizada

SAN 20/2016 de 18 de julio.

STS 4/2017 de 18 de enero.

SAN 2/2017 de 26 de enero.

SAN 2/2017 de 26 de enero.

SAN 35/2016 de 15 de noviembre Se puede consultar la sentencia en [http://estaticos.elmundo.es/documentos/2016/11/15/SentenciaZapata.pdf].

SAN 9/ 2017, de 29 de marzo.

SAN 9/2017 de 29 de marzo.

STS 95/2018 de 26 de febrero.

STS 259/2011 de 12 de abril, Caso librería Kalki.

STS 52/2018 de 31 de enero.

STS 72/2018 de 9 de febrero.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico, de Tatiana Badaró – *RBCCrim* 145/531-569 (DTR\2018\17989);
- *Cyber rights*: direitos fundamentais dos cidadãos digitais e a existência de uma ordem pública global através da internet, de Patricia Peck Pinheiro – *RT* 971/167-185 (DTR\2016\23064);
- Responsabilidade civil de provedores de internet, *websites* e gestores de aplicativos de redes sociais, de Jânio Urbano Marinho Júnior – *RDPriv* 91/17-38 (DTR\2018\17805); e
- Sobre a compreensão e a justificação dos crimes de ódio contra a vida (*hate crimes*) no direito brasileiro: reflexões a partir do debate estadunidense, de Roger Raupp Rios e Claudia Maria Dadico – *RDCC* 141/119-156 (DTR\2018\8688).

A campanha "Dez medidas contra a corrupção" e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa penal

The "Ten measures against corruption" campaign and the role of Brazilian Federal Prosecution Service on shaping the criminal political agenda

Patrícia Carraro Rossetto

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Málaga, Espanha. Pesquisadora da Unidade de Compliance do Instituto de Criminologia da Universidade de Málaga, Espanha. Advogada.
patriciarossetto@uma.es

Recebido em: 07.05.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão da autora: 18.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a campanha conhecida como "as dez medidas contra a corrupção" e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa em âmbito penal e processual penal através do tradicional instituto democrático da iniciativa popular. O marco teórico que norteará a construção argumentativa do presente ensaio será a teoria da formação da agenda (*agenda-building*) proposta por Cobb e Elder e desenvolvida por Cobb, Ross e Ross, a qual nos brinda com ferramentas que permitem inferir, de forma bastante escrupulosa, os fatores e os motivos que contribuíram para o indiscutível êxito da campanha. A ideia que subjaz a esta análise é questionar a conveniência e a legitimidade de um modelo de iniciativa legislativa popular que, dada sua amplitude, habilite os cidadãos de uma comunidade política, histórica e geograficamente delimitada, a apoiar projetos de leis que impliquem flagrantes violações ao conjunto de

Abstract: The present essay aims to analyze the campaign known as the "dez medidas contra a corrupção" and the role of Brazilian federal prosecution service on shaping the criminal political agenda through the traditional democratic tool of popular legislative initiative. The theoretical framework that will support the main assertions of this work will be the agenda-building theory proposed by Cobb and Elder and developed by Cobb, Ross, and Ross. From my perspective, this approach provides insights that allow us to carry out a careful scrutiny about the factors and the reasons that contributed to the unequivocal success of the campaign. The underlying idea of this analysis is put into question the legitimacy of a popular legislative initiative model that enables citizens of a political community to support bill of laws that, ultimately, could undermine some constitutional guarantees and fundamental rights.

Rossetto, Patrícia Carraro. A campanha "Dez medidas contra a corrupção" e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. p. 685-743. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

garantias constitucionais e direitos fundamentais que orientam o sistema de justiça criminal.

Palavras-chave: Corrupção política – Ministério Público Federal – Política legislativa – Lei de iniciativa popular.

Keywords: Political corruption – Federal prosecution service – Legislative policy – Popular legislative initiative.

Sumário: 1. Introdução. 2. A campanha "Dez medidas contra a corrupção": contextos e escândalos políticos. 2.1. As jornadas de manifestações e protestos sociais. 2.2. O protagonismo mediático dos escândalos de corrupção política. 2.3. A deflagração da Operação Lava Jato. 3. A teoria da construção da agenda. 3.1. A construção da agenda como um processo decisório. 3.1.1. A definição da "agenda". 3.1.2. A definição do "espaço público". 3.1.3. Os atores sociais presentes no espaço público. 3.2. Os modelos de construção da agenda. 4. A campanha "Dez medidas contra a corrupção" e o processo de formação da agenda legislativa penal. 4.1. O processo de definição da corrupção como um problema social. 4.2. O Ministério Público Federal como agente impulsor: justificativas, estratégias e recursos. 5. A proposta de lei de iniciativa popular em matéria penal: um debate necessário. 5.1. A iniciativa legislativa popular nos sistemas democráticos representativos. 5.2. O tratamento legal da iniciativa legislativa popular no ordenamento jurídico brasileiro. 5.3. A Lei de iniciativa popular em matéria penal e processual penal e a percepção social do delito. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar a campanha conhecida como "Dez medidas contra a corrupção" e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa em âmbito penal e processual penal, através do tradicional instituto democrático da iniciativa popular. A ideia que subjaz a esta análise é questionar a conveniência e a legitimidade de um modelo de iniciativa legislativa popular que, dada sua amplitude, habilite os cidadãos de uma comunidade política, histórica e geograficamente delimitada, a apoiar projetos de leis que impliquem flagrantes violações ao conjunto de garantias constitucionais e direitos fundamentais que orientam o sistema de justiça criminal.

Para cumprir com esse desiderato, o tema proposto será desenvolvido da seguinte forma:

Inicialmente, será traçado um breve panorama sobre o contexto em que emerge a campanha "Dez medidas contra a corrupção". Nessa ocasião, minha intenção é fazer uma exposição meramente descritiva dos principais eventos e da conjunção de fatores que, na minha perspectiva, contribuíram ao indiscutível êxito da campanha e que, por conseguinte, propiciaram a apresentação da proposta de reforma legislativa em forma de projeto de lei de iniciativa popular. Por

tanto, convém advertir que não será destinado um espaço exclusivo para uma abordagem crítica das medidas propostas pelo Ministério Público Federal, dado que tal esforço extrapolaria a finalidade do presente estudo.

Superadas essas considerações, dedicarei minha atenção ao marco teórico que norteará a construção argumentativa do presente ensaio, qual seja, a teoria da formação da agenda (*agenda-building*) proposta por Cobb e Elder e desenvolvida por Cobb, Ross e Ross. Como será visto, a eleição do marco teórico se justifica na medida em que nos brinda com ferramentas que permitem inferir, de forma bastante escrupulosa, os fatores e os motivos que contribuíram para o indiscutível êxito da campanha "Dez medidas contra a corrupção".

Em linhas gerais, por formação (ou construção) da agenda se entende o processo mediante o qual determinadas disfunções sociais logram ser objeto de atenção e preocupação séria dos órgãos governamentais enquanto problemas sociais passíveis de ser convertidos em objetos de políticas públicas.[1] O processo de construção da agenda assenta em três principais pressupostos. De um lado, assume que os problemas sociais não existem de forma independente como um conjunto de condições objetivas dotadas de uma nocividade intrínseca.[2] Pelo contrário, consistiriam em construções sociais que respondem a processos mais ou menos complexos de definição coletiva[3], os quais são levados a cabo em espaços públicos pluralistas culturalmente mobilizados e não menoscabados em sua espontaneidade.[4] De outro, pressupõe que o número potencial de problemas

1. Nesse sentido, ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. Agenda-building and the politics of aging. *Policy studies journal*, v. 13, n. 1, September 1984. p. 115.
2. ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. Agenda-building and the politics of aging, cit., p. 115.
3. Nesse sentido, BLUMER, Herbert. Social problems as collective behavior. *Social Problems*, 18(3), 1971. p. 300; ALMOND, Gabriel Abraham; POWELL, G. Bingham; DALTON, Russel J.; STRØM, Kaare. Comparative politics today: a world view. 9. ed. actual. Nueva York: Longman, 2010. p. 33. Sobre o tema, aduz SUBIRATS, Joan. Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración. Madrid: Ministerio para las administraciones públicas, 1989. p. 48-50, que o problema público "é basicamente uma construção analítica. E, em realidade, distintas partes implicadas defendem distintas visões do problema a resolver, da mesma forma que distintos analistas podem defini-lo de maneira diferente. A partir de um conjunto de condições consideradas não desejáveis ou perniciosas, podem dar-se várias definições do ‹problema› a resolver ou, se se prefere, distintas vias para 'melhorar essa situação'" (p. 51).
4. Segundo HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 214, 239, 252-255, 374-375, 385-386, o processo de formação racional da opinião e vontade política não se restringe aos discursos e negociações efetuadas representativamente em âmbito parlamentar. Incluem, ademais, os

sociais que emergem da sociedade excede, e muito, as capacidades de reconhecimento e processamento do sistema político[5], fator esse que impõe, tanto aos agentes impulsores como aos temas de interesse coletivo que estes promovem, a necessidade de disputar com outros agentes e temas um lugar na agenda das estruturas políticas do Estado.[6] Finalmente, supõe que o status de agenda a ser alcançado por determinados problemas sociais pode depender, não raras vezes, das peculiaridades do tema de interesse coletivo suscitado, das características pessoais ou institucionais do agente impulsor, bem como da capacidade deste último para chamar a atenção de amplos setores sociais a respeito da importância política desses temas, exercendo, com isso, pressão suficiente para que suas demandas sejam apreciadas pelo sistema político.[7]

Convém salientar, ademais, que o objetivo imediato da teoria da formação da agenda é esclarecer como uma determinada disfunção social logra superar os mecanismos tendentes a limitar ou impedir a entrada de demandas sociais no sistema político. Em outras palavras, sua finalidade é explicar como um assunto de interesse coletivo alcança e mantém o status de agenda formal (ou institucional), passando a ser considerado pelos poderes públicos como um problema social (*issue*) passível de consideração política segundo vias democráticas juridicamente institucionalizadas.[8]

---

processos informais de entendimento que se estendem pelos circuitos de comunicação de espaços públicos políticos que, em termos ideais, se formam no contexto de uma cultura política liberal e se estruturam sob a égide dos direitos fundamentais de comunicação e participação. Dessa forma, a garantia de legitimidade das decisões coletivamente vinculantes que emanam do sistema político se ancora, de um lado, em processos deliberativo-democráticos discursivamente estruturados e juridicamente institucionalizados de opinião e vontade política e, de outro, na interação entre essas deliberações formalmente articuladas e a formação informal da opinião pública em espaços públicos pluralistas culturalmente mobilizados. Em sentido similar, ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. The politics of agenda-building: an alternative perspective for modern democratic theory. *The Journal of Politics*, 33(4), 1971. p. 903.

5. ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. *The politics of agenda-building*…, cit., p. 901; COBB, Roger; ELDER, Charles. D. Participation in American politics: the dynamics of agenda building. 2. ed. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1983. p. 126.
6. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. Agenda building as a comparative political process. *The American Political Science Review*, 70(1), 1976. p. 126.
7. A propósito, vide, RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. São Paulo: Ed. RT. 2016. p. 28-30, 34-36. (Os nomes em espanhol não se citam como os em português ou em inglês. Devem ser citado da seguinte forma: DIEZ RIPOLLÉS, SOTO NAVARRO, VARONA GOMÉZ, PORRAS NADALES. Por favor, excluir a correção de todas as citas e referências em espanhol).
8. ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. *The politics of agenda-building*…, cit., p. 903-904.

Uma vez deslindado os pressupostos da teoria da formação da agenda, passo a dirigir minha atenção ao processo de definição da corrupção como um problema social, bem como ao papel do Ministério Público Federal na qualidade de agente impulsor. A partir desse exercício teórico-analítico, é possível estabelecer algumas importantes deduções acerca de ambas temáticas. De um lado, a corrupção consiste em um problema social que, sem dúvida, logra despertar uma ampla atenção e preocupação social. Pese à sua vocação para despertar um interesse social generalizado, os problemas a que se enfrenta a corrupção enquanto tema de interesse coletivo residem em sua alta complexidade e em sua inaptidão para alcançar o que Díez Ripollés denomina *estabilização cognitiva*, ou seja, em sua incapacidade para conservar a atenção e preocupação social despertada e com isso manter seu status de agenda pública e institucional.[9] Dadas essas fragilidades, as características institucionais associadas ao Ministério Público Federal, os recursos humanos e financeiros disponíveis e as estratégias discursivas utilizadas por seus membros para fomentar o interesse social em torno da temática assumem uma grande relevância.

Finalmente, uma vez realizado esse labor argumentativo, realizarei uma abordagem crítica do modelo de iniciativa popular previsto na Constituição brasileira. A ideia central dessa última parte é averiguar em que medida seria democraticamente legítimo aventar a possibilidade de restringir o alcance das leis de iniciativa popular, de forma a impedir que tais projetos de lei abarquem temas de natureza penal e processual penal que impliquem uma injustificada ampliação do poder punitivo estatal.

2. A campanha "Dez medidas contra a corrupção": contextos e escândalos políticos

A campanha conhecida como "Dez medidas contra a corrupção" consistiu em um conjunto de iniciativas e atividades capitaneadas pelo Ministério Público Federal destinadas a mobilizar a opinião pública e a angariar o apoio da cidadania a uma proposta de reforma legislativa, cuja finalidade radicaria, segundo a própria entidade, no "aperfeiçoamento" do sistema de prevenção e combate à corrupção e à impunidade. Lançada em 20 de março de 2015, a campanha logrou uma façanha até então inédita: em menos de um ano, alcançou a cifra de 2.189.276 de assinaturas de cidadãos de todo o Brasil, ultrapassando o número mínimo necessário para a aceitação a trâmite do projeto de lei de iniciativa popular correspondente.[10]

9. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*..., cit., p. 30.

10. Informação disponível em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/assinometro]. Acesso em: 24.03.2108.

Sem ânimo de realizar uma análise político-sociológica exaustiva da temática, considero oportuno destacar as principais circunstâncias e a conjunção de fatores que, na minha perspectiva, contribuíram ao indiscutível êxito da campanha.

2.1. As jornadas de manifestações e protestos sociais

A iniciativa irrompe dentro de um conturbado contexto de crise institucional, polarização política, instabilidade econômica, desalento social ante a vida política e descrédito crescente das instituições democráticas. Na época de seu lançamento, o Brasil experimentava sucessivas ondas de protestos e manifestações sociais, as quais, apesar de aglutinarem uma diversidade de pautas reivindicatórias, muitas delas essencialmente contraditórias entre si, traduziam-se em uma demanda generalizada por transformações políticas e por uma rearticulação dos mecanismos político-institucionais de gestão, organização e prestação de serviços públicos.[11]

O ciclo de protestos sociais que desestabilizou as estruturas e o próprio funcionamento do sistema político brasileiro iniciou-se em junho de 2013, sendo seu elemento deflagrador o anúncio de reajuste em 0,20 centavos do valor de passagens de transporte público coletivo nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro. Em princípio, tais protestos foram convocados pelo chamado *Movimento Passe Livre* (MPL), movimento social autônomo, apartidário, horizontal e independente, cuja demanda propositiva consistia na democratização efetiva do acesso ao espaço urbano, mediante a gratuidade e qualidade do serviço de transporte público.[12]

---

11. Para CARDOSO, Gustavo; DI FÁTIMA, Branco. Movimento em rede e protestos no Brasil: qual gigante acordou? *Dossiê Mídia, Intelectuais e Política*, 12(2), 2013. p. 151-156, embora em um período precedente às manifestações o Brasil estivesse experimentando uma fase "dourada" de crescimeno e estabilidade economico-financeira, os representantes políticos eleitos e as instituições estatais não teriam conseguido reverter essas conquistas em políticas de bem-estar social tangíveis e consistentes. Diferentes dados apresentados pelos autores demonstram um mosaico de avanços e contradições em matéria social. De um lado, demonstram que entre os anos de 2003 e 2010 estabeleceu-se um modelo sólido de conciliação entre inclusão social e desenvolvimento econômico. De outro, apontam que o Brasil está entre as 30 nações com a maior carga tributária do mundo, ocupando a última posição desse ranking quando se trata de fornecer serviços públicos de qualidade à população. Além disso, diversos índices revelam que, apesar dos avanços no campo social, o Brasil conta com índices baixíssimos de desenvolvimento humano (IDH), com elevadas taxas de criminalidade e homicídios, com violência policial institucionalizada e com corrupção endêmica.
12. Para mais informações vide página web do *Movimento Passe Livre* (MPL). Disponível em: [www.mpl.org.br]. Acesso em: 07.04.2018.

Inicialmente tachados pela mídia tradicional como "baderneiros", "vândalos" e "rebeldes sem causa", pouco a pouco os manifestantes foram ganhando a simpatia e o apoio do público em geral, o que somente foi possível devido à inclusão digital massificada e à expansão das atuais tecnologias de informação e comunicação e das redes sociais.[13] Ambos fatores foram cruciais, de um lado, para a convocação, viabilização e retroalimentação dos protestos e manifestações sociais[14] e, de outro, para a construção e difusão de narrativas e discursos alternativos a respeito desses protestos e manifestações.[15] Dada essa conjunção de

13. Sobre o tema, aduzem MAZZOLENI, Gianprieto; SCHULZ, Winfried. "Mediatization" of politics: a challenge for democracy? *Political Communication*, 16(3), 1999. p. 258, que o avanço da internet, mais que consistir em uma revolução e um desafio para as organizações mediáticas e a profissão jornalística, poderia implicar um enfraquecimento da função de mediação tradicional do jornalismo. De fato, por meio de redes sociais como Twitter e Facebook, por exemplo, os diferentes atores políticos têm condições de circular mensagens que alcançam diretamente o público, eludindo, dessa forma, a intermediação comunicativa e informativa dos meios de comunicação tradicionais. A esse estado de coisas se agrega a progressiva perda de confiança do público nos meios de comunicação de massas. Para um resumo dos diferentes prognósticos referentes às mudanças que o surgimento de novos meios de comunicação poderia impor ao processo de comunicação, vide, SCHULZ, Winfried. Reconstructing mediatization as an analytical concept. *European Journal of Communication*, v. 19(01), 2004. p. 94-98.

14. MELGAÇO, Lucas. Protestos na era da informação: panóptico, visibilidade sinópticas e outras formas de ver e ser visto. *Liinc em Revista*, 12(2), 2016. p. 264. Na verdade, as redes sociais já vinham sendo intensamente utilizadas como formas de convocação e viabilização de protestos sociais ao redor do mundo. A propósito, cabe destacar a chamada "primavera árabe", o movimento 15-M espanhol e o movimento *Occupy Wall Street* em 2011. Para mais informações sobre a crescente importância das tecnologias de informação e comunicação como instrumentos para a promoção de mudanças sociais, vide, CARDOSO, Gustavo; DI FÁTIMA, Branco. Movimento em rede e protestos no Brasil..., cit., p. 146-151, 163-168. Segundo os autores, a estimativa é que pelo menos 136 milhões de contas de redes sociais online tenham interagido com informações sobre as jornadas de protestos de junho 2013 (p. 145).

15. Como bem adverte MELGAÇO, Lucas. *Protestos na era da informação*..., cit., p. 262-265, "com a banalização de tecnologias de coleta de imagens, uma quase infinidade de material imagético e sonoro pode ser coletado durante as manifestações. Dependendo da forma como esse material é selecionado e editado, muitas histórias e interpretações diferentes do mesmo evento podem ser contadas. Além disso, há uma grande diversidade de fontes produzindo material digital, que, diferentemente do passado, pode hoje circular quase que de modo instantâneo em diversas redes digitais de comunicação". Para mais detalhes sobre a dinâmica das jornadas de 2013, vide, CARDOSO, Gustavo; DI FÁTIMA, Branco. *Movimento em rede e protestos no Brasil*..., cit., p. 157-163. Sobre o papel da midia tradicional na cobertura das jornadas de 2013, vide, GONÇALVES,

fatores, o *Movimento Passe Livre*, em um curto espaço de tempo, logrou mobilizar milhões de brasileiros residentes tanto no Brasil como no exterior[16], estimulando a que os mandatários políticos correspondentes renunciassem ao aumento da tarifa anteriormente anunciado.[17]

O anúncio da redução da tarifa, entretanto, não implicou um descenso no número de manifestações e protestos sociais, cujas dinâmicas adquiriram contornos peculiares à medida que ampliavam o apoio e a adesão espontânea de grupos e setores sociais que tradicionalmente eludem participar mais ativamente em interações, disputas e deliberações políticas. À medida que o número de pessoas mobilizadas alcançava novas cifras, se diversificavam as opiniões e as posições ideológicas do público, ao passo que se multiplicavam, se confundiam e se generalizavam as pautas de reivindicação. Sob a chancela do argumento "não é apenas por 0,20 centavos", manifestantes foram às ruas apoiando desde demandas concretas e tangíveis como o arquivamento da proposta de emenda constitucional 37, que limitava o poder de investigação do Ministério Público[18], até demandas abstratas, contraditórias e incoerentes como seriam a melhoria na prestação de serviços públicos *versus* a diminuição do Estado e a contração do gasto público; a desmilitarização da polícia, o fim da violência policial nas periferias e manifestações populares *versus* a "intervenção militar constitucional".[19]

Elizabeth; RENO, Denis; MIGUEL, Katarini. Narrativa transmídia, ativismo e os múltiplos discursos dos protestos brasileiros de 2013. *Chasqui*, 123, 2013. p. 55-63.

16. Sob a bandeira *Democracia não tem fronteiras,* brasileiros residentes no exterior organizaram, por meio da plataforma digital Facebook ([www.facebook.com/events/551482894889876/]), diversos atos de apoio às manifestações e protestos ocorridos no Brasil. Tais atos tiveram lugar em países como Alemanha, Argentina, Bélgica, Bolívia, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Dinamarca, Escócia, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Índia, Inglaterra, Irlanda, Itália, Japão, México, Noruega, Portugal, Suécia, Suíça. Para mais informações estatísticas sobre as manifestações de 2013, vide, GONÇALVES, Elizabeth; RENO, Denis; MIGUEL, Katarini. *Narrativa transmídia, ativismo e os múltiplos discursos dos protestos brasileiros de 2013*. p. 56; CARDOSO, Gustavo; DI FÁTIMA, Branco, 2013. p. 161; SANTOS, Eduardo Heleno. Crise de representação política no Brasil e os protestos de junho de 2013. *Liinc em Revista*, 10(1), 2014. p. 87.
17. A propósito, vide, [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1297883-alckmin-e-haddad-decidem-voltar-tarifa-de-onibus-e-metro-para-r-3.shtml].
18. Denominada pelos membros do Ministério Público de "PEC da impunidade".
19. Junto a estas demandas, outras reivindicações e denúncias se fizeram presentes nas jornadas de manifestações populares ocorridas entre 2013 e 2016. Entre elas, destacam-se, as demandas por mais transparência nos investimentos para a copa do mundo de 2014 e

Instalado o caos ideológico e o sentimento de insatisfação difusa contra o *status quo*, evidenciou-se o abismo existente entre as estruturas do circuito representativo e a sociedade civil, o que possibilitou o fortalecimento do discurso de "apartidismo" e de demonização da política, bem como do sentimento de frustração e desconfiança nas instituições democráticas.[20] Como consequência, abriu-se espaço para que novos atores e movimentos sociais autodenominados "apartidários" ou "suprapartidários" se apropriassem do papel de mediação política tradicionalmente exercido por partidos políticos, por sindicados e por entidades estudantis como a União nacional dos estudantes (UNE).

Finalmente, ao longo de todo esse processo político, o conjunto de argumentos, demandas e reivindicações sociais foram estrategicamente inseridos dentro do contexto simbólico da clássica reivindicação de *combate e fim da corrupção*!

2.2. O protagonismo mediático dos escândalos de corrupção política

Junto às jornadas de protestos e manifestações sociais, o protagonismo mediático de que gozam os recentes escândalos e as ações penais envolvendo casos de corrupção política contribuíram de forma decisiva para o sucesso da campanha "Dez medidas contra a corrupção".

Como é cediço, o conhecimento individual sobre o mundo em que vivemos, sobre nossa história ou sobre os avanços científicos provém de três principais fontes de informação: a experiência pessoal, a investigação empírica e os meios de comunicação.[21] Todo o conhecimento que não experimentamos em primeira mão ou que não acessamos através do estudo de dados empíricos nos é fornecido pelos meios de comunicação.[22] Quando aludimos às questões políticas e,

---

para os jogos olímpicos de 2016, por mudanças no funcionamento do sistema político, pelo fim do monopólio dos meios de comunicação etc.

20. Os resultados de um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (Ibope) citado por CARDOSO, Gustavo; DI FÁTIMA, Branco. *Movimento em rede e protestos no Brasil...*, cit., p. 162, indica que 89% dos manifestantes entrevistados pela entidade não se sentiam representados por partidos políticos e 83% por qualquer liderança política brasileira. Além disso, segundo os autores, a maioria dos entrevistados confirmou não ser filiada a nenhum partido (96%) ou sindicato (86%).

21. LUHMANN, Niklas. The reality of the mass media. Stanford: Stanford University Press, 2000. p. 01; SHEHATA, Adam; STRÖMBÄCK, Jesper. Mediation of political realities: media as crucial sources of information. In: ESSER, Frank; STRÖMBÄCK, Jesper. *Mediatization of politics:* understanding the transformation of western democracies. New York: Palgrave Macmillam, 2014. p. 93.

22. Em sentido amplo, entende-se por meios de comunicação os recursos tecnológicos que, com diferentes intensidades, ampliam, facilitam e estruturam a comunicação e a

mais especificamente, aos casos de corrupção política, essa afirmação cobra ainda mais relevância. A compreensão dos meandros e das vicissitudes da vida política atual depende da mediação dos meios, os quais se destinam a construir e difundir boa parte da realidade e da cultura política que a diário somos capazes de perceber e experimentar.[23]

Além desse papel de "criador" e "difusor" da realidade social observável, os meios de comunicação atuam como mediadores da comunicação pública, competindo-lhes disponibilizar uma multitude de informação a um público virtual de leitores, ouvintes e espectadores espalhados por âmbitos espaciais mais ou menos amplos e, dessa forma, ampliar os espaços de deliberação pública para além de infraestruturas físicas destinadas a um público presente.[24] Não por acaso, afirma-se que os meios de comunicação, mais que criarem um espaço público no qual a opinião pública pode ser formada[25], exercem um grande poder de influência sobre o próprio processo de formação da opinião pública, o que se

---

interação entre um número determinado ou indeterminado de indivíduos e organizações através do tempo, do espaço e de diferentes contextos sociais. Nesse sentido, vide, SCHULZ, Winfried. Reconstructing mediatization as an analytical concept, cit., p. 88, 91; HJARVARD, Stig. The mediatization of society: a theory of the media as agents of social and cultural change. *Nordicom Review,* 02(29), 2008. p. 121-123. Dessa forma, a expressão abarca tanto os meios de comunicação tradicionais, tais como o rádio, a televisão, o cinema, livros, revistas e jornais, seja em formado impresso, seja em formato digital, como os emergentes meios sociais de comunicação (*social media*), tais como as redes sociais, os blogs pessoais e as plataformas de compartilhamento multimídia. Nesse sentido, SHEHATA, Adam; STRÖMBÄCK, Jesper. Mediation of political realities…, cit., p. 93.

23. Portanto, a política moderna é, em grande parte, uma *política mediada.* Nesse sentido, SHEHATA, Adam; STRÖMBÄCK, Jesper. Mediation of political realities…, cit., p. 93-97; SPARROW, Bartholomew H. A research agenda for an institutional media. *Political Communication*, 23, 2006. p. 150-151; 154-155. STRÖMBÄCK, Jesper. Mediatization and perceptions of the media's political influence. *Journalism Studies*, 12(4), 2011. p. 424.

24. Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, cit., p. 441, 455; SCHULZ, Winfried. *Reconstructing mediatization as an analytical co*ncept, cit. p. 91; HJARVARD, Stig. *The mediatization of society*, p. 126; MAZZOLENI, Gianprieto; SCHULZ, Winfried. *Mediatization* of Politics, cit., p. 250; MARCINKOWSKI, Frank; STEINER, Adrian. Mediatization and political autonomy: a systems approach. In: ESSER, Frank; STRÖMBÄCK, Jesper. *Mediatization of politics:* understanding the transformation of western democracies. New York: Palgrave Macmillam, 2014. p. 75.

25. Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 441, 454-455; SCHULZ, Winfried. *Reconstructing mediatization as an analytical concept*, cit., p. 91; HJARVARD, Stig. *The mediatization of society*, cit., p. 126; HABERMAS, Jürgen. The public sphere: an encyclopedia article (1964). *New German Critique* (3), 1974. p. 49.

deve à sua capacidade para atrair a atenção dos cidadãos a temas relevantes, para dar voz às distintas representações da "realidade" e, em certa medida, para dirigir o debate político segundo determinadas pautas e interesses.[26] Finalmente, os meios de comunicação desempenham um papel crucial no controle dos atores e poderes públicos, dado que aptos a monitorar o processo de tomada de decisões sobre assuntos de interesse coletivo e a denunciar distintas formas de abusos de poder ou práticas ilícitas na gestão dos recursos públicos, ativando, quando seja o caso, os mecanismos de prestação horizontal de contas correspondentes.[27]

Em face dos motivos precedentes, existe um amplo consenso doutrinário no sentido de que os meios de comunicação, em especial a mídia radiofônica, televisiva e impressa, desempenham um papel crucial na estruturação e consolidação

26. Sobre o tema, vide, ESSER, Frank; STRÖMBÄCK, Jesper. Mediatization of Politics: Toward A Theoretical Framework. In: ESSER, Frank; STRÖMBÄCK, Frank. *Mediatization of politics:* understanding the transformation of western democracies. New York: Palgrave Macmillam, 2014. p. 03-04; OSORIO, Juan L. Fuentes Los medios de comunicación y el derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 16(7), 2005. p. 1-2.

27. Em outras palavras, os meios de comunicação funcionam como um mecanismo de prestação social de contas (*social accountability*). Nesse sentido, DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. Introduction. In: DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. *Assessing the quality of democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2005. p. XIX; JOSHI, Anuradha; HOUTZAGER, Peter P. Widgets or watchdogs? Conceptual explorations in social accountability. *Public Management Review*, 14(2), 2012. p. 150-159; O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability: the legal institutionalization of mistrust. In: MAINVARING, Scott; WELNA, Christopher. *Democratic accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 47-48; SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. Societal and horizontal controls: two cases of a fruitful relationship. In: MAINVARING, Scott; WELNA, Christopher. *Democratic accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 311-315; MESQUITA, Nuno Coimbra; MOISÉS, José Álvaro; RICO, Bruno. As diferentes dinâmicas da corrupção: Mídia, Percepção e Instituições no contexto Brasileiro. In: CUNHA, Isabel Ferin; SERRANO, Estrela. *Cobertura jornalística da corrupção política:* sistemas políticos sistemas mediáticos enquadramentos legais. Lisboa: Aletheia Editores, 2014. p. 198. Quanto à importância do jornalismo investigativo na divulgação de práticas criminosas associadas à corrupção, vale destacar o caso *Panama Papers*, trabalho liderado pelo consórcio internacional de jornalistas investigativos (ICIJ), que conquistou o prêmio Pulitzer em 2017 na categoria "reportagem interpretativa". Sobre o tema, vide, OECD. The role of the media and investigative journalism in combating corruption. Disponível em: [www.oecd.org/corruption/The-role-of-media-and-investigative-journalism-in-combatingcorruption.htm]. 2018. p. 5.

dos regimes democráticos contemporâneos.[28] Dentro desse contexto institucional, diversos estudos ressaltam a importância da existência dos meios de comunicação para a revelação, visibilidade e delimitação do marco interpretativo da corrupção política, para a promoção do debate e a consolidação da questão na agenda pública, para o fortalecimento da consciência e da preocupação social e individual ante o fenômeno, bem como para a apresentação das respectivas propostas de intervenção estatal.[29]

---

28. Dentro desse marco político-institucional, os meios de comunicação assumem compromissos destinados a satisfazer uma série de pautas. Entre tais compromissos se destacam a vigilância do contexto sociopolítico, a formação da agenda pública, a instalação de uma plataforma deliberativa autônoma, independente e pluralista, o respeito aos direitos, aos interesses e à diversidade sociocultural da audiência, a oferta de conteúdo midiático que contribua à formação educativa e cultural dos cidadãos e, finalmente, a manutenção de um canal dialógico de comunicação entre o sistema político e a sociedade civil. Sobre o tema, vide, GUREVITCH, Michael; BLUMLER, Jay. Political communication systems and democratic values. In: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and the mass media:* a collection of essays. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 25-26; HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, cit., p. 459-460. Como contrapartida, o sistema político deve proporcionar aos meios e às organizações midiáticas um marco normativo, cuja finalidade seja, de um lado, garantir a liberdade de comunicação social e o direito à informação e, de outro, regular as relações da mídia com o poder público, com o sistema econômico e com a sociedade em geral. Para esse propósito, deve estabelecer normas jurídicas destinadas, entre outras coisas, a regular a publicidade institucional e a outorga de concessões, permissões ou autorizações para a prestação de serviços de radiodifusão, a impedir abuso de poder e a concentração econômica da mídia, a assegurar o pluralismo informativo, a liberdade de imprensa e o segredo profissional e, por fim, salvaguardar a dignidade, a segurança, a liberdade e a independência de editores e jornalistas face aos poderes político e económico. Nesse sentido, HJARVARD, Stig. The mediatization of society, cit., p. 116. Em poucas palavras, o binômio democracia *plus* meios de comunicação pressupõe que a fruição de direitos e garantias tais como a independência, o sigilo profissional e a liberdade de imprensa estão sujeitos à observância intransigente de deveres de ordem informativa, comunicativa e pedagógica, os quais se destinam a incitar os cidadãos a uma reflexão crítica sobre distintas questões e a possibilitar uma genuína participação social nos processos e assuntos políticos. Isso significa que tais direitos e garantias não constituem fins em si mesmos, pelo contrário, implicam a assunção de responsabilidades e compromissos relevantes para o oportuno funcionamento do sistema democrático. Em sentido similar, STRÖMBÄCK, Jesper. Four phases of mediatization: an analysis of the mediatization of politics. *The International Journal of Press/Politics*, 13(03), 2008. p. 242.
29. A propósito do tema, cabe destacar que, embora não seja possível estabelecer uma relação causal entre corrupção e regimes de governo, dada a natureza oculta desse tipo de comportamento e a consequente inexistência ou escassez de dados que possibilitem

Pois bem, apesar dos benefícios que os meios de comunicação aportam ao sistema político, a doutrina especializada afiança a concepção de que os veículos midiáticos se inclinam a edificar uma percepção distorcida da realidade criminal, bem como uma visão sensacionalista do processo penal[30], o que implicaria na

a realização de análises comparativas longitudinais, a prova empírica disponível traça uma forte correlação negativa entre níveis de corrupção e os de consolidação de instituições democráticas. Grosso modo, esses dados sugerem que o potencial da democracia para lutar contra a corrupção depende de que sejam satisfeitas uma série de condições, não sendo suficiente a mera existência de uma disputa política formal através de eleições regulares. Além disso, tais evidências sugerem que as instituições democráticas não são igualmente efetivas no controle da corrupção. Portanto, para que o regime democrático de governo logre criar um ambiente sociopolítico hostil para a propagação de práticas corruptas, além da existência de um processo eleitoral periódico que garanta o exercício do sufrágio livre, direto e secreto, faz-se necessário garantir a transparência no trato dos assuntos públicos, o acesso a diferentes fontes de informação, meios de comunicação livres, independentes e pluralistas, um jornalismo investigativo responsável e eficiente, a liberdade de expressão e manifestação do pensamento e mecanismos eficazes de prestação vertical e horizontal de contas. Uma vez consolidadas essas condições, a democracia é, sem dúvida, o regime de governo mais apto para a prevenção e repressão da corrupção. Sobre o tema, vide, BHATTACHARYYA, Sambit; HODLER, Roland. Media freedom and democracy in the fight against corruption. *European Journal of Political Economy,* 39, 2015. p. 16, 22; BOEHM, Frédéric. Democracy and corruption. *Dimensión Empresarial,* 13(2), 2015. p. 78-80, 84-85; CAMAJ, Lindita. The Media's Role in Fighting Corruption: Media Effects on Governmental Accountability. *The International Journal of Press/Politics*, 18(1), 2013. p. 35-37; CHOWDHURY, Shyamal. K. The effect of democracy and press freedom on corruption: an empirical test. *Economics Letters,* 85, 2004. p. 100, 169-170; DUTTA, Nabamita; SANJUKTA, Roy. The interactive impact of press freedom andmedia reach on corruption. *Economic Modelling,* 58, 2016. p. 227-229, 235; OECD. The role of the media and investigative journalism in combating corruption, p. 6-8; TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of Public Economics, 76*, 2000. p. 437-442; TREISMAN, Daniel. What we have learned about the causes of corruption from ten years of cross-national empirical research? *Annual Review of Political Science, 10*, 2007. p. 228-236; 241-242; XIAOWEN, Tian., LO, Vai Io. Conviction and Punishment: free press and competitive election as deterrents to corruption. *Public Management Review, 11(2)*, 2009. p. 786-788.

30. Sobre o tema e suas respectivas implicações, vide, especialmente DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais..., cit., p. 30-34; CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. Los medios de comunicación y el derecho penal. In: NIETO MARTÍN, Adán. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. (v. I). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2011. p. 188-2007; DOYLE, A. How Not to Think about Crime in the Media. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice,* 48(6), 2006. p. 867-879; FUENTES OSORIO, Juan L. Los medios de comunicación y el derecho penal, cit., p. 4-45; MORALES, Susana. Medios de comunicación y

redução dos níveis de confiança cidadã no sistema jurídico-penal e comprometeria a credibilidade das instituições democráticas.[31] Precisamente sobre a constituição social e simbólica dos casos de corrupção política, a evidência empírica disponível comprova que a cobertura jornalística dispensada pelos meios tradicionais de comunicação é seletiva e, além disso, se plasma em enquadramentos (*frames*) e narrativas que contribuem à dramatização e à espetacularização dos casos de corrupção política, à construção de um viés minimalista que personifica ou partidariza o fenômeno, à descontextualização institucional do comportamento corrupto, à estigmatização de políticos e à idealização de agentes do sistema de justiça criminal, à normalização de formas de abusos de poder na instrução penal, à histeria e à polarização ideológica, à propagação de discursos moralizantes de "combate" à corrupção e de "demonização" da política e, finalmente, à falta de questionamento sobre as verdadeiras raízes da corrupção política.[32]

Em outras palavras, a representação da corrupção política pelos meios de comunicação é produto de um processo midiático de seleção de informação e produção de conteúdo noticioso inspirado em valores, códigos e padrões de editorialização intrínsecos à cultura do espetáculo e do entretenimento[33], os quais

---

sentimiento de inseguridad: un recorrido por sus abordajes y nuevas preguntas. *Delito y Sociedad*, 37(23), 2014. p. 116-129; SOTO NAVARRO, Susana. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RCPC)*, 7(9), 2005. p. 2-5; 41-43; VARONA GÓMEZ, D. Medios de comunicación y punitivismo. *InDret*, 1, 2011. p. 27-30.

31. ROSE, Michelle; FOX, Richard. Public Engagement with the Criminal Justice System in the Age of Social Media. *Oñati Socio-legal Series*, 4(4), 2014. p. 775-776.

32. A propósito, PRIOR, Hélder; GUAZINA, Liziane; ARAÚJO, Bruno. Corrupção e escândalo político: o enquadramento dos escândalos Face Oculta e Mensalão na imprensa portuguesa e brasileira. *Media & Jornalismo*, 14(26), 2016. p. 173-184; SILVA, Maria Terezinha da. Acontecimento: evocando sentidos, provocando ações: uma análise do "Mensalão". *Intexto* (30), 2014. p. 73-77; SOLA-MORALES, Salomé; GALLARDO, Ricardo Rivera. El tratamiento periodístico sobre la corrupción política. Análisis comparado del caso SQM en Chile y del caso de Bárcenas en España. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 23(01), 2017. p. 653-660; ŠKOLKAY, Andrej; IŠTOKOVÁ, Alena. Media coverage of corruption: the role of inter-media agenda setting in the context of media reporting on scandals. *Srodkowoeuropejskie Studie Polityczne*, 2016. p. 129-138; ZAMORA, Rocío; MARÍN ALBALADEJO, Juan Antonio. La representación simbólica del escándalo político. Hacia una tipología de los marcos periodísticos (frames) utilizados en la narración del escándalo de corrupción política. *Razón y palabra*, 73, 2010, item 3 e ss.

33. Para fazer referência a essa opção narrativa dos meios, os autores de língua inglesa costumam recorrer ao neologismo que representa a voz composta *infotainment* (*information* e *entertainment*). Ao tratar do tema, aduz ALTHEIDE, David L. Media logic and

dificultam a aquisição de um conhecimento ilustrado acerca da vida política.[34] A consequência nefasta dessa predileção consiste em que um potencial tratamento holístico e informativamente escrupuloso de um fenômeno tão complexo como o é a corrupção política, cede o passo a abordagens simplistas e comercialmente viáveis, cuja finalidade é alcançar um enfoque jornalístico mais aprazível para uma audiência tida como volúvel e infantilizada. Em última instância, tais práticas intensificam a preocupante e crescente despolitização da comunicação pública, entorpecendo a participação dos cidadãos nos processos políticos e subvertendo o conteúdo das deliberações políticas que sucedem no espaço público.[35]

Na história política recente, o "escândalo Mensalão" é considerado um divisor de águas no que tange à reverberação midiática da persecução penal e à popularização de institutos e instituições do sistema de justiça penal.[36] Desvelado pela

political communication. *Political Communication*, v. 21, n. 3, 2004. p. 294 que, dentro dessa perspectiva, todo e qualquer evento pode ser sumariamente tratado e representado como um relato narrativo com um princípio, meio e fim. Consistiria em uma orientação bastante útil, dada a pressão do tempo a que se submetem os meios na cobertura de um evento, especialmente um de natureza complexa que envolve várias facetas e numerosas interpretações possíveis. Sugere o autor, ademais, que à medida que o público se acostuma com estes formatos, a lógica da publicidade, do entretenimento e da cultura popular passam a ser considerados como uma "forma normal" de comunicação. Finalmente, adverte o autor, que essa linguagem de entretenimento promove uma forma de "comunicação política" que logra alcançar os objetivos dos meios de comunicação no sentido de conquistar e fidelizar a audiência. Por outro lado, permite que cidadãos se mantenham "suficientemente informados" e aptos a intercambiar percepções pessoais sobre temas diversos dentro de seu círculo afetivo privado.

34. Em realidade, é possível afirmar que, via de regra, o processo de seleção de informação e de produção de conteúdo noticioso obedece a uma lógica destinada a atender as necessidades econômicas e de inovação tecnológica a que se enfrentam os meios de comunicação, os quais necessitam sobreviver dentro de um mercado altamente competitivo.

35. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, cit., p. 458. Ao tratar do tema, adverte HADLEY, Arthur. The organization of public opinion. *The North American Review,* 711(201), 1915. p. 194-195 que tais práticas poderiam implicar uma distorção tal da realidade que a audiência já não seria capaz de avaliar e sopesar criticamente as provas reais sobre as que deve fundamentar sua ação política. Assim, o autor cobra uma postura ética dos profissionais dos meios de comunicação, clamando a que cumpram de forma responsável com sua obrigação de informar conscienciosamente aos cidadãos sobre os eventos e incidentes da vida política. Para um resumo sobre estudos que analisam a cobertura jornalística brasileira dos casos de corrupção, vide, MESQUITA, Nuno Coimbra; MOISÉS, José Álvaro; RICO, Bruno. *As diferentes dinâmicas da corrupção*..., cit., p. 200-201.

36. IBCCRIM. Ação Penal 470: um marco para a justiça brasileira. *Boletim do IBCCRIM*, 242(21), 2013. p. 01. Nesse sentido, SILVA, Maria Terezinha da. *Acontecimento*..., cit.,

mídia em 2005[37], tal escândalo consistiu em um caso de corrupção e desvio de dinheiro público, cuja temática central se desenvolveu em torno a um intrincado esquema de financiamento irregular de campanhas eleitorais e de mercantilização do apoio de parlamentares da base aliada para a aprovação de projetos de lei de interesse do governo federal.[38] Segundo decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da APn 470/MG, esse esquema envolvia, entre outros, membros do alto escalão do governo, parlamentares, líderes de diversos partidos políticos, empresários, publicitários e agentes financeiros, os quais foram condenados pela prática dos delitos de lavagem de dinheiro, corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, formação de quadrilha, gestão fraudulenta e evasão de divisas.[39]

Dadas suas características e a exasperada acolhida na imprensa nacional, o "escândalo Mensalão" alcançou uma surpreendente ressonância na opinião pública brasileira. Uma vez que as sessões plenárias foram transmitidas ao vivo pela TV Justiça, o público teve a oportunidade de conhecer cada um dos onze ministros do STF, de acompanhar os debates e a prolatação dos votos, de ver como interagem advogados, promotores e juízes e, por fim, de ter contato com teses jurídicas sofisticadas[40] e com as formalidades e os ritos processuais.[41] No entanto,

---

p. 74, quem, ademais, afirma que o "Mensalão" consistiu em um divisor de águas também no campo da política institucional, na medida em que "polarizou visceralmente grupos político-partidários opostos, cidadãos e segmentos jornalísticos durante e após sua ocorrência. Modificou a forma como o PT e petistas eram antes simbolicamente representados. Reconfigurou o cenário dos afetos, das filiações e das identidades partidárias" (p. 73).

37. Sobre a importância da mídia na revelação do "escândalo Mensalão", vide, MESQUITA, Nuno Coimbra; MOISÉS, José Álvaro; RICO, Bruno. *As diferentes dinâmicas da corrupção*..., cit., p. 217-219.

38. A propósito, vide, AMBOS, Kai. Introdução ao número especial sobre o caso "Mensalão". *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 6*, 2014. p. 261.

39. A propósito, vide, STF, inteiro teor do acórdão APn 470/MG, 2013; STF, ementa do acórdão APn 470/MG, 2013. Para uma breve reconstrução do caso Mensalão, vide, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A tutela da moralidade política pelo direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais (RBCCrim),* 106(22), 2014. p. 252-254.

40. Por exemplo, a versão tupiniquim da "teoria do domínio do fato" desenvolvida por Claus Roxin.

41. Como bem resumiu o editorial do Boletim do IBCCRIM dedicado ao tema, "com a intensa cobertura dada pela mídia ao julgamento, os brasileiros passaram a conhecer cada um dos Ministros, elegendo ídolos e desafetos, acompanhando seus votos, criticando ou elogiando seus posicionamentos. A discussão de teses jurídicas sofisticadíssimas passou a ser conversa corriqueira entre leigos. Professores das Universidades foram chamados a escrever colunas nos jornais de grande circulação e a dar entrevistas em

se, de um lado, a publicidade do julgamento atendeu ao princípio de transparência das decisões judiciais, de outro, sua publicidade opressiva abalou "a serenidade que deve nortear a realização do provimento jurisdicional".[42]

Quanto à cobertura dada ao escândalo pela mídia tradicional, constatou-se que o enquadramento e a estrutura narrativa se caracterizaram, de um modo geral, pela simplificação do fenômeno mediante a atribuição de responsabilidades a pessoas e a partidos políticos concretos e pela utilização do conflito como categoria estruturante.[43] A organização lógico-temporal dos fatos foi construída com base em um discurso maniqueísta próprio de novelas policialescas. Isso significa que, a partir de um raciocínio lógico-especulativo, procurou-se identificar entre os agentes políticos e os agentes do sistema de justiça penal aqueles que representavam os "heróis" e os "vilões" da trama.[44] Da mesma forma, a leitura demasiadamente personalista à qual foi submetido o julgamento da APn 470/MG reduziu o plenário do STF a um palco teatral destinado a albergar um espetáculo risível, cujo enredo foi urdido a partir das desavenças e dissensos – muitas vezes desentoados – entre relator e revisor.[45]

Além da indubitável influência que essa inoportuna abordagem midiática exerceu sobre as jornadas de 2013, cabe destacar outras duas relevantes consequências. De um lado, a espetacularização do julgamento do caso Mensalão resultou no amesquinhamento da mais alta instância do poder judiciário brasileiro. Em lugar de esclarecer à audiência o papel institucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do sistema jurisdicional e, sendo o caso, questionar a conveniência de um desenho institucional que atribui amplas competências a um órgão que deveria constituir-se, exclusivamente, como guardião da Constituição, os veículos midiáticos se limitaram a dramatizar os

programas televisivos, esclarecendo à população aspectos relacionados ao julgamento, tornando um pouco mais palatável os pronunciamentos intrincados assistidos na TV Justiça" (IBCCRIM, op. cit., p. 1).

42. DIAS, Marina; LEONARDO, Hugo. O mal-estar de um julgamento. *Boletim do IBCCRIM,* 242(21), 2013. p. 6.

43. PRIOR, Hélder; GUAZINA, Liziane; ARAÚJO, Bruno. *Corrupção e escândalo político*..., cit., p. 178; SILVA, Maria Terezinha da. *Acontecimento*..., cit., p. 83.

44. Nesse sentido, PRIOR, Hélder; GUAZINA, Liziane; ARAÚJO, Bruno. *Corrupção e escândalo político*..., cit., p. 178.

45. Como bem adverte QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. O papel dos vencidos. *Boletim do IBCCRIM*, 242(21), 2013. p. 17, "assistir ao plenário do STF de forma personalista reforça o individualismo no seio de um órgão que só se sustenta, politicamente, se funcionar de forma coletiva. Em longo prazo, julgamentos com heróis e vilões só depreciam a autoridade da corte – e, por corolário, do próprio Poder Judiciário".

conflitos individuais e as práticas institucionais do tribunal, bem como a incitar a opinião pública no sentido de questionar a legitimidade e neutralidade de determinados ministros para julgar o comportamento delitivo de líderes partidários, congressistas e membros das altas esferas governamentais.[46]

De outro, embora as investigações da "CPI do Mensalão" e a instrução penal realizada no âmbito da APn 470/MG tenham escancarado as mazelas de um presidencialismo de coalizão em que o excessivo número de partidos políticos obriga o governo a costurar alianças com forças políticas muitos distintas entre si desde o ponto de vista tanto programático como ideológico, a construção social e simbólica do escândalo pelos veículos da mídia tradicional, via de regra, se alicerçou em uma visão moralista e individualista do fenômeno corrupção política. Tergiversando o exame dos problemas intrínsecos ao desenho institucional do sistema político-partidário e eleitoral brasileiro, tais meios se restringiram a reforçar o discurso de demonização da política, inculcando no imaginário social a ideia de que o "combate" à "chaga" que representa a corrupção política se concretiza mediante a atribuição de responsabilidade penal aos atores políticos envolvidos no esquema delitivo.[47]

2.3. A deflagração da Operação Lava Jato

Em meio a esse turbulento contexto midiático e político-social, mais concretamente em 17 de março de 2014, a polícia federal deflagrou a investigação massiva que posteriormente seria conhecida como Operação Lava Jato. O foco inicial da investigação foi desarticular um esquema delitivo que envolvia os principais personagens do mercado clandestino de câmbio no Brasil, os quais eram responsáveis pela movimentação financeira de pessoas físicas e jurídicas envolvidas com a prática de crimes como o tráfico internacional de drogas, corrupção de agentes públicos, sonegação fiscal, evasão de divisas, extração, contrabando de pedras preciosas, desvios de recursos públicos, etc.[48] Passados quatro anos, a operação conta com mais de cinquenta fases e seus desdobramentos, na esfera judicial, resultaram na condenação de empresários, doleiros, parlamentares e líderes políticos por crimes de corrupção ativa e passiva, evasão de divisas, fraudes em processos licitatórios, lavagem de dinheiro, organização criminosa etc.[49]

---

46. Sobre o tema, vide comentários em QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *A tutela da moralidade política pelo direito penal*, cit., p. 255-256.
47. Nesse sentido, SANTOS, Eduardo Heleno. Crise de representação política no Brasil e os protestos de junho de 2013, p. 85.
48. Segundo informações disponíveis em: [www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato].
49. Segundo informações disponíveis em: [www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/fases-da-operacao-lava-jato-1/copy_of_fases-da-lava-jato-2017].

Pois bem, em que pese sua inequívoca importância e indiscutíveis méritos no que tange ao desvelamento de uma rede altamente complexa de transações corruptas e prática de delitos correlatos, a Operação Lava Jato está marcada por uma dinâmica juridicamente questionável, tendo sido alvo de constantes indagações e denúncias por parte de diversos juristas e advogados as quais se destinam a evidenciar as contínuas e persistentes ilegalidades cometidas pelos agentes públicos envolvidos na investigação policial e na instrução processual penal dos crimes abarcados pela operação. Entre as principais críticas se encontram: a violação ao princípio de ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade judicial e, como consequência, do devido processo legal[50], o levantamento ilegal do sigilo de interceptações telefônicas e suas repercussões nos meios de comunicação[51], a generalização da decretação de prisões preventivas, às quais se seguem acordos de delação premiada potencialmente reprováveis em virtude da ausência de voluntariedade do denunciante e do incremento de informações potencialmente

50. BAHIA. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O direito à deriva, o (in)esperado. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017. p. 43-46; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Quando o processo legal não é seguido, a democracia perde. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017. p. 47-50; PRONER, Carol; RICOBOM, Gisele. O devido processo legal em risco no Brasil: a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos na análise da sentença condenatória de Luis Inácio Lula da Silva e outros. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017. p. 77-82; ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017. p. 128-130; FREITAS, Felipe da Silva. O "caso Lula" e as tendências autoritárias da justiça brasileira: direito, política e advocacia criminal. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença an*unciada: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017; WALKER JUNIOR, James. A criminalização da ampla defesa. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017. p. 176-179; CARDOZO. José Eduardo Martins. Vivendo o direito. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017; CALDAS, Roberto de Figueiredo. O devido processo entre a justiça e a política. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017. p. 397-402.

51. SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas à perda da imparcialidade objetiva. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017. p. 51-55; FELIPPE, Márcio Sotelo. Lawfare, esse crime chamado justiça. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017. p. 308-312.

inverídicas[52], a realização de condutas coercitivas ao arrepio da legislação processual penal[53], a politização da operação[54] e, finalmente, o aprofundamento da espetacularização dos procedimentos penais.[55]

No que respeita especificamente à campanha "Dez medidas contra a corrupção", a importância da Operação Lava Jato se fundamenta em duas principais circunstâncias. De um lado, tanto as medidas de "aperfeiçoamento" propostas como a campanha de promoção correspondente foram idealizadas e capitaneadas por membros de Ministério Público Federal que integram a força-tarefa da operação em Curitiba.[56] Com isso, o capital político-mediático gerado pela deflagração da Operação Lava Jato serviu de impulso e justificativa plausível para a elaboração das medidas e o lançamento da campanha. De outro, a deflagração e os desdobramentos da operação contribuíram ao incremento da percepção social no sentido de que a corrupção é um "mal" que assola o sistema político brasileiro e que, portanto, "algo" deve ser feito para "combater" esse fenômeno.[57]

---

52. Sobre o tema, vide, entre outros, BOTTINO, Thiago. *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal*..., cit., 2016. p. 359-390; SUXBERGER, Antônio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, 3(1), jan.-abr. 2017. p. 195-221; BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p 119.
53. SILVA, Otavio Pinto e. Uso e abuso da condução coercitiva. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*, Bauru: Canal 6, 2017. p. 358-360.
54. AVRITZER, Leonardo. O Estado de direito, crise política e OPERAÇÃO Lava Jato. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017. p. 266-271.
55. FERREIRA, Otávio Dias de Souza. O calvário político do eminente reitor. *Boletim do IBCCRIM*, ano 25, n. 300, nov. 2017. p. 18-19. Sobre a configuração do escândalo político e a midiatização da Operação Lava Jato, vide, PRIOR, Hélder. Escândalo político e narratologia: tecendo os fios narrativos dos casos Face Oculta e Lava Jato. *Revista Famecos. Mídia, Cultura e Tecnologia*, v. 25, n. 1, jan.-abr. 2018. p. 16-20.
56. Segundo informações disponíveis em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico].
57. A título ilustrativo, importa destacar que a deflagração da Operação Lava Jato, o tratamento mediático dos escândalos de corrupção política e sua repercussão internacional, bem como o impeachment da presidenta Dilma Rousseff teriam influenciado negativamente no desempenho do País no índice de percepção da corrupção elaborado pela ONG Transparência Internacional de 2015. Embora o Brasil nunca tenha alcançado uma posição confortável nesse ranking, entre 2012 e 2014, sua pontuação oscilava

Pois bem, uma vez identificado, ainda que brevemente, o contexto político no qual emerge a campanha "Dez medidas contra a corrupção', passo a dedicar minha atenção à teoria da construção da agenda. O objetivo imediato dessa abordagem é aclarar alguns dos principais conceitos articulados pela teoria, identificar os atores sociais que participam do processo de formação da opinião pública, bem como indicar os modelos de construção da agenda propostos por Cobb, Elder e Cobb, Ross, Ross. Assentadas essas bases, o seguinte passo será ajustar o processo de deliberação pública que envolveu as "Dez medidas" a um desses modelos, bem como, de um lado, problematizar a disfunção social *corrupção* e, de outro, apontar as *justificativas, estratégias* e *recursos* utilizados pelo Ministério Público Federal para lograr o apoio da sociedade às reformas legislativas propugnadas pelo projeto de lei de iniciativa popular.

3. A teoria da construção da agenda

3.1. A construção da agenda como um processo decisório

3.1.1. A definição da "agenda"

O vocábulo *agenda* é utilizado em distintas áreas das ciências sociais para fazer referência a um conjunto de temas, conflitos, circunstâncias ou necessidades que, por ser consideradas dignas de atenção, compõem o universo de preocupação de indivíduos, grupos sociais, instituições públicas, empresas privadas ou da sociedade globalmente considerada.[58] Apesar do amplo alcance semântico atribuído ao vocábulo, dentro do marco teórico proposto, o termo *agenda* é utilizado de forma mais restrita, servindo para identificar o conjunto de disfunções, questões e problemas sociais que formam parte da gama de preocupações coletivas que, hipotética ou efetivamente, mereceriam a atenção ativa e comprometida dos órgãos políticos.[59]

Nesse contexto, Cobb e Elder e Cobb, Ross e Ross fazem distinção entre agenda pública e agenda formal.

---

entre 42 e 43 pontos numa escala de 0 a 100 pontos. Já, entre 2015 a 2017, esse marco sofreu uma queda significativa, oscilando entre 37 e 40 pontos. Tais valores posiciona o Brasil entre os países com níveis insatisfatórios de corrupção percebida por empresários e peritos nacionais. Mais informações disponíveis em: [www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017].

58. Daí a generalização do uso de expressões como agenda mediática, agenda judiciária, agenda corporativa, agenda global etc.

59. ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. *The politics of agenda-building*…, cit., p. 905.

A expressão *agenda pública* (ou sistêmica) abarca o conjunto de assuntos de relevância política que, devido ao seu alto nível de visibilidade, credibilidade e interesse social, lograram ser concebidos por uma parcela considerável da sociedade como preocupações sociais dignas de atenção por parte dos agentes responsáveis pela tomada de decisões políticas.[60] Abrange, portanto, aquelas disfunções sociais, sejam elas reais ou aparentes, que, de forma mais candente, suscitam discussões em âmbitos comunicacionais relevantes da sociedade.[61] A locução *agenda formal* (ou institucional), por outro lado, diz respeito ao acervo de disfunções sociais que, uma vez submetidas a um processo de delimitação conceitual, agregação de interesses e identificação das possíveis soluções, lograram superar os mecanismos institucionais tendentes a limitar a entrada de demandas sociais no sistema político, passando a ser consideradas pelos poderes públicos como problemas sociais passíveis de consideração política segundo vias democráticas juridicamente institucionalizadas.[62] Dessa forma, a agenda formal reflete a percepção dos poderes públicos sobre quais problemas sociais merecem a atenção das estruturas estatais do sistema político em um momento concreto.[63]

---

60. ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. *The politics of agenda-building*…, cit., p. 905-906. Sobre o tema, vide, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*..., cit., p. 29-30 quem se vale da expressão *agenda temática social* para fazer referência à agenda pública.

61. Na esteira do entendimento de RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*..., cit., p. 28, entendo por disfunção social "a falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou a falta de resposta que a ela dá o subsistema jurídico, nesse caso o Direito Penal". Como adverte o autor, as disfunções sociais podem ser reais ou aparentes, sendo estas últimas entendidas como representações da realidade social desacreditadas pelos dados empírico-sociais (p. 29).

62. Sobre o tema, vide, SUBIRATS, Joan. *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, cit., p. 55; COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 126-127; ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. *The politics of agenda-building*…, cit., p. 905-906; COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*, cit., p. 160.

63. SUBIRATS, Joan. Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración, cit., p. 55. Aduzem ELDER, Charles D., COBB, Roger W. *The politics of agenda-building*…, cit., p. 906 que tanto uma como outra classe de agenda figuram como os principais focos dos processos políticos pré-decisionais. Entretanto, destacam os autores que a "agenda sistêmica será sempre mais abstrata, mais geral em alcance e domínio que qualquer agenda institucional dada. Além disso, as prioridades dessa agenda não correspondem necessariamente às prioridades das agendas institucionais. Em realidade, poderia haver uma discrepância considerável entre ambas. É possível especular, como hipótese geral, que quanto maior seja a disparidade entre os tipos de agenda, maior será a intensidade e frequência do conflito dentro do sistema político".

Segundo essa perspectiva, portanto, o fato de que uma determinada disfunção social alcance o status de agenda pública não implica sua inclusão automática na agenda dos órgãos responsáveis pela tomada de decisões coletivamente vinculantes.[64] De fato, distintos autores ressaltam a discrepância considerável que pode existir entre os conteúdos e as prioridades da agenda pública com relação aos conteúdos e prioridades da agenda formal, discrepância essa que, ocasionalmente, pode acarretar conflitos, cuja frequência, gravidade e idoneidade poderiam implicar uma profunda desestabilização do funcionamento do sistema político.[65] No entanto, os autores conjecturam que talvez a forma mais segura de alcançar e manter o status de agenda institucional consiste em, previamente, haver ingressado na agenda pública.[66] Por outro lado, a inclusão de uma determinada demanda na agenda institucional não implica a concretização de decisões coletivamente vinculantes tendentes a modificar a realidade social correspondente. Simplesmente significa que o assunto será objeto de análise e consideração pelos órgãos estatais competentes.[67]

64. Na verdade, trata-se de um equívoco concluir que toda e qualquer disfunção social se converte em uma demanda capaz de ingressar no sistema político. Como acertadamente ressalta EASTON, David. *Esquema para el análisis político*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2012. p. 165-166, os sistemas políticos contam com mecanismos tendentes a limitar a entrada indiscriminada de *inputs* no sistema político, dado que o excessivo volume de demandas e apoios sociais poderia se converter em tensões suficientemente graves que colapsariam o funcionamento do sistema político. Sobre o tema, enfatizando a questão a partir da teoria da formação dos problemas sociais, BLUMER, Herbert. *Social problems as collective behavior*, cit., p. 300-302.

65. Tal como advertem ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. *The politics of agenda-building*…, cit., p. 906, devido à inércia presente em qualquer sistema político, as agendas institucionais estarão sempre um passo atrás das agendas sistêmicas. Isso significa que sempre existirá um mínimo de conflito social, e isso mesmo nos sistemas mais receptivos e harmoniosos. A magnitude desse distanciamento será mais ampla em períodos de descontinuidades severas do sistema, político como depressões, guerras e mudanças tecnológicas. Se a lacuna se tornar demasiadamente profunda, o sistema político deixará de funcionar de forma efetiva e poderá até ser destruído. Portanto, a viabilidade de um governo está diretamente relacionada com sua capacidade de lidar com as diferenças entre os dois tipos de agendas e de manter a magnitude do distanciamento dentro de limites toleráveis. Isso decorre do fato de que a legitimidade, ao contrário da legalidade, é sempre condicional e deve ser conquistada e sustentada para que o sistema mantenha a confiança e a vitalidade popular. Nesse sentido, vide, COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics…*, cit., p. 14.

66. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*…, cit., p. 161.

67. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*…, cit., p. 161.

3.1.2. A definição do "espaço público"

Uma vez esclarecido o sentido do termo agenda, cabe delimitar o sentido da expressão espaço público.

Ao abordar o tema no contexto de sua teoria sobre democracia deliberativa, Habermas define *espaço público* (*Öffentlichkeit*) como uma rede extraordinariamente complexa para a comunicação de conteúdo e tomadas de postura, na qual os "fluxos de comunicação são filtrados e sintetizados de tal sorte que se condensam em opiniões públicas reunidas em torno a temas específicos".[68] No contexto de sociedades complexas, essa esfera deliberativa se ramifica espacialmente em uma pluralidade de espaços internacionais, nacionais, regionais, municipais e subculturais, os quais podem confundir-se uns com os outros.[69] Com respeito ao conteúdo, tais espaços se estruturam em arenas de deliberação temática que, se bem mais ou menos especializadas, continuam sendo acessíveis a um público de leigos, de forma que a inteligibilidade do discurso está condicionada ao domínio de uma linguagem natural e cotidiana.[70] Finalmente, no que toca à densidade, complexidade de organização e alcance da comunicação, o espaço público se diferencia em distintos níveis. Podem abarcar tanto situações caracterizadas pela presença física dos participantes e expectadores, tais como os debates e as conversações episódicas realizadas nas ruas, cafés, bares, reuniões, comícios e assembleias populares, como a esfera pública abstrata criada pelos meios de comunicação.[71] Assim, uma porção do espaço público se constituiria em cada conversação na qual os indivíduos privados se reúnem como público e deliberam livremente sobre assuntos de interesse coletivo.[72] Uma vez constituído, este espaço se reproduz através da ação comunicativa e, por intermédio dos meios de comunicação, pode expandir-se para além dos limites de infraestruturas físicas destinadas a um público presente, alcançando um público virtual de leitores, ouvintes e expectadores, espalhados por âmbitos espaciais mais ou menos amplos.[73]

---

68. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 440-441, 454. Para uma análise mais detalhada sobre a concepção de Habermas sobre espaço público, vide, basicamente, HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 439-469; HABERMAS, Jürgen. *Historia crítica de la opinión pública*: la transformación cultural de la vida pública. México: Ediciones G. Gili, S.A, 1997. p. 261-297; HABERMAS, Jürgen. *The public sphere*, cit., p. 49.
69. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 454.
70. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 453-454.
71. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 454-455.
72. Nesse sentido, HABERMAS, *Jürgen. The public sphere*…, cit., p. 49.
73. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 441, 455.

O *espaço público*, portanto, funciona como uma "estrutura intermediária que estabelece uma mediação entre o sistema político, por um lado, e os setores privados do mundo da vida e os sistemas de ação, por outro".[74] Consiste em uma rede complexa para a comunicação de conteúdos e tomadas de posturas sobre questões politicamente relevantes[75], cuja função é servir como caixa de ressonância para problemas que devam ser elaborados pelos órgãos políticos do Estado. Logo, nessa esfera deliberativa, os problemas sociais devem ser percebidos, identificados e convincentemente tematizados, de forma que possam ser assumidos e elaborados pelo complexo parlamentário.[76]

3.1.3. Os atores sociais presentes no espaço público

Superadas essas premissas conceituais, passo a dedicar-me tanto à identificação e descrição dos atores sociais presentes no espaço público como à abordagem das formas de influência que, hipoteticamente, tais atores poderiam exercer sobre os processos de definição coletiva de problemas sociais. Dentro desse contexto, resulta ilustrativo destacar a advertência de Habermas no sentido de que quanto mais o espaço público se expande e mais abstrata é a forma que adota, mais marcada será a diferença "entre organizadores, oradores e ouvintes, entre arena e galeria, entre palco e galeria de expectadores".[77]

De um lado, atuando no palco do espaço público, estão os *atores impulsores*, os quais se arrogam o papel de promotores de certos interesses e demandas dentro do processo de definição coletiva de problemas sociais. Por meio de diferentes operações e estratégias, tais atores problematizam uma determinada disfunção social. Atribuem sentido, materialidade, credibilidade e autonomia à sua versão da questão mediante a apresentação de argumentos, interpretações e dados, reais ou fictícios, os quais permitem que sejam assentadas as bases de uma discussão social a respeito.[78] Buscam a conscientização do público sobre a temática, seja pa-

74. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 439, 454. A propósito, HABERMAS, Jürgen. *The public sphere*, cit., p. 50.

75. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 439-440. Também nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. *The public sphere*, cit., p. 49.

76. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 377, 439-440.

77. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 444. Nesse sentido, MAZZOLENI, Gianprieto; SCHULZ, Winfried. *Mediatization* of Politics, cit., p. 250.

78. Em sentido similar, RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais...*, cit., p. 28. Sendo assim, conclui BLUMER, Herbert. *Social problems as collective behavior*, p. 301 que o problema social é o ponto de convergência entre distintas intenções,

ra promovê-la seja para preveni-la.[79] Vinculam a essa "versão" do problema alternativas de solução ajustadas às diferentes capacidades do sistema político[80], ao passo que procuram tergiversar ou impedir que adquiram destaque outras possíveis "versões de" e "respostas a" esta mesma realidade disfuncional.[81]

Grosso modo, a categoria dos atores impulsores engloba cidadãos politicamente ativos, agentes públicos, associações corporativas e, igualmente, forças políticas, econômicas e sociais, tais como partidos políticos, entidades de classe, grupos de interesse, grupos de pressão e movimentos sociais.[82] Dada sua destacada heterogeneidade, os atores impulsores gozam de capacidade para a problematização eficaz de assuntos coletivos, recursos humanos e financeiros, capital social, influência e peso político que se diferenciam segundo seu respectivo prestígio, nível socioeconômico, projeção político-social, organização e capacidade argumentativa. Como consequência dessa distribuição iníqua de aptidões e faculdades, constata-se uma significativa desigualdade no que tange à capacidade de acesso aos canais decisivos de influência política, tais como os tradicionais

---

variados objetivos e interesses divergentes e conflitivos. A interação dessas intenções, interesses e objetivos constitui a forma em que uma sociedade se ocupa de qualquer de seus problemas sociais.

79. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 127.

80. Em sentido similar EASTON, David. *Esquema para el análisis político*, cit., p. 167-168; BLUMER, Herbert. *Social problems as collective behavior*, cit., p. 300-301.

81. Daí a assertiva de HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 443 no sentido de que "no espaço da opinião pública se formam influências e nele se luta para exercer influência". Sobre o tema, vide, COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 127; BLUMER, Herbert. *Social problems as collective behavior*, cit., p. 303-304.

82. Nesse sentido, MAZZOLENI, Gianprieto; SCHULZ, Winfried. *Mediatization* of Politics, cit.; p. 250-251. Em realidade, HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 444, 447, 456-457, distingue duas classes de atores. De um lado, estão os atores que emergem do público e participam da reprodução do espaço público através da ação comunicativa. Nesse grupo estariam incluídos os movimentos sociais e as organizações da sociedade civil que nascem de forma mais ou menos espontânea. Esses grupos e organizações, segundo o autor, recolhem a ressonância que as constelações de problemas sociais encontram nos âmbitos da vida privada, a condensam e elevando-lhe, por assim dizer, o volume e a voz, a transmitem ao espaço da opinião pública política. Do outro lado, encontram-se os atores que ocupam o espaço público para utilizar-se dele. Este grupo englobaria, por exemplo, os grupos de interesse grandes, bem organizados e ancorados nos sistemas funcionais da sociedade, que através do espaço público-político exercem influência sobre o sistema político.

meios de comunicação de massa, o reconhecimento da questão em plataformas de partidos políticos ou o contato pessoal com parlamentares e líderes políticos relevantes.[83] Ao lado desse significativo desequilíbrio de forças nos deparamos com o fato de que o número potencial de demandas e problemas sociais que emergem da sociedade excede, e muito, à capacidade de reconhecimento e processamento do sistema político e que, além disso, algumas demandas e problemas sociais gozam de uma reconhecida prioridade umas sobre as outras.[84]

Em suma, quando abordamos a questão acerca dos atores impulsores e das estratégias que utilizam para exercer influência sobre os responsáveis pela tomada de decisões políticas, devemos considerar que o funcionamento de todo sistema político está condicionado por distorções que refletem a existência de um sistema de preferências que assegura um tratamento diferencial e mais favorável a certos atores políticos e a determinados problemas sociais em detrimento de outros.[85] Assim, enquanto demandas salariais de membros do alto escalão do poder judiciário encontram acolhida automática na agenda institucional do poder executivo, demandas de grupos tradicionalmente desprestigiados como o movimento negro, o feminista, o LGBT ou o indígena exigem uma maior sensibilização e mobilização social para serem levados em consideração pelos responsáveis por políticas públicas e programas legislativos.[86] Em todo caso, e em que pese essas marcadas diferenças, tais atores compartem um desiderato comum: conquistar o apoio e a aprovação de amplas maiorias ou de grupos detentores de um poder privilegiado de influência quanto à importância da disfunção ou problema social suscitado, à sensatez de seus argumentos e à conveniência das soluções

83. A propósito, vide, COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building, cit., p. 89-92. Nesse sentido, ALMOND, Gabriel Abraham; POWELL, G. Bingham; DALTON, RUSSEL J.; STRØM, Kaare. *Comparative politics today*…, cit., p. 72-74. Não devemos olvidar que, como demonstram o escândalo Mensalão e a Operação Lava Jato, em sociedades marcadas por uma cultura política patrimonialista e por um sistema político disfuncional, a corrupção consiste em um dos canais de influência política mais utilizado – e, de certa forma, normalizado – pelos atores impulsores que possuem maiores recursos políticos e econômicos.

84. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *The politics of agenda-building*..., cit., p. 901-902; COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 126.

85. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *The politics of agenda-building*..., cit., p. 901.

86. Em casos mais extremos, os agentes impulsores podem chegar a utilizar estratégias ilícitas ou, como mínimo, questionáveis de influência política, tais como a prática de terrorismo e os protestos marcados pela violência contra símbolos institucionais vinculados ao Estado ou ao sistema capitalista.

propostas, tudo isso dirigido a exercer uma influência mais decisiva sobre os responsáveis pela tomada de decisões coletivamente vinculantes.[87]

À margem dessa disputa argumentativa, ocupando a galeria e exercendo o papel de expectador do conflito político e destinatário dos argumentos e estratégias discursivas desenvolvidas no palco, encontra-se o *público*.[88] Em termos gerais, o público consistiria em uma instância dialógica formada por indivíduos que refletem, debatem e emitem juízos valorativos tanto quanto a eventos e incidentes sociopolíticos de seu entorno como quanto a informações, dados e argumentos que partem do palco sobre questões de interesse social que, se bem devam ser tematizadas, debatidas e solucionadas coletivamente, repercutem nas respectivas esferas privadas.[89] Dado que o acesso ao espaço público está garantido a todos os cidadãos[90], o público está formado por pessoas que procedem de grupos e ambientes socioeconômicos heterogêneos, que gozam de distintas capacidades econômicas e cognoscitivas, que professam diferentes ideologias e que acumulam experiências biográficas muito dispares.

Dadas essas características, advertem Cobb e Elder, de certa forma coerente com o entendimento de Habermas e Blumer, que não existe um público único e indiferenciado. Tanto a estrutura como os níveis de preocupação do público com respeito a um determinado conflito social dependerão da natureza desse conflito. Isso significa que a sociedade estaria constituída por um complexo de públicos justapostos, os quais passam a ter existência como uma resposta natural ao surgimento de um tema, situação, conflito ou problema social particular.[91] As-

87. BLUMER, Herbert. Social problems as collective behavior, cit., p. 185.

88. Para uma abordagem crítica sobre as várias acepções atribuídas ao termo "público", ALLPORT, Floyd. H. Toward a science of public opinion. *Public Opinion Quarterly*, 1(1), 1937. p. 7-9.

89. Pese a esta concepção, faz-se necessário destacar que a teoria política assume que mesmo em sociedades politicamente participativas, sempre haverá um setor da cidadania que simplesmente não participa do debate político coletivo. A esses cidadãos os cientistas políticos atribuem a alcunha de "os crônicos *know-nothing*" (MAZZOLENI, Gianprieto; SCHULZ, Winfried. "*Mediatization*" of Politics, p. 254). Essas personas eludiriam participar do debate público, seja devido à falta de interesse pela política em geral, seja porque possuem um acesso muito restrito aos canais de informação política disponível, seja porque a instrução é tão deficitária que impediria que esses cidadãos percebessem a necessidade de intervir nos assuntos públicos. Sobre o conceito de público, vide, BLUMER, Herbert. *Social problems as collective behavior*, cit., p. 181-183.

90. HABERMAS, Jürgen. *The public sphere*, cit., p. 49. Também nesse sentido, SCHULZ, Winfried. *Reconstructing mediatization as an analytical concept*, cit., p. 91.

91. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building, cit., p. 104.

sim, argumentam os autores que o universo de pessoas que representam o público está dividido em dois grandes grupos: os públicos específicos e os públicos gerais, os quais se diferenciam segundo o grau de interesse inicial de seus membros sobre uma controversa política em particular e os diferentes níveis de envolvimento e interesse de seus membros em assuntos públicos em geral.[92]

Os públicos específicos são formados por membros dos grupos de identificação e dos grupos de atenção.

Os *grupos de identificação* são constituídos por indivíduos que formam parte de uma mesma agremiação, seja ela política, profissional ou institucional. Abarcariam, portanto, os militantes de movimentos sociais, os membros de organizações sindicais e de agremiações partidárias, assim como os integrantes de grupos corporativos empresariais, institucionais ou religiosos. Dado que esses indivíduos se identificam com, focam sua atenção em, e estão orientados à defesa dos interesses genéricos de suas respectivas agremiações, cabe esperar que tais agentes simpatizem com os agentes impulsores que fazem parte da mesma coletividade, bem como apoiem as demandas relacionadas com os interesses do grupo. Embora possam variar em intensidade, os vínculos que se formam entre os membros do grupo de identificação serão relativamente estáveis e duradouros. Como consequência, sempre que existam conflitos involucrando tanto os membros dessas coletividades como os respectivos interesses corporativos, vislumbra-se uma maior sensibilidade e pronta implicação desse grupo na deliberação coletiva à medida que ela alcança o espaço público.[93]

O público dos *grupos de atenção*, por outro lado, está formado por indivíduos que se interessam por questões sociais específicas, tais como o "combate" à corrupção, a descriminalização do aborto e da eutanásia, a proibição da pena de morte, a conservação do meio ambiente etc.[94] Por conseguinte, sua participação na contenda política e sua respectiva mobilização estão condicionadas a que as questões involucradas no conflito coincidam com as temáticas abarcadas pela

92. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 128. Sobre o tema, COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building, cit., p. 105.

93. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building, cit., p. 105-106. Nesse sentido, vide COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 128.

94. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building, cit., p. 106, também utilizam a expressão *issue publics* para se referirem ao público de atenção.

esfera de preocupação do grupo. Nesse caso, os membros do grupo de atenção serão conscientes de uma controvérsia política muito antes de que ela se torne visível ou passe a ser objeto de preocupação do público em geral. Dessa forma, sua mobilização nas deliberações públicas ocorre com relativa rapidez e com independência das aspirações dos agentes promotores ou dos membros do grupo de identificação.[95] Pertencem ao grupo de atenção, por exemplo, os membros de grupos de pressão ou dos grupos de interesse organizados em torno a questões sociais específicas e implicados em seu reconhecimento como problemas sociais dignos de consideração pelo sistema político.[96] A título exemplificativo menciona-se o movimento feminista e LGBT.

Os grupos genéricos, por sua vez, emergem do chamado "público de massas"[97], sendo os últimos a se mobilizarem e a participarem em deliberações sobre assuntos de interesse coletivo. Esses grupos abarcam o público atento e o público em geral.

De acordo com Cobb e Elder, o *público atento* engloba aquela parcela minoritária da população que provém de classes e estratos sociais com níveis mais altos de escolaridade e rendimento econômico.[98] Compreende pessoas que estão bem informadas e interessadas nos assuntos públicos em geral, sendo por seu intermédio que segmentos menos politicamente participativos da sociedade tomam conhecimento da existência de um determinado conflito social.[99] Tendo em vista

95. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building, cit., p. 106. Para COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 129, pese a que a participação na disputa dos grupos de atenção independa da vontade dos agentes impulsores, não restam dúvidas de que seu interesse e participação são úteis para chamar atenção sobre o tema e para incrementar o conhecimento do público sobre ele. Em algumas controvérsias, a expansão de um tema a vários grupos de atenção será suficiente para lograr o estado de agenda institucional. Em outras, além dos grupos de atenção, será necessária a implicação do público de massas.

96. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building…, cit., p. 106.

97. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 129.

98. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building…, cit., p. 107. Afirmam os autores que, em realidade, haveria indícios de que a amplitude do público atento aumentaria à medida que se incrementa o nível educativo geral da população.

99. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building…, cit., p. 107. Para os autores, é desse grupo que surgem os líderes de opinião.

sua heterogeneidade e a consequente falta de coesão entre seus integrantes, uma vez que as deliberações sobre uma determinada disfunção social alcançam o espaço público, tais indivíduos podem ser atraídos pelos argumentos e propostas de qualquer um dos lados da disputa política. Além disso, dado que sustentam opiniões sólidas sobre grande parte das questões de interesse coletivo, uma vez definido o problema social em um sentido particular, tais indivíduos figuram entre os elementos da população menos suscetíveis de serem persuadidos por argumentos opostos, sendo pouco produtivos os esforços empreendidos nesse sentido.[100]

Por fim, o *público em geral* está constituído pela parte menos ativa, menos interessada e menos informada da população. Será este o último segmento da audiência em mobilizar-se e a involucrar-se em controvérsias políticas.[101] Na verdade, seu interesse e participação efetiva no processo de definição de problemas coletivos é bastante inusual e somente será possível quando os agentes impulsores lograrem atribuir um sentido genérico e simbólico à questão objeto de debate público. Em todo caso, o comprometimento dessa parcela da audiência será efêmero e as reações aos estímulos que partem do palco do espaço público bastante desorganizadas.[102] Pese a isso, advertem Cobb, Ross e Ross, que quando as disfunções ou problemas sociais possam ser definidos de forma suficientemente ampla, a implicação do público em geral será frequentemente crucial para obrigar os responsáveis pela tomada de decisões estatais a incluir o tema em questão na respectiva agenda institucional.[103]

Finalmente, exercendo o papel de mediador da comunicação política e de provedor de informações a respeito de assuntos politicamente relevantes estão os meios de comunicação de massas. Como mencionado em linhas anteriores, a televisão, o rádio, os jornais e as revistas de grande circulação são responsáveis por construir o espaço público e, além disso, constituem a principal fonte de informação sobre a política e a atualidade. Ambas as atribuições garantem à mídia o poder de decidir quais atores sociais terão acesso ao público, como serão definidos os termos desse acesso e, por último, como será projetada a imagem

100. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 129.

101. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building…, cit., p. 107.

102. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building…, cit., p. 107-108. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 129.

103. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 129.

pública desses atores.[104] Da mesma forma, asseguram-lhe um relevante poder de decisão sobre quais informações políticas, representações da realidade, problemas sociais e respectivas propostas de solução política ganharão protagonismo no debate público.[105]

3.2. Os modelos de construção da agenda

A teoria da formação da agenda desenvolvida por Cobb, Elder e Cobb, Ross, Ross busca compreender as formas mediante as quais os diferentes grupos do público tomam conhecimento e, eventualmente, participam de disputas políticas envolvendo questões de interesse coletivo.[106] Para alcançar esse objetivo, os autores propõem três modelos distintos de construção da agenda, cuja diferenciação obedece às peculiaridades de cada uma das etapas que formam parte da trajetória percorrida por um problema social, sendo elas, a iniciação, a especificação, a expansão e a entrada. Em linhas gerais, tais fases podem ser resumidas na seguinte forma: a *iniciação,* consistiria na primeira fase do processo de construção da agenda, correspondendo à articulação de demandas realizada, em termos muito genéricos, por atores impulsores provenientes tanto da sociedade civil como do sistema político; a segunda fase seria a da *especificação,* na qual essas demandas genéricas e difusas são traduzidas e articuladas em um conjunto mais ou menos amplo de demandas específicas; a terceira fase, acaso existente, consistiria na *expansão* do alcance, da intensidade e da visibilidade da demanda a setores mais amplos da sociedade, o que poderia resultar na redefinição da abordagem originalmente idealizada pelos agentes impulsores[107]; finalmente, a quarta fase, consistiria na *entrada* do problema social socialmente articulado na agenda institucional correspondente.[108]

---

104. Nesse sentido, MAZZOLENI, Gianprieto; SCHULZ, Winfried. *Mediatization* of Politics, cit., p. 250-251; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 457.

105. Sobre o tema, MAZZOLENI, Gianprieto; SCHULZ, Winfried. *Mediatization* of Politics, cit., p. 251; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 457-458. A partir de uma perspectiva político-criminal, ganha relevância o protagonismo dos meios de comunicação na seleção de informações sobre comportamentos delitivos e no reconhecimento e representação dos problemas sociais. A propósito, vide, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais..., cit., p. 30-36; CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *Los medios de comunicación y el derecho penal*, cit., p. 191-192.

106. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 126.

107. COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*..., cit., p. 110, 160.

108. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 128-129.

Realizadas essas breves aclarações conceituais, passo a dedicar-me à análise dos modelos de construção da agenda proposta

O *modelo de iniciativa exterior* descreve o processo mediante o qual uma determinada disfunção social emerge dentro de grupos sociais alheios ao conjunto de organizações do aparato estatal, se ampliam para além do âmbito de controle dos agentes impulsores e alcançam, primeiro, a agenda pública e, posteriormente, a agenda institucional.[109] Aplica-se, portanto, às hipóteses nas quais atores sociais não relacionados a órgãos estatais articulam o que consideram ser uma disfunção social necessitada de tratamento político. Mediante diferentes estratégias, esses atores se empenham em conquistar o apoio irrestrito da opinião pública com respeito à importância da disfunção social suscitada, ao acerto de seus argumentos e à oportunidade das soluções propostas. Nesse modelo, os agentes impulsores buscam introduzir o tema de relevância social na agenda pública, com vistas a exercer pressão suficiente para que esse tema, finalmente, ingresse na agenda formal como um problema social digno de consideração pelo sistema político.[110]

O *modelo de acesso interior* descreve um padrão de construção da agenda no qual um dado problema social é formalmente articulado exclusivamente dentro das estruturas políticas estatais. Nessa hipótese, os agentes impulsores, sejam eles líderes políticos, agentes públicos ou grupos sociais próximos às altas esferas do poder político, impedem a expansão do problema social suscitado a amplos espaços de deliberação política, seja porque confiam em sua capacidade de pressionar as estruturas do sistema político, seja porque contam com o apoio de grupos que possuem um poder privilegiado de influência. Em ambos os casos, os agentes impulsores estariam aptos a assegurar o estado oficial da agenda, uma decisão política favorável ou uma implementação exitosa da política pública desejada.[111]

Finalmente, o *modelo de mobilização*, na versão proposta por Cobb, Ross, Ross, aborda as formas pelas quais o *governo* procura implementar uma determinada política pública com o apoio da opinião pública. Nessa hipótese, o problema social é arguido primariamente por agentes ou órgãos governamentais, motivo pelo qual sua inclusão na agenda governamental é quase automática. No entanto, para que se converta em tema de deliberação parlamentar e, posteriormente, receba um tratamento eficaz mediante a implementação da política

109. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 127.

110. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 127-132.

111. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 128, 135-136.

pública correspondente, faz-se necessário o apoio da opinião pública e a correspondente inclusão do problema na agenda pública, o que leva o governo a empenhar-se em expandi-la a âmbitos relevantes do espaço público.[112]

Pois bem, em que pese o acerto dessa construção teórica, entendo que o modelo de mobilização não deveria restringir o círculo de agentes impulsores aos agentes governamentais. Ao contrário, dentro dessa esfera estariam também incluídos outros membros do sistema político, tais com os membros do judiciário, do parlamento, do Ministério Público etc. Isso porque, nesse modelo, a ideia crucial consiste em que os agentes impulsores fazem parte das estruturas do sistema político, motivo pelo qual as respectivas demandas ingressam de forma quase automática na agenda institucional do órgão correspondente e, via de regra, na agenda institucional do órgão competente para tomar a decisão respectiva. No entanto, quando esses agentes impulsores defendem políticas públicas ou reformas legislativas que, direta o indiretamente, podem implicar mudanças profundas no catálogo de privilégios e benefícios dos membros do próprio sistema político, faz-se necessária uma efetiva mobilização da opinião pública e um apoio irrestrito de setores sociais relevantes e do público de massas.[113] Caso contrário, tais demandas acabam sendo sufocadas, paralisadas ou arquivadas antes mesmo de ingressar na arena política de tomada de decisões coletivamente vinculantes.[114]

Portanto, uma vez admitida a ampliação do círculo de agentes impulsores, não restam dúvidas de que o padrão de construção da agenda aplicável à campanha "Dez medidas contra a corrupção" corresponde ao modelo de mobilização,

4. A campanha "Dez medidas contra a corrupção" e o processo de formação da agenda legislativa penal

Uma vez deslindado os pressupostos da teoria da formação da agenda, passo a dedicar-me ao processo de definição da corrupção enquanto um problema social passível de consideração política segundo vias democráticas juridicamente institucionalizadas, bem como ao papel do Ministério Público Federal na qualidade de agente impulsor de um conjunto de medidas destinadas a promover uma ampla e problemática reforma no sistema brasileiro de persecução penal.

112. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. *Agenda building as a comparative political process*, cit., p. 127-128, 132-135.

113. Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 461.

114. ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. *The politics of agenda-building*, cit., p. 904.

4.1. O processo de definição da corrupção como um problema social

Uma das principais implicações da aplicação da teoria da formação da agenda ao estudo da corrupção reside no reconhecimento de que esse fenômeno, longe de caracterizar-se por uma nocividade que lhe seria intrínseca, consiste no resultado de um processo mais ou menos amplo de definição coletiva, o qual se desenvolve em torno a três principais temáticas: a delimitação do conceito de corrupção, as consequências econômico-sociais advindas deste fenômeno e as medidas mais eficazes para sua prevenção e repressão.

Tradicionalmente, a acepção mais difundida no âmbito jurídico vinculava o termo corrupção a um conjunto de comportamentos delitivos praticados por agentes públicos no exercício de suas respectivas atribuições, sendo sua principal característica o *abuso do poder público para obter benefícios privados*.[115] Não por casualidade, a investigação jurídico-penal da corrupção se restringia ao âmbito dos delitos contra a administração pública e envolvia debates doutrinários dirigidos a dar resposta a questões dogmáticas vinculadas à delimitação do bem jurídico tutelado, à identificação das hipóteses de autoria e participação, à atribuição de sentido a determinados elementos normativos do tipo penal, ao concurso formal e material de leis penais, bem como à temas de natureza processual relacionados com os métodos de investigação e de constituição da prova.

Essa concepção restritiva, no entanto, perdeu seu protagonismo de forma paulatina. Atualmente, o sentido semântico atribuído ao vocábulo se refere a comportamentos e interações sociais até então desatendidos pelo conceito tradicional. Como resultado, a corrupção passa a ser definida a partir de duas acepções. De um lado, abarca um conjunto de comportamentos ilícitos ou, como mínimo, eticamente reprováveis, que se desenvolvem tanto no âmbito público como no âmbito privado, cuja nota distintiva consiste no *abuso do poder delegado*

115. HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael; LE VINE, Victor. Terms, concepts, and definition: an introduction. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael; LE VINE, Victor. *Political Corruption:* A Handbook. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 1993. p. 3-13; FRIEDRICH, Carl J. Corruption concepts in historical perspective. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (ed.). *Political Corruption: concepts & contexts*. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p. 15; GARDINER, John. Defining corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael Political *Corruption:* concepts & contexts. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p. 25-36; KLAVEREN, Jacob van. The concept of corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael; LE VINE, Victor. *Political Corruption:* A Handbook. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 1993. p. 26.

com vistas à percepção de benefícios indevidos.[116] De outro lado, a corrupção é concebida a partir de uma perspectiva sistêmica, consistindo em um fenômeno dotado de características e dinâmicas próprias que, embora presente em diversos setores da sociedade, manifesta seus efeitos mais deletérios quando arraigado no sistema político e no sistema econômico. Dentro desse contexto, portanto, a corrupção diz respeito a redes mais ou menos complexas de transações corruptas e prática de delitos correlatos, às quais se associam um sistema paralelo de normas de conduta, bem como mecanismos de justificação e sanção destinados a reduzir os custos internos e externos de transação vinculados a essa prática, animando os agentes públicos e privados a aceitar o alto risco de participar em acordos corruptos.[117]

---

116. Dentro desta concepção, quiçá a questão mais controvertida diz respeito à natureza dos comportamentos abrangidos pelo conceito. Para alguns autores, a corrupção consiste em uma forma de transação ilícita entre o corrupto e o corruptor (DELLA PORTA, Donatella, VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption*: an institutional approach (ebook). Surrey, England, 2012. p. 07; DÖLLING, Dieter. Grundlagen der Korruptionsprävention. In: D. DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*. München: Verlag C. H. Beck, 2007. p. 3; GRECO, Luis. Annäherungen an eine Theorie der Korruption. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 163(5), S. 2016. p. 251-257; GREEVE, Gina. *Korruptionsdelikte in der Praxis*. München: C.H. Beck, 2005. p. 1; SCHÜNEMANN, Bernd. Grenzen der Bestrafung privater Korruption im Rechtsstaat. München, Festschrift für Hans Achenbach.: C.F. Müller, 2011. p. 51). Para outros, a corrupção engloba hipóteses em que o agente atua com independência da intervenção de um corruptor, o que se verifica, por exemplo, quando o agente se apropria indevidamente de recursos de organizações públicas ou privadas às quais se encontra contratualmente vinculado, ou ainda, quando faz uso de informação privilegiada adquirida em função do exercício de suas atribuições. Essa é a concepção atualmente adotada por diversas organizações internacionais, entre as quais se destacam Transparência Internacional e o GAFI/FATF. Nesse sentido, vide também, BOEHM, Frédéric. *Democracy and corruption*, cit., p. 78; HODGSON, Geoffrey; SHUXIA, Jiang. La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista. *Mediatization*, 10(18), 2008. p. 57; ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government:* causes, consequences, and reform. 2. ed. (ebook). New York: Cambridge University Press, 2016.

117. Nesse sentido, DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption*…, cit., p. 14, 32-33. Em um interessante estudo recentemente publicado no *Journal of Complex Networks* (RIBEIRO, Haroldo V.; ALVES, Luiz G. A.; MARTINS, Alvaro F.; LENZI, Ervin K.; MATJAZ, Perc. The dynamical structure of political corruption networks. *Journal of Complex Networks*, cny002, p. 1-15, 2018) pesquisadores mapearam a estrutura dinâmica das redes de transações corruptas entranhadas no sistema político brasileiro. A pesquisa abarca um período de 27 anos (1987-2014) e sua base de dados está formada por 65 casos de corrupção divulgados pela imprensa tradicional

Da mesma forma, a concepção sobre as consequências econômico-sociais advindas da corrupção cambiou drasticamente nas últimas décadas. Durante muito tempo, vigorou o entendimento de que a corrupção, uma vez respeitadas certas condições, consistiria em um instrumento útil para o desenvolvimento político e econômico de países em vias de desenvolvimento ou para os que passavam por processos de transição democrática a partir do socialismo estatal[118],

em suas páginas web. Em seu conjunto, esses casos de corrupção envolvem um total de 404 pessoas, entre as quais se encontram políticos, empresários, funcionários públicos, doleiros e "laranjas". Embora a metodologia empregada para a seleção dos casos de corrupção não resista a uma análise crítica mais acurada, é inquestionável a importância e o caráter inovador do estudo. Segundo os pesquisadores, as redes de transações corruptas costumam estar formadas por pequenos grupos de indivíduos, sendo relativamente raro que um único escândalo de corrupção envolva mais de dez pessoas (apenas 17% dos casos), fator este que, segundo os autores, confirmaria que as grandes redes de transação corruptas não são fáceis de gerenciar e que os indivíduos tentam maximizar a ocultação de seu respectivo comportamento delitivo. Outra questão intrigante levantada pelo estudo diz respeito à evolução do número de pessoas envolvidas em casos de corrupção política ao longo dos anos. Apesar da existência de flutuações, a pesquisa evidencia uma tendência de crescimento lenta, embora estatisticamente significativa, do número de pessoas envolvidas em escândalos de corrupção, sendo incluído um novo participante por cada ano de pesquisa. A cada quatro anos, entretanto, as redes de transações corruptas sofrem mudanças e experimentam um aumento significativo no número de pessoas involucradas, período esse que coincidiria com as eleições brasileiras. Apesar de não ser possível traçar uma relação direta entre eleições e corrupção, tal coincidência leva os autores a suspeitarem que existiria um incremento das atividades corruptas durante o período de campanhas eleitorais. Quanto às formas pelas quais as pessoas implicadas em cada um dos escândalos incluídos na base de dados se relacionam entre si, sustentam os autores que a estrutura modular do componente principal da rede de corrupção é indicativa de vínculos estreitos entre os diferentes escândalos, sendo possível afirmar que alguns desses escândalos poderiam ser fusionados e considerados como um único fenômeno, dado que os participantes possuem relações muito complexas entre si. Além disso, ao empregarem o enfoque de cartografia de rede, os pesquisadores determinaram os diferentes papéis desempenhados pelos indivíduos ao longo dos anos. Com isso, foram capazes de identificar aquelas pessoas que "indiscutivelmente" representariam os vínculos que conectam todos os demais indivíduos que formam parte do componente central das redes de corrupção (*provincial hubs* – R5 e *connector hubs* – R6). Finalmente, os autores demonstraram que com emprego de métodos e algoritmos seria possível predizer com êxito (25% de acerto) a formação de futuros vínculos entre indivíduos já inseridos em redes de transação corrupta.

118. Por exemplo, o governo desses países está formado por elites tradicionais indiferentes, quando não hostis, ao processo de modernização e desenvolvimento. Sobre o tema, vide, LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. In:

dado que incrementaria a eficiência na prestação dos serviços públicos.[119] No entanto, a concepção hodierna enfatiza que a corrupção consiste em um dos fenômenos sociais mais nocivos a que se enfrentam, em maior ou menor medida, todas as sociedades democráticas contemporâneas.[120] Os dados empíricos disponíveis corroboram a ideia de que se trata de um fenômeno que afeta negativamente o desempenho e o crescimento econômico dos países. De um lado supõe a redução do investimento privado em setores estratégicos, em especial o investimento estrangeiro direito.[121] De outro, se vincula ao incremento da injeção de capital de origem ilícito no mercado, o que desvirtua as condições competitivas e atenta contra as atividades comerciais e financeiras legítimas.[122] Da mesma for-

---

HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption*: concepts & contexts. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p. 311-315.

119. São defensores paradigmáticos desta concepção, por exemplo, NYE, J. S. Corruption and political development: a cost benefits analysis. HEIDENHEIMER, Arnold J. Perspectives on the perception of corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael *Political Corruption:* concepts & contexts. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009; HEIDENHEIMER, Arnold J. Perspectives on the perception of corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael Political Corruption: concepts & contexts. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p. 284-298; HUNTINGTON, Samuel P. Modernization and corruption. HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: concepts & contexts*. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p. 261-262; LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: concepts & contexts*. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p. 317-319. São contrários a essa concepção, PORTA, Donatella Della; VANNUCCI, Alberto. The hidden order of corruption…, cit., p. 9; BARDHAN, Pranab. Corruptions and development: a review of issues. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption:* concepts & contexts. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p. 329, 331; BAUGHN, Christopher; BODIE, Nancy L.; BUCHANAN, Mark A.; BIXBY, Michael B. Bribery in International Business Transactions. *Journal of Business Ethics,* v. 92, 2010. p. 15.

120. DÍEZ-PICAZO, L. M. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Editorial Crítica, 2000. p. 20-21.

121. Nesse sentido, ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos*: causas, consequencias y reforma. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001. p. 03-16; MAURO, Paolo. The effects of corruption on growth and public expenditure. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (ed.). *Political Corruption:* concepts & contexts. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p. 342; BAUGHN, Christopher; BODIE, Nancy L.; BUCHANAN, Mark A.; BIXBY, Michael B. *Bribery in International Business Transactions*, cit., p. 15.

122. ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos*, cit., p. 15-16.

ma, esses dados confirmam que a corrupção consiste em um fator determinante para os baixos índices de desenvolvimento e bem-estar humano, em virtude de seu vínculo direto com a alocação ineficaz de recursos públicos, com a redução do investimento público no sistema educacional e sanitário[123], com o enfraquecimento dos objetivos redistributivos de programas estatais[124] e com a implementação lenta de políticas ambientais.[125] Finalmente, a pesquisa empírica afiança a concepção de que a corrupção implica uma sistemática perda de apoio cidadão às normas e aos processos políticos democráticos. Em última instância, essa falta de apoio tenderia a um amplo e preocupante desinteresse da cidadania pelos assuntos de interesse coletivo, a um abstencionismo político-eleitoral generalizado, bem como à comissão de delitos tributários, o que a arrecadação e o orçamento estatal e, por conseguinte, a própria qualidade dos serviços e obras públicas.[126]

Finalmente, o debate sobre as medidas mais eficazes para a prevenção e repressão da corrupção se desenvolvia dentro das estreitas premissas teóricas que sustentam o enfoque econômico tradicional, o qual se articula através do modelo ideal do *homo œconomicus*. Dado que baseado no utilitarismo clássico de Jeremy Bentham[127], cujos postulados foram revividos por Gary S. Becker[128] e Richard Posner[129], a premissa que sustenta tal enfoque consiste em que os indivíduos são

123. MAURO, Paolo. The effects of corruption on growth and public expenditure, cit., p. 267.

124. ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos*, cit., p. 16-17.

125. BAUGHN, Christopher; BODIE, Nancy L.; BUCHANAN, Mark A.; BIXBY, Michael B. *Bribery in International Business Transactions*, cit., p. 15.

126. MAURO, Paolo. The effects of corruption on growth and public expenditure, cit., p. 343.

127. BENTHAM, Jeremy. *An introduction on the principles of morals and legislation*. Ontario: Batoche Books, 2000. p. 14.

128. Sobre a pretendida suficiência do enfoque econômico aplicado à análise do delito, BECKER, Gary S.s Crime and Punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary; LANDES, William M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. New York: National Bureau of Economic Research, 1974. p. 9.

129. Segundo POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 7. ed. Chicago: Wolters Kluver, 2007. p. 3, no contexto do enfoque econômico do direito a economia poderia ser considerada como uma ciência que se ocuparia das eleições individuais em contextos de escassez, uma vez que vivemos em um mundo "onde os recursos são limitados em relação com as necessidades humanas". Sua utilidade para analisar um vasto número de questões legais concretas, entre elas o delito e a sanção penal, se basearia na sua capacidade de aportar ao direito uma teoria geral das decisões, a teoria da eleição racional, a qual permitiria a elaboração de explicações e predições empírica sobre os efeitos e

maximizadores racionais de sua utilidade.[130] Para essa concepção, ante uma situação concreta, os indivíduos dispõem de um conjunto bem-definido e finito de comportamentos factíveis entre os quais optar e que, após realizarem um cálculo de custos e benefícios coerentes com o sistema de incentivos econômicos, a informação disponível, suas preferências e os objetivos a serem alcançados, se decidiriam por aquele comportamento que maximizasse o grau de satisfação e bem-estar próprio ou de terceiros.[131] Portanto, segundo essa perspectiva, a corrupção consistiria em uma espécie de transação econômica ilegal que se desenvolveria à margem do mercado e cujo objetivo seria a maximização de benefícios próprios ou alheios.[132] Sua realização dependeria de uma análise utilitarista condicionada pela estrutura de incentivos e oportunidades proporcionada pelo sistema jurídico, o qual criaria as condições necessárias para que o comportamento corrupto fosse considerado uma atividade racional. Assim, a política pública supostamente mais adequada para o controle da corrupção abarcaria medidas como o incremento das sanções impostas à prática de comportamentos ilícitos, a

---

as consequências das normas jurídicas em qualquer contexto social. Nesse sentido, BECKER, Gary S.s *Crime and Punishment*: an economic approach, cit., p. 36-37.

130. POSNER, Richard A. Economic analysis of law, cit., p. 4. Nesse sentido, STOUDER, Eduardo. *Análisis económico del derecho*: una introducción. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011. p. 25, quem aduz que essa teoria pressupõe que mesmo quando os indivíduos realizam operações no mercado, quando votam em eleições ou quando devem optar pela obediência a uma norma jurídica, sempre estarão buscando a maximização de sua utilidade e bem-estar.

131. Sobre o tema, vide ZEY, M. *Rational choice and organization theory*. International encyclopedia of the social & behavioral sciences, 2001. p. 12.751; ELSTER, John. *Rational choice theory:* cultural concerns. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2001. p. 12.764-12.765. Dessa forma, a teoria da eleição racional seria compatível tanto com a motivação individual egoísta como com a altruísta, não havendo óbice teórico que impeça considerar a possibilidade de que uma prática corrupta possa visar alguma causa nobre. Nesse sentido, POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, p. 3; HODGSON, G., SHUXIA, J. *La economía de la corrupción y la corrupción de la economía,* cit., p. 56.

132. O agente corrupto seria o indivíduo que ocupa um cargo que lhe outorga um poder discricionário para a distribuição de benefícios valiosos, informações escassas e/ou imposição de custos a pessoas e organizações privadas. O corruptor, por sua vez, seria a pessoa disposta a pagar para lograr uma decisão favorável do corrupto, seja para o desfrute de recursos valiosos e escassos, bens e informações, seja para evitar um custo (VON ALEMANN, Ulrich. The unknown depths of political theory: the case for a multidimensional concept of corruption. *Crime, Law & Social Change*, 42: 25-34, 2004. p. 29).

imposição de limites ao exercício do poder discricionário de agentes públicos e a criação de medidas tendentes a reduzir a intervenção do Estado na economia.[133]

Sem negar a importância dos incentivos econômicos e das oportunidades propiciadas pelo sistema jurídico para a prática do comportamento delitivo, relevantes estudos sustentam que a concepção econômica tradicional já não pode seguir funcionando como critério reitor da política anticorrupção.[134] Atualmente, ganha relevância a análise dos custos morais da corrupção[135] e o enfoque da racionalidade humana limitada, a qual é amplamente aceita tanto no âmbito da criminologia[136] como no âmbito da nova teoria institucional econômica e sociológica.[137] A partir dos postulados de ambas perspectivas, é possível concluir

133. Sobre o tema, vide comentários em MENDIETA, Manuel Villoria. *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006. p. 37; HODGSON, Geoffrey; SHUXIA, Jiang. *La economía de la corrupción y la corrupción de la economía*, cit., p. 62.

134. Sobre as limitações do pensamento econômico tradicional aplicado ao estudo da corrupção, vide LAMBSDORFF, Johann Graf; TAUBE, Markus; SCHRAMM, Mathias. Exploring the analytical capacity of new institutional economics and new economic sociology. In: LAMBSDORFF, Johann Graf; TAUBE, Markus; SCHRAMM, Mathias (ed.). *The new institutional economics of corruption*. London, New York: Routledge, 2005. p. 1-6, 13.

135. Ao trataram do tema advertem DELLA PORTA, Donatella, VANNUCCI, Alberto. The hidden order of corruption…, cit., p. 58-59 que, em termos econômicos, os custos morais podem ser definidos de duas formas distintas. Dentro de uma perspectiva "macro-analítica", os custos morais representariam uma das dimensões através das quais os efeitos negativos da corrupção dentro de uma sociedade poderiam ser medidos. Assim, ao lado dos custos econômicos e políticos, a prática generalizada e os altos índices de percepção da corrupção tenderiam a socavar os "valores morais" e os códigos éticos que sustentam estratégias coorporativas e inspiradas no interesse coletivo dentro de organizações públicas e privadas. Por outro lado, a partir de uma perspectiva "microanalítica", a noção de custo moral é utilizada para descrever não os efeitos, mas os fatores que induzem aos atores individuais a participar em atividades corruptas.

136. Sobre o tema, vide especialmente, CLARKE, Ronald C.; CORNISH, Derek B. Modeling offenders' decisions: a framework for research and policy. *Crime and justice*, v, 6, 1985. 157-158; MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introducción a la criminología*. 6. ed. Madrid: Dykinson, 2009. p. 306-309; GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*. 3. ed. rev. ampl. Valencia; Tirant lo Blanch, 2006. p. 176-190; 674-680.

137. Sobre o tema, aduzem LAMBSDORFF, Johann Graf; TAUBE, Markus; SCHRAMM, Mathias. Exploring the analytical capacity of new institutional economics and new economic sociology, p. 3, que os economistas comumente se questionam por que os níveis de corrupção não são ainda mais elevados. Dado que a natureza dos seres humanos é presuntamente egoísta, as oportunidades para o enriquecimento de pessoas deveriam ser sempre aproveitadas, a desconfiança a respeito dos decisores públicos uma consequência natural e a confiança uma atitude deploravelmente ingênua. Em suma, sobre

que a opção individual pela prática corrupta é resultado de um processo de eleição extremamente complexo, o qual está condicionado por uma constante escassez de informações e influenciado tanto pelo sistema de incentivos proporcionado pelo sistema jurídico como pela estrutura de incentivos gerada pelos valores morais e pautas éticas individualmente interiorizadas e que constituem critérios normativos compartilhados no círculo interpessoal do indivíduo.[138]

Dessa forma, uma política anticorrupção efetiva, mais que se fundamentar em propostas populistas de incremento de pena, de aplicação de testes de integridade e de imposição de etiquetas meramente simbólicas aos delitos de corrupção, deve basear-se em estudos fiáveis que buscam descrever a dinâmica do comportamento e das redes de transação corrupta e, a partir dessas informações, estabelecer um amplo sistema de integridade alicerçado em controles preventivos que reforcem e recompensem o comportamento ético tanto no âmbito empresarial como no âmbito público. Com respeito, especificamente, à corrupção política, é imprescindível a reestruturação do sistema de prerrogativas e imunidades de governantes e parlamentares, o estabelecimento de controles mais efetivos para impedir o financiamento ilegal de campanhas políticas, a regulamentação da prática de lobby, a reformulação do delito de tráfico de influências, bem como a implantação de um sistema cumprimento normativo que, atendo às peculiaridades de cada instituição, alcance tanto as estruturas do sistema político como as agremiações político-partidárias.[139]

---

os supreendentes altos nívies de integridade, os economistas devem confessar que carecem de uma explicação teórica. Além disso, em experimentos recentes os pesquisadores concluiram que a otimização egoísta racional não é universalmente seguida e que a motivação interínseca diminui o afã corrupto de um indivíduo. Isso coloca as normas no centro de atenção. A corrupção está sempre estreitamente interrelacionada com as normas formais e informais e, certamente, com a cultura jurídica particular de uma sociedade específica. A análise, a explicação e a luta contra a corrupção deve levar em consideração essas circunstâncias.

138. Dessa forma, quando esses valores sejam coerentes com a moral social, com o sistema jurídico vigente e com valores como o compromisso com o serviço público, com a cultura cívica e política ou com a ética empresarial, a corrupção passa a ser coletivamente estigmatizada e individualmente percebida como uma atividade censurável. Por outro lado, quando as pautas e os critérios de juízo ético vigentes no seio desses grupos sociais sejam suficientes para criar uma estrutura informal de incentivos capaz de legitimar, normalizar e justificar a prática corrupta, as barreiras normativas contra a corrupção serão menos efetivas e os custos morais experimentados pelos indivíduos menos significativos. Sobre o tema, vide, PORTA, Donatella Della; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption*…, cit., p. 12.

139. Defendendo a implementação de programas de cumprimento normativo nas administrações públicas e partidos políticos, vide, NIETO MARTÍN, Adán. De la ética *al public*

Pois bem, embora a corrupção consista em um desajuste social com condições de suscitar contínuos e amplos debates em âmbitos comunicativos relevantes da sociedade, não se deve ignorar que sua complexidade e sua custosa e improvável erradicação acabam por prejudicar consolidação e permanência dessa temática na agenda pública, gerando, ao longo do tempo, um sentimento de impotência e de desinteresse do público em geral com respeito ao tema, em especial, do público de massas. Diante dessa circunstância, passa a ter especial relevância as características institucionais do Ministério Público Federal enquanto agente impulsor, bem como os recursos, estratégias discursivas e justificativas empregadas por esse órgão estatal para impulsionar o projeto de lei conhecido como "Dez medidas conta a corrupção».

4.2. O Ministério Público Federal como agente impulsor: justificativas, estratégias e recursos

A partir da perspectiva da formação da agenda, a probabilidade de que os agentes impulsores sejam exitosos em sua tarefa de promover um determinado problema social está diretamente relacionada a fatores como sua legitimidade e prestígio para exercer o papel de defensor e de representante dos interesses coletivos correspondentes, o número de pessoas verdadeiramente implicadas na promoção e expansão da demanda a amplos setores do público, a sua capacidade organizativa e comunicativa, os recursos disponíveis, sejam eles humanos ou financeiros e, finalmente, sua competência para desenvolver um programa de ação factível que possa ser concretizado mediante anteprojetos ou projetos de lei.[140]

Assumidos esses pressupostos, não restam dúvidas de que o êxito da campanha "Dez medidas contra a corrupção" também deve ser atribuído à gestão bem articulada dos recursos e prerrogativas constitucionalmente assegurados ao Ministério Público Federal, ao apoio expressivo de seu grupo de identificação, ou seja, de procuradores da República e de procuradores e promotores estaduais, ao uso hábil e estratégico das tecnologias de informação e comunicação para dar ampla visibilidade à campanha, seja através da atividade permanente na mídia tradicional e nas

---

compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. In: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CATALAYUD, Manuel (dir.). *Public compliance*: prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2014. p. 17-42.

140. COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith; ROSS, Marc Howard. Agenda building as a comparative political process, p. 102-103; RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*..., cit., p. 37-40.

redes sociais, seja mediante a manutenção de página da web com informações e documentos relacionados à campanha, ao diálogo contínuo e à sensibilização de parcelas relevantes do público atento e do público de massas, bem como à utilização de estratégias discursivas dirigidas a reforçar no imaginário social a imagem ilibada de seus membros e o papel que desempenham na defesa da *ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.[141] Junto a esses fatores, cabe ainda destacar o papel crucial que a adesão substancial de organismos públicos, congregações religiosas, entidades privadas, organizações da sociedade civil e, especialmente, dos meios de comunicação tradicional desempenhou para a expansão da temática a setores comunicativos relevantes da sociedade.

Sem ânimo de questionar a importância do Ministério Público Federal tanto para o controle e supervisão dos poderes políticos como para a repressão da corrupção[142], entendo ser causa de particular preocupação o viés autoritário das medidas contidas no projeto de lei de iniciativa popular apresentado, as quais, a pretexto de "combater a corrupção", estavam destinadas a efetuar uma verdadeira reformulação de todo o sistema processual penal. Como bem destacou o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, muitas das medidas propostas "representam um retrocesso punitivista do sistema penal e processual penal, seja por importações impensadas de institutos jurídicos estrangeiros, seja pelo aumento desmedido de penas sem a construção de mecanismos que garantam maior efetividade à aplicação das leis penais, seja pelas sugeridas alterações legais que afrontam garantias constitucionais tão caras como a presunção de inocência".[143] Da mesma forma, é bastante perturbador que membros de um órgão da envergadura do Ministério Público Federal utilizem estratégias discursivas para convencer o público em geral de que as "Dez medidas contra a corrupção" consistiriam em uma solução definitiva para um fenômeno tão complexo como a corrupção, bem como para disseminar a errônea mensagem de que os direitos e garantias constitucionais que regem o sistema de justiça criminal brasileiro, especialmente

141. A propósito, vide, [www.dezmedidas.mpf.mp.br].

142. Para uma análise sobre o papel do Ministério Público do marco da prestação horizontal de contas, vide ARANTES, Rogério B. *Rendición de cuentas y pluralismo estatal en Brasil*: Ministerio Público y Policía Federal. *Desacatos*, n. 49, septiembre-diciembre, 2015. p. 35-37; SADEK, Maria Tereza; CAVALCANTI, Rosângela Batista. The new Brazilian public prosecution: an agent of accountability. In: MAINVARING, Scott; WELNA, Christopher. *Horizontal accountability*: the legal institutionalization of mistrust. New York: Oxford University Press, 2003. p. 203-204.

143. IBCCRIM. Todos contra a corrupção. *Boletim do IBCCRIM*, 277(24), 2015. p. 1.

os princípios de ampla defesa, de presunção de inocência e do contraditório, supõem obstáculos a um "combate efetivo" à corrupção.[144]

5. A proposta de lei de iniciativa popular em matéria penal: um debate necessário

Finalmente, com base nos argumentos precedentes, passo a realizar uma crítica ao modelo de iniciativa popular previsto na Constituição brasileira. Como anteriormente mencionado, a ideia central dessa última parte é averiguar em que medida seria democraticamente legítimo aventar a possibilidade de restringir o alcance das leis de iniciativa popular, de forma a impedir que tais projetos de lei abarquem temas de natureza penal e processual penal que impliquem uma injustificada ampliação do poder punitivo estatal.

5.1. A iniciativa legislativa popular nos sistemas democráticos representativos

Atualmente, existe um amplo consenso no sentido de que o sistema representativo funciona como um mecanismo vital para o funcionamento dos Estados democráticos de direito. Desde que surge como mecanismo de legitimação do poder das primeiras Monarquias-Estado, a noção de representação sofre um lento processo de transmutação, convertendo-se em uma mecanismo caráter político, por meio do qual se atribui aos detentores de mandato representativo a função de ser expressão da opinião e da vontade coletiva de uma comunidade política histórica e geograficamente delimitada.[145] Em linhas gerais, cabe entender por representação política a relação dual de caráter estável e natureza delegatória de acordo com fins que se forja entre cidadão e agentes políticos através de procedimentos institucionalizados que asseguram tanto a realização de eleições periódicas como o livre exercício do direito ao sufrágio.[146]

---

144. A propósito do tema, vide: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas? *Boletim do IBCCRIM*, 277(24), 2015. p. 2-3.

145. Sobre a origem e evolução da teoria moderna da representação política, vide CAMINAL BADIA, Miquel. La política como ciencia. In: CAMINAL BADIA, Miquel (editor). *Manual de ciencia política*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 412-421; PORRAS NADALES, Antonio J. Porras; VEGA DE GARCÍA, Pedro. Introducción: el debate sobre la crisis de representación política. In: PORRAS NADALES, Antonio J. (ed.) *El debate sobre la crisis de representación política*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 9-21.

146. Sobre o conceito de representação política, vide, COTTA, Maurizio. Parlamentos y representación. AA.VV. Manual de ciencia política. Alianza: Madrid, 1995. p. 265-272;

A democracia representativa, portanto, contrastaria com a ideia de democracia direta, dado que naquela configuração os cidadãos não estão habilitados a tomar diretamente decisões sobre assuntos de natureza coletiva, as quais estão a cargo de um grupo de representantes políticos. Pese a esse contraste, não cabe concluir que os sistemas representativos são imunes a mecanismos próprios da democracia direta. Tampouco o seria com relação, a instrumentos democráticos participativos. Prova disso é o fato de que grande parte dos sistemas jurídicos atuais incorporam instrumentos como a iniciativa legislativa popular, o referendum e o plebiscito.[147]

A iniciativa legislativa popular consiste em um instrumento democrático que autoriza os cidadãos de um determinado Estado a apresentarem projetos de lei e, com isso, atuar diretamente no processo político de toma de decisões coletivamente vinculantes. Se realizamos um repasso pela legislação de países latino-americanos e europeus, concluímos que a iniciativa legislativa popular, ressalvadas algumas exceções, consiste em um instrumento admitido por um número significativo de ordenamentos jurídicos, entre os quais a Suíça ocupa um papel de destaque.[148] Em linhas gerais, os ordenamentos jurídicos disciplinam a iniciativa legislativa popular no texto constitucional. Ademais, condicionam seu exercício ao preenchimento de determinados requisitos formais e ao respeito de alguns limites materiais[149], entre os quais se destaca a impossibilidade de leis de iniciativa popular em material penal e processual penal.[150]

PITKIN, Hanna Finichel. *The concept of representation*. California: University of California Press, 1972. p. 209-240; SCHMITTER, Philippe C. The ambiguous virtues of accountability. In: DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. *Assessing the quality of democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2005. p. 80; SOTO NAVARRO, Susana. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna. Granada: Comares, 2003. p. 114-116.

147. BRENNAN, Geoffrey; HAMLIN, Alan. On political representation. *British Journal of Political Science*, 29(1), 1999. p. 109.

148. Para mais informações sobre como os mecanismos de democracia direta afetam positivamente o desempenho econômico e a cultura política suíça, vide, FELD, Lars. P.; KIRCHGÄSSNER, Gebhard. Direct democracy, political culture, and the outcome of economic policy: a report on the Swiss experience. *European Journal of Political Economy*, 16. 2000. p. 290-303. Na América Latina, o Uruguai consistiria em um dos países que mais utilizam a iniciativa legislativa popular. A propósito, vide, ALTMAN, David. Popular initiatives in Uruguay: confidence votes on government or political loyalties? *Electoral Studies*, 21, 2002. p. 617-621.

149. A propósito, vide, RODEAN, Neliana. La iniciativa ciudadana en el procedimiento legislativo italiano: de su ineficacia a las propuestas de reforma. *Oñati Socio-legal Series*, 7 (5), 2017. p.1120-1125.

150. Como seria o caso, por exemplo, do ordenamento jurídico espanhol.

Como bem destaca García Majado, a finalidade da iniciativa legislativa popular seria permitir que demandas populares que não encontram espaço na arena deliberativa política ingressem no sistema político, acionando a correspondente deliberação parlamentar. Enfim, o "objetivo é forçar a discussão pública de certas questões que os representantes políticos não entendem como prioritárias, completando assim a integração de interesses que ocorre na sede parlamentar e efetivamente proporcionando o pluralismo político na sociedade contemporânea".[151]

5.2. O tratamento legal da iniciativa legislativa popular no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a iniciativa legislativa popular foi consagrada nos artigos 14, III; 27, § 4º e 61, § 2º da Constituição Federal, sendo regulamentado no âmbito federal tanto pelos artigos 13 e 14 da Lei 9.709/1998 como pelo regimento interno da Câmara dos Deputados (art. 252). De acordo com tais dispositivos, a iniciativa legislativa popular é corolário do princípio de soberania popular, sendo esse direito exercido mediante a apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, uma vez preenchidas as exigências formais e materiais previstas em lei. Entre os requisitos formais, destaca-se o fato de que esse projeto de lei deve ser subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, o qual deve estar distribuído por, pelo menos, cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Por outro lado, desde o ponto de vista material, a única exigência legal reside em que o projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto, podendo, em caso contrário, ser desdobrado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em proposições autônomas, para tramitação em separado.

5.3. A Lei de iniciativa popular em matéria penal e processual penal e a percepção social do delito

Pois bem, sem pretender questionar a legitimidade da iniciativa legislativa popular em sua qualidade de instrumento democrático, indaga-se sobre a conveniência de preservar um modelo, cuja amplitude permite que a cidadania inadvertidamente apoie reformas legislativas que vão na contramão de valores que sustentam o Estado democrático de direito, na medida em que implicam uma injustificada ampliação do poder punitivo estatal e, de forma flagrante, vulnerarem o sistema de garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

151. GARCÍA MAJADO, Patricia. La configuración de la iniciativa legislativa popular: resistencias y soluciones. *Oñati Socio-legal Series, 7(5)*, 2017. p. 1043.

Na minha perspectiva, não estamos diante de uma problemática banal, em especial porque demandas por um maior recrudescimento da intervenção penal costumam contar com altos níveis de apoio político, midiático e popular.[152]

Embora a importância da temática não tenha sido devidamente reconhecida no Brasil, os resultados empíricos disponíveis na literatura criminológica comparada sobre as relações entre a opinião pública e o funcionamento da justiça penal podem oferecer algumas indicações sobre as atitudes punitivas da cidadania.

Em linhas gerais, a evidência empírica indica que os cidadãos problematizam o fenômeno criminal, atribuindo-lhe uma continuidade e um grau de violência e profissionalismo que não necessariamente condiz com a realidade. Além disso, muitos cidadãos atribuiriam o suposto incremento da criminalidade à permissividade e à benevolência da legislação e do sistema de justiça criminal, fator esse que poderia resultar no apoio social a medidas populistas voltadas ao recrudescimento do poder punitivo estatal[153], tal como seriam as "dez medidas contra a corrupção".

Em que pese essa primeira constatação, a visão da cidadania com um "ente punitivo" deve ser submetida a múltiplos matizes. Isso porque, investigações empíricas, cuja amostra abarcava pessoas mais bem informadas sobre a delinquência e o funcionamento do sistema penal e cuja metodologia aplicada consistiu na resolução de casos concretos em lugar de perguntas sobre delitos e penas abstratas, apresentaram resultados que indicam uma dramática redução dos níveis de atitudes punitivas. Segundo tais estudos, quando assumem o papel de juiz dos casos que lhes são apresentados, os cidadãos aplicam penas similares ou, inclusive, inferiores às impostas pelos juízes reais, tendendo a aplicar penas alternativas de prisão, em especial as vinculadas à reparação dos danos à sociedade e à indenização à vítima, bem como são abertamente favoráveis à reabilitação como finalidade da pena.[154] Portanto, seria possível aventar que o desejo de re-

152. Os motivos desse apoio são os mais variados. De um lado, podem fundamentar-se no sentimento de insegurança social ou apoiarem-se nas atitudes ou tendências punitivas presentes em uma determinada sociedade. De outro, podem ser reflexo da suscetibilidade da opinião pública ante os argumentos populistas amplamente difundidos pelos meios de comunicação. Comentários a respeito do tema em DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*..., cit., p. 54-55, 260-261.

153. VARONA GÓMEZ, Daniel. ¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España. *InDret,* 1, 2009. p. 6-7, 11-12.

154. BRENNAN, Geoffrey; HAMLIN, Alan. *On political representation*, cit., p. 163-183. Nesse sentido, GÓMEZ, Daniel Varona. *¿Somos los españoles punitivos?*..., cit., p. 6-7, 18-25; BARRERA, Juan Pablo Uribe. Actitudes de los ciudadanos frente al crimen y al castigo:

crudescimento penal estaria fundado no desconhecimento da prática penal real pelos cidadãos.[155]

Finalmente, tais estudos corroboram a concepção de que a "imagem que os cidadãos possuem da delinquência e da justiça penal provém basicamente da informação subministrada pelos meios de comunicação", havendo uma forte correlação entre a atenção mediática e preocupação social diante do delito.[156] Isso significa que a suscetibilidade da audiência perante o populismo punitivo dos meios de comunicação é uma questão problemática que deve ser levada em consideração no desenho dos mecanismos de iniciativa legislativa popular.

6. Conclusões

Com base em todo o exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. A teoria da formação da agenda consiste em uma ferramenta teórica útil para explicar como um assunto de interesse coletivo alcança e mantém o status de agenda formal (ou institucional), passando a ser considerado pelos poderes públicos como um problema social passível de consideração política segundo vias democráticas juridicamente institucionalizadas.

2. Inicialmente, indicou-se que um dos fatores que contribuíram para o êxito da campanha "Dez medidas contra a corrupção" teria sido o *capital político-mediático* gerado pelas manifestações sociais, pelos escândalos políticos e pela deflagração da Operação Lava Jato, a qual foi utilizado como impulso e justificativa plausível para a necessidade de implementação das medidas propostas.

3. Ao longo do texto, constatou-se que o padrão de construção da agenda aplicável à campanha "Dez medidas contra a corrupção" correspondeu ao modelo de mobilização. Isso porque, não obstante o Ministério Público consista em uma das estruturas do sistema político, o ingresso de suas demandas na arena

---

estudio piloto en la Universidad EAFIT, Medellín. *Revista Nuevo Foro Penal*, 9(81), 2013. p. 239-240.

155. VARONA GÓMEZ, Daniel. *¿Somos los españoles punitivos?...*, cit., p.12.

156. VARONA GÓMEZ, Daniel. *¿Somos los españoles punitivos?...*, cit. p. 7, 16. Segundo o autor, Se se analisam os casos que alcançam grande ressonância mediática e que provavelmente contribuem ao aumento da preocupação cidadã pelo delito, é possível observar que se baseiam, antes de mais nada, na imagem de um sistema ineficaz para a prevenção do delito. Mas ineficaz por benevolentes, mas basicamente por incompetência: não logra impedir o delito, não logra prender os culpáveis. Com a expressão dessa mencionada preocupação, os cidadãos estariam, em suma, reclamando, mais que um maior rigor do direito penal (penas mais duras), mas, sim uma mínima eficácia (p. 17)

deliberativa parlamentária dependia de uma efetiva mobilização da opinião pública e de um apoio irrestrito de setores sociais relevantes.

3. Constatou-se, ademais, que, embora a corrupção consista em um desajuste social com condições de suscitar contínuos e amplos debates em âmbitos comunicativos relevantes da sociedade, sua complexidade e sua custosa e improvável erradicação acabam por prejudicar a consolidação e permanência dessa temática na agenda pública, gerando, ao longo do tempo, um sentimento de impotência e de desinteresse do público em geral com respeito ao tema, em especial, do público de massas.

4. Diante dessa circunstância, passa a ter especial relevância as características institucionais do Ministério Público enquanto agente impulsor, bem como os recursos, estratégias discursivas e justificativas empregadas por esse órgão estatal para impulsionar o projeto de lei conhecido como "dez medidas conta a corrupção".

5. Finalmente, mencionou-se que muitas democracias avançadas estabelecem em seus textos constitucionais a iniciativa legislativa popular. Em geral, o exercício de tal mecanismo democrático-participativo encontra limites materiais, entre os quais se destacam a impossibilidade de leis de iniciativa popular em material penal e processual penal. Além disso, advertiu-se que a falta de informação sobre as práticas de justiça criminal e a suscetibilidade da audiência ante o populismo punitivo dos meios de comunicação são questões bastante problemáticas que devem ser levadas em consideração no desenho dos mecanismos de iniciativa legislativa popular.

7. Bibliografia

ALLPORT, Floyd. H. Toward a science of public opinion. *Public Opinion Quarterly,* 1(1), p. 7-23, 1937.

ALMOND, Gabriel Abraham; POWELL, G. Bingham; DALTON, Russel J.; STRØM, Kaare. *Comparative politics today*: a world view. 9. ed. actual. Nueva York: Longman, 2010.

ALTMAN, David. Popular initiatives in Uruguay: confidence voteson government or political loyalties? *Electoral Studies,* 21, p. 617–630, 2002.

AMBOS, Kai. Introdução ao número especial sobre o caso "Mensalão". *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 6*, p. 261-263, 2014.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.

ARANTES, Rogério B. Rendición de cuentas y pluralismo estatal en Brasil: Ministerio Público y Policía Federal. *Desacatos*, n. 49 septiembre-diciembre, 2015.

AVRITZER, Leonardo. O Estado de direito, crise política e Operação Lava Jato. In: PRONER, Carol et al. (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada:* o processo Lula, Bauru: Canal 6, 2017.

BADIA, Miquel Caminal. La política como ciencia. In: BADIA, M. Caminal, *Manual de ciencia política.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

BAHIA. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O direito à deriva, o (in)esperado. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.

BARDHAN, Pranab. Corruptions and development: a review of issues. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption:* concepts & contexts. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

BAUGHN, Christopher; BODIE, Nancy L.; BUCHANAN, Mark A.; BIXBY, Michael B.. Bribery in International Business Transactions. *Journal of Business Ethics,* 92, p. 15-32, 2010.

BECKER, Gary. S. Crime and Punishment: an economic approach. In: G. S. BECKER, & W. M. LANDES, *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. New York: National Bureau of Economic Research, 1974.

BHATTACHARYYA, Sambit; HODLER, Roland. Media freedom and democracy in the fight against corruption. *European Journal of Political Economy,* 39, p. 13--24., 2015.

BLUMER, Herbert. Social problems as collective behavior. *Social Problems*, 18(3), p. 298-306, 1971.

BOEHM, Frédéric. Democracy and corruption. *Dimensión Empresarial,* 13(2), p. 75-85, 2015.

BRENNAN, Geoffrey; HAMLIN, Alan. On political representation. *British Journal of Political Science,* 29(1), p. 109-127, 1999.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 122, p. 359-390, 2016.

BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. O devido processo entre a justiça e a política. In: PRONER, Carol et al. (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.

CAMAJ, Lindita. The Media's Role in Fighting Corruption: Media Effects on Governmental Accountability. *The International Journal of Press/Politics,* 18(1), p. 21-42, 2013.

CARDOSO, Gustavo; DI FÁTIMA, Branco. Movimento em rede e protestos no Brasil: qual gigante acordou? *Dossiê Mídia, Intelectuais e Política,* 12(2), p. 143-176, 2013.

CARDOZO. José Eduardo Martins. Vivendo o direito. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula* Bauru: Canal 6, 2017.

CHOWDHURY, Shyamal. K. The effect of democracy and press freedom on corruption: an empirical test. *Economics Letters*, 85, p. 93-101, 2004.

CLARKE, Ronald C.; CORNISH, Derek B. Modeling offenders' decisions: a framework for research and policy. *Crime and justice, 6*, p. 147-185, 1985.

COBB, Roger; ELDER, Charles D. *Participation in American politics*: the dynamics of agenda building. 2. ed. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1983.

COBB, Roger; ROSS, Jennie-Keith, ROSS, Marc Howard. Agenda building as a comparative political process. *The American Political Science Review, 70*(1), p. 126-138, 1976.

COTTA, Maurizio. Parlamentos y representación. In: AA.VV., *Manual de ciencia política*. Madrid: Alianza, 1995.

DÖLLING, Dieter. Grundlagen der Korruptionsprävention. In: D. DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*. München: Verlag C. H. Beck, 2007.

DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. The hidden order of corruption: an institutional approach (ebook). Surrey, England, 2012.

DIAMOND, Larry; MORLINO, Leornardo. Introduction. Introduction. In: DIAMOND, Larry; MORLINO, Leornardo. *Assessing the quality of democracy*. Baltimore:: The Johns Hopkins University Press, 2005.

DIAS, Mariana; LEONARDO, Hugo. O mal-estar de um julgamento. *Boletim do IBCCRIM,* 242(21), p. 5-6, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. São Paulo: Ed. RT. 2016.

DÍEZ-PICAZO, L. M. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Editorial Crítica, 2000.

DOYLE, Aaron. How Not to Think about Crime in the Media. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice;,* 48(6), p. 867, 2006.

DUTTA, Nabamita; SANJUKTA, Roy. The interactive impact of press freedom andmedia reach on corruption. *Economic Modelling,* 58, p. 227–236, 2016.

EASTON, David. *Esquema para el análisis político*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2012.

ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. Agenda-building and the politics of aging. *Policy studies journal*, 13(01), p. 115-129, 1984.

ELDER, Charles D.; COBB, Roger W. The politics of agenda-building: an alternative perspective for modern democratic theory. *The Journal of Politics*, 33(4), p. 892-905, 1971.

ELSTER, John. Rational choice theory: cultural concerns. In: N. J. SMELSER, P. B. BALTES, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, p. 12763-12768, 2001.

ESSER, Frank; STRÖMBÄCK, Jesper. Mediatization of politics: Toward A Theoretical Framework. In: ESSER, F.; STRÖMBÄCK, J. *Mediatization of politics: understanding the transformation of western democracies*. New York: Palgrave Macmillam, 2014.

FELD, Lars. P.; KIRCHGÄSSNER, Gebhard. Direct democracy, political culture, and the outcome of economic policy: a report on the Swiss experience. *European Journal of Political Economy*, 16. p. 287-306, 2000.

FELIPPE, Márcio Sotelo. Lawfare, esse crime chamado justiça. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada:* o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017.

FERREIRA, Otávio Dias de Souza. O calvário político do eminente reitor. *Boletim do IBCCRIM,* ano 25, n. 300, p. 18-19, nov. 2017.

FREITAS, Felipe da Silva. O "caso Lula" e as tendências autoritárias da justiça brasileira: direito, política e advocacia criminal. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.

FRIEDRICH, Carl J. Corruption concepts in historical perspective. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (ed.). *Political Corruption: concepts & contexts*. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

FUENTES OSORIO, Juan L. Los medios de comunicación y el derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC),* 16(7), p. 1-51, 2005.

GARCÍA MAJADO, Patricia. La configuración de la iniciativa legislativa popular: resistencias y soluciones. *Oñati Socio-legal Series*, 7 (5), 1041-1057, 2017.

GARDINER, John. Defining corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: concepts & contexts*. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Princípios de criminología*. 3. ed. rev. ampl. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

GONÇALVES, E.; RENO, D.; MIGUEL, K. Katarini. Narrativa transmídia, ativismo e os múltiplos discursos dos protestos brasileiros de 2013. *Chasqui,* 123, p. 55-63, 2013.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Quando o processo legal não é seguido, a democracia perde. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada:* o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017.

GRECO, Luis. Annäherungen an eine Theorie der Korruption. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 163*(5), S. 249-257, 2016.

GREEVE, Gina. *Korruptionsdelikte in der Praxis*. München: C.H. Beck, 2005.

GUREVITCH, Michael; BLUMLER, Jay G. Political communication systems and democratic values. In: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and the mass media:* a collection of essays. New York: Cambridge University Press, 1990.

HABERMAS, Jürgen. The public sphere: an encyclopedia article (1964). *New German Critique*(3), p. 49-55, 1974.

HABERMAS, Jürgen. Historia crítica de la opinión pública: la transformación cultural de la vida pública. México: Ediciones G. Gili, S.A, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HADLEY, Arthur. The organization of public opinion. *The North American Review,* 711(201), p. 191-196, 1915.

HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael; LE VINE, Victor. Terms, concepts, and definition: an introduction. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael; LE VINE, Victor. *Political Corruption: A Handbook*. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 1993.

HJARVARD, Stig. The mediatization of society: a theory of the media as agents of social and cultural change. *Nordicom Review,* 02(29), p. 105-134, 2008.

HODGSON, Geoffrey; SHUXIA, Jiang. La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista. *Revista de Economía Institucional, 10*(18), p. 55-80, 2008.

HOUGH, Mike; PARK, Alison. How malleable are attitudes to crime and punishment? Findings from a British deliberative poll. In: J. V. ROBERTS, M. HOUGH, *Changing Attitudes to Punishment. Public Opinion, crime and justice*. Portland, Oregon: Willan Publishing, 2002.

HUNTINGTON, Samuel. P. Modernization and corruption. In: A. J. HEIDENHEIMER, M. JOHNSTON, *Political Corruption: concepts & contexts*. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

IBCCRIM. Ação Penal 470: um marco para a justiça brasileira. *Boletim do IBCCRIM,* 242(21), 2013.

JOSHI, Anuradha; HOUTZAGER, Peter P. Widgets or watchdogs? Conceptual explorations in social accountability. *Public Management Review,* 14(2), p. 145-162, 2012.

KLAVEREN, Jacob van. The concept of corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael; LE VINE, Victor. *Political Corruption: A Handbook*. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 1993.

LAMBSDORFF, Johann Graf; TAUBE, Markus; SCHRAMM, Mathias. Exploring the analytical capacity of new institutional economics and new economic sociology. In: J. G. LAMBSDORFF, M. TAUBE, M. SCHRAMM, *The new institutional economics of corruption*. London, New York: Routledge, 2005.

LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. In: A. J. HEIDENHEIMER, Arnold, JOHNSTON, Michel. *Political Corruption: concepts & contexts*. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

LUHMANN, Niklas. *The reality of the mass media.* Stanford: Stanford University Press, 2000.

MARCINKOWSKI, Frank; STEINER, Adrian. Mediatization and political autonomy: a systems approach. In: ESSER, Frank; STRÖMBÄCK, Jesper. *Mediatization of politics: understanding the transformation of western democracies*. New York: Palgrave Macmillam, 2014.

MAURO, Paolo. The effects of corruption on growth and public expenditure. In: A. J. HEIDENHEIMER, Arnold; JOHNSTON, Micheal. *Political Corruption: concepts & contexts*. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

MAZZOLENI, Gianprieto; SCHULZ, Winfried. "Mediatization" of Politics: a challenge for democracy? *Political Communication,* 16(3), p. 247-261, 1999.

MELGAÇO, Lucas. Protestos na era da informação: panóptico, visibilidade sinópticas e outras formas de ver e ser visto. *Liinc em Revista,* 12(2), p. 258-269, 2016.

MESQUITA, Nuno Coimbra; MOISÉS, José Álvaro; RICO, Bruno. As diferentes dinâmicas da corrupção: Mídia, Percepção e Instituições no contexto Brasileiro. In: CUNHA, Isabel Ferin, SERRANO, Estrela. *Cobertura jornalística da corrupção política:* sistemas políticos sistemas mediáticos enquadramentos legais. Lisboa: Aletheia Editores, 2014.

MORALES, Susana. Medios de comunicación y sentimiento de inseguridad: un recorrido por sus abordajes y nuevas preguntas. *Delito y Sociedad,* 37(23), p. 113-131, 2014.

NIETO MARTÍN, Adán. De la ética al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. In: NIETO MARTÍN, Adán, CATALAYUD, Manuel Maroto (dir.). *Public compliance:* prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2014.

NYE, J. S. Corruption and political development: a cost benefits analysis. HEIDENHEIMER, Arnold J. Perspectives on the perception of corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: concepts & contexts*. 3. ed. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability: the legal institutionalization of mistrust. In: MAINVARING, Scott; WELNA, Christopher. *Democratic accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003.

OECD. *The Role of the Media and Investigative Journalism in Combating Corruption.* Disponível em: [www.oecd.org/corruption/The-role-of-media-and-investigative-journalism-in-combatingcorruption.htm, 2018].

PESCHANSKI, João Alexandre; MORAES, Renato. Os protestos de junho e a agenda propositiva: um argumento teórico. *Lutas Sociais,* 17(31), p. 111-124, 2013.

PITKIN, Hanna. Finichel. *The concept of representation.* California: University of California Press, 1972.

PORRAS NADALES, Antonio J.; VEGA GARCÍA, Pedro de. Introducción: el debate sobre la crisis de representación política. In: NADALES, Antonio J. Porras. *El debate sobre la crisis de representación política*. Madrid: Tecnos, 1996.

POSNER, Richard. A. *Economic analysis of law.* 7. ed. Chicago: Wolters Kluver, 2007.

PRIOR, Hélder. Escândalo político e narratologia: tecendo os fios narrativos dos casos Face Oculta e Lava Jato. *Revista Famecos. Mídia, Cultura e Tecnologia*, 25(1), jan.-abr. 2018.

PRIOR, Hélder; GUAZINA, Liziane; ARAÚJO, Bruno. Corrupção e escândalo político: o enquadramento dos escândalos Face Oculta e Mensalão na imprensa portuguesa e brasileira. *Media & Jornalismo,* 14(26), p. 167-185, 2016.

PRONER, Carol, RICOBOM, Gisele. O devido processo legal em risco no Brasil: a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos na análise da sentença condenatória de Luis Inácio Lula da Silva e outros. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada:* o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. O papel dos vencidos. *Boletim do IBCCRIM,* 242(21), p. 16-17, 2013.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo, TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A tutela da moralidade política pelo direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais (RBCCrim),* 106(22), p. 251-267, 2014.

RIBEIRO, Haroldo V.; ALVES, Luiz G. A.; MARTINS, Alvaro F.; LENZI, Ervin K.; MATJAZ, Perc.. The dynamical structure of political corruption networks. *Journal of Complex Networks,* cny002, p. 1-15, 2018.

RIEZU, Antonio Rafael Cuerda. Los medios de comunicación y el derecho penal. In: A. NIETO MARTÍN, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. (v.. I). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2011.

RODEAN, Neliana. La iniciativa ciudadana en el procedimiento legislativo italiano: de su ineficacia a las propuestas de reforma. *Oñati Socio-legal Series*, 7 (5), 2017.

ROSE, Michelle; FOX, Richard. Public Engagement with the Criminal Justice System in the Age of Social Media. *Oñati Socio-legal Series,* 4(4), p. 771-798, 2014.

ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma.*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001.

ROSE-ACKERMAN, Susan, PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform. 2. ed. (ebook)*. New York: Cambridge University Press, 2016.

SADEK, Maria Tereza; CAVALCANTI, Rosângela Batista. The new Brazilian public prosecution: an agent of accountability. In: MAINVARING, Scott; WELNA,

Christopher. *Horizontal accountability: the legal institutionalization of mistrust*. New York: Oxford University Press, 2003.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas à perda da imparcialidade objetiva. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.

SANTOS, Eduardo Heleno. Crise de representação política no Brasil e os protestos de junho de 2013. *Liinc em Revista,* 10(1), p. 86-95, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. Grenzen der Bestrafung privater Korruption im Rechtsstaat. München, Festschrift für Hans Achenbach: C.F. Müller, 2011.

SCHMITTER, Philippe. C. The ambiguous virtues of accountability. In: L. M. DIAMOND, *Assessing the quality of democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2005.

SCHULZ, Winfried. Reconstructing mediatization as an analytical concept. *European Journal of Communication,* v. 19(01), p. 87-101, 2004.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la criminología*. 6. ed. Madrid: Dykinson, 2009.

SHEHATA, Adam; STRÖMBÄCK, Jesper. Mediation of political realities: media as crucial sources of information. In: ESSER, Frank; STRÖMBÄCK, Jesper. *Mediatization of politics: understanding the transformation of western democracies*. New York: Palgrave Macmillam, 2014.

SILVA, Maria Terezinha. Acontecimento: evocando sentidos, provocando ações: uma análise do «Mensalão». *Intexto*(30), p. 72-92, 2014.

SILVA, Terezinha. A pesquisa sobre escândalo político: panorama de 10 anos. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos, 15*(3), p. 160-169, 2013.

SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. Societal and horizontal controls: two cases of a fruitful relationship. In: MAINVARING, Scott; WELNA, Christopher (ed.). *Democratic accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003.

SOLA-MORALES, S.; RIVERA GALLARDO, R. El tratamiento periodístico sobre la corrupción política. Análisis comparado del caso SQM en Chile y del caso de Bárcenas en España. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico,* 23(01), p. 647-662, 2017.

SOTO NAVARRO, Susana. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RCPC),* 7(9), p. 1-46, 2005.

SOTO NAVARRO, Susana. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna. Granada: Comares, 2003.

SPARROW, Bartholomew H. A research agenda for an institutional media. *Political Communication,* 23, pp. 145-157, 2006.

STF. *Ementa do acórdão APn 470/MG*. Fonte: Consultor Jurídico: [http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf., 2013].

STF. *Inteiro teor do acórdão APn 470/MG*. Fonte: Consultor Jurídico: [http://s.conjur.com.br/dl/ap470.pdf., 2013].

STOUDER, Eduardo. *Análisis económico del derecho*: una introducción. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

STRÖMBÄCK, Jesper. Four phases of mediatization: an analysis of the mediatization of politics. *The International Journal of Press/Politics,* 13(03), p. 228-246, 2008.

STRÖMBÄCK, Jesper. Mediatization and perceptions of the media's political influence. *Journalism Studies, 12*(4), p. 423-439, 2011.

SUBIRATS, Joan. *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*. Madrid: Ministerio para las administraciones públicas, 1989.

SUXBERGER, Antônio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, *3*(1), p. 189-224, jan.-abr. 2017.

ŠKOLKAY, Andrej; IŠTOKOVÁ, Alena. Media coverage of corruption: the role of inter-media agenda setting in the context of media reporting on scandals. *Srodkowoeuropejskie Studie Polityczne*, p. 125-140, 2016.

TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of Public Economics,* 76, p. 399-457, 2000.

TREISMAN, Daniel. What we have learned about the causes of corruption from ten years of cross-national empirical research? *Annual Review of Political Science,* 10, p. 211-244, 2007.

URIBE BARRERA, Juan Pablo. Actitudes de los ciudadanos frente al crimen y al castigo: estudio piloto en la Universidad EAFIT, Medellín. *Revista Nuevo Foro Penal,* 9(81), p. 232-300, 2013.

VARONA GÓMEZ, Daniel. ¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España. *InDret,* 1, p. 1-31, 2009.

VARONA GÓMEZ, Daniel. Medios de comunicación y punitivismo. Medios de comunicación y punitivismo. *InDret,* 1, 2011.

VILLORIA MENDIETA, M. *La corrupción política.* Madrid: Editorial Síntesis, 2006.

VON ALEMANN, Ulrich. The unknown depths of political theory: the case for a multidimensional concept of corruption. *Crime, Law & Social Change,* 42, p. 25-34, 2004.

XIAOWEN, Tian, LO, Vai. Io. Conviction and Punishment: free press and competitive election as deterrents to corruption. *Public Management Review,* 11(2), p. 155-172, 2009.

WALKER JUNIOR, James. A criminalização da ampla defesa. In: PRONER, Carol et al. (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula.* Bauru: Canal 6, 2017.

ZAMORA, Rocío; ALBALADEJO, Juan Antonio Marín. La representación simbólica del escándalo político. Hacia una tipología de los marcos periodísticos (frames) utilizados en la narración del escándalo de corrupción política. *Razón y palabra,* 73, 2010.

ZEY, M. Rational choice and organization theory. In: SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, p. 12751-12755, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação lava jato como processo penal do inimigo, de Gustavo de Souza Preussler – *RBCCrim* 134/87--107 (DTR\2017\2542); e
- Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do estado democrático de direito, de Flávia Piovesan e Victoriana Leonora Corte Gonzaga – *RT* 967/21-38 (DTR\2016\4639).

Há razão na lei penal?: um estudo sobre a proposta de inclusão da corrupção no rol de crimes hediondos

Is there a reason in criminal law?: a study about proposal of inclusion of the corruption in the heinous crimes list

Pedro Bertolucci Keese

Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Sociologia de la Penalidade pela Asociación Pensamiento Penal (2017). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Pesquisador e membro do conselho deliberativo do Núcleo de Estudos Criminais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.
pedro.keese@gmail.com

Priscila Coelho

Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Bacharela em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016). Coordenadora Adjunta do Grupo de Diálogo Universidade Cárcere Comunidade da Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Pesquisadora e integrante do Grupo de Pesquisa sobre Estudos da Criança e do Adolescente no Século XXI. Advogada.
priscilacoelho.direito@gmail.com

Robert George Otoni de Melo

Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2015). Membro do Grupo de Advogados em Defesa da Diversidade Sexual (GADVS). Advogado.
robert.melo77@yahoo.com.br

Recebido em: 29.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 15.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O presente artigo visa compreender a racionalidade penal moderna no âmbito legislativo brasileiro. Para isso, prevê-se a adoção de método qualitativo para revisar desde o conceito

Abstract: This article aims to understand the modern penal rationality within legislative context. For this purpose, it expects the adoption of qualitative method to review since Max Weber's

Keese; Pedro Bertolucci; Coelho; Priscila; Melo; Robert George Otoni de.
Há razão na lei penal?: um estudo sobre a proposta de inclusão da corrupção no rol de crimes hediondos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 147. ano 26. p. 745-777. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

de racionalidade jurídica de Max Weber passando pela concepção de irracionalidade jurídica penal da criminologia crítica, até à luz da formulação de racionalidade penal moderna de Álvaro Pires. Com relação ao projeto de Lei 4.850/2016, o artigo propõe observar sua exposição de motivos, visando questionar sua racionalidade e pertinência para o sistema penal brasileiro.

Palavras-chave: Racionalidade jurídica weberiana – Irracionalidade do sistema penal – Racionalidade penal moderna – Pena de prisão – Política legislativa penal.

legal rationality until legal irrationality conception by Alvaro Pires's formulation about modern penal rationality. Concerning to bill number 4,850/2016 article proposes to observe its justifications aiming to question its rationality and relevance for Brazilian penal system.

Keywords: Weberian rational-legal theory – Irrationality of the penal system – Modern penal rationality – Prison punishment – Penal legislative policy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Racionalidade jurídica weberiana. 3. Irracionalidade do sistema penal. 3.1. Contraposição entre racionalidade jurídica weberiana e o funcionamento do sistema penal. 3.2. A irracionalidade do Sistema Penal segundo Zaffaroni. 4. A racionalidade penal moderna e o paradigma da pena aflitiva. 5. Mais criminalizações "*racionais*" em um cenário *irracional*: o projeto de Lei 4.850/2016 e a pena de prisão como uma suposta solução de problemas sociais complexos. 5.1. A racionalidade penal moderna nos motivos da proposta legislativa analisada. 6. Conclusão – desafios da política legislativa penal. 7. Referências bibliográficas. Levantamentos.

1. Introdução

A necessidade de se discutir a racionalidade penal moderna é urgente. A importância deste debate verifica-se não somente pela quantidade elevada de propostas legislativas que objetivam a alteração das leis penais, mas também pela necessidade de se compreender como essa racionalidade atua e produz seus efeitos no sistema penal. Afinal, verificar a pertinência de um projeto de lei, sobretudo, um projeto de lei penal – no caso, a (ir)racionalidade do projeto de Lei 4.850/2016 – é mais do que um bom motivo quando se assume a importância de novas perspectivas.

Além disso, e talvez esse seja o principal motivo, observada a racionalidade penal moderna sob um ponto de vista mais amplo, verifica-se que ela opera com efeitos concretos no quadro prisional do País – reconhecidamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se, no caso brasileiro, de um sistema que aposta fortemente na prisão como forma de solução de ampla gama de conflitos sociais, e cuja consequência é o encarceramento em massa de mais de 700 mil pessoas. A validade de estudá-la, nesse contexto, torna-se ainda mais particular, na medida em que é fundamental compreender como a dinâmica de uma (ou várias) lei(s) penal(is) pode piorar um quadro tão barbárico.

Keese; Pedro Bertolucci; Coelho; Priscila; Melo; Robert George Otoni de.
Há razão na lei penal?: um estudo sobre a proposta de inclusão da corrupção no rol de crimes hediondos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 147. ano 26. p. 745-777. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

O artigo é dividido em três partes. Na primeira delas, é estabelecido um marco analítico prévio sobre a dimensão das racionalidades e irracionalidades no direito. Primeiro, pela abordagem acerca da *racionalidade jurídica weberiana* e de seus atributos. A opção pelos estudos de Max Weber sobre instituições mostra-se apurada dada a influência do direito na composição dessa racionalidade. Em suas lições, Weber expõe o florescimento do capitalismo europeu em decorrência, em parte, do fortalecimento do direito como instituição, impondo-se pelas características próprias dos sistemas jurídicos ocidentais. Dentro desta moldura, são extraídos contrapontos a tal racionalidade em âmbito criminal: de um lado, pela criminologia crítica e pelos dados empíricos do real funcionamento do sistema penal, apontando à total *irracionalidade do sistema penal*; de outro lado, pelo conceito cunhado por Álvaro Pires acerca da racionalidade que permeia o saber penal e vincula a prática de um crime à imposição de pena aflitiva, denominada *racionalidade penal moderna*. O diálogo dessas duas perspectivas permite o debate sobre a racionalidade do sistema penal, ou a sua ausência.

Inaugurado o marco analítico, e a partir dele, na segunda parte o artigo analisará a exposição de motivos do projeto de Lei federal 4.850/2016 ("Dez Medidas Contra a Corrupção"), elaborado pelo Ministério Público Federal e submetido à Câmara dos Deputados do Brasil como projeto de lei de iniciativa popular, em relação às reais motivações e justificativas utilizadas no Projeto que pretende a transformação dos crimes contra a "moralidade administrativa" em crimes hediondos. Mais especificamente, dentro de todas as medidas propostas, a escolha pela análise da inclusão do crime de corrupção no rol dos crimes hediondos mostra-se pertinente em um contexto no Brasil em que se observa uma verdadeira cruzada moral contra a corrupção. Isso permitirá um melhor entendimento sobre como a racionalidade penal moderna se faz presente e como esse recrudescimento em matéria penal carece de base empírica que forneça suporte aos seus fundamentos. Ainda que repletas de supostas boas intenções, novas leis penais – como a analisada – podem piorar o já caótico quadro carcerário brasileiro.

2. Racionalidade jurídica weberiana

Ao falarmos sobre (ir)racionalidade jurídica, um dos conceitos que podem ser utilizados para tratar do tema é o formulado pelo jurista e economista alemão Max Weber. Ao estudar o surgimento do capitalismo e analisar as condições determinantes que permitiram o desenvolvimento desse sistema econômico em determinadas sociedades em detrimento de outras, Weber irá apontar o papel do Direito, e nesse sentido, particularmente, o aspecto racional desse campo como condicionante ao desenvolvimento do capitalismo, principalmente na Europa Ocidental, e não em antigas sociedades tribais comunitárias.

Importante ressaltarmos que para Weber, o capitalismo estaria presente onde quer que se realizasse a satisfação de necessidades de um grupo humano, com a existência de um caráter lucrativo e por meio da constituição de *empresas,* qualquer que fosse a necessidade em questão[1]. Nesse sentido, ele irá estabelecer algumas condições prévias que entende serem necessárias para o surgimento dessas empresas, sendo elas, sucintamente: a apropriação de todos os bens materiais de produção; a liberdade mercantil, isto é, a liberdade do mercado, com referência a toda irracional limitação do comércio; técnica racional, contabilizável, mecanizada; direito racional, isto é, calculável; trabalho livre; e comercialização da economia;

Apesar de compreendermos a importância da análise de todas as condições anteriormente mencionadas, limitamo-nos ao objetivo proposto no presente artigo, passando à análise apenas das questões que envolvem a existência de um direito racional e calculável como condicionante ao surgimento do capitalismo, tal como descrito por Weber.

Dessa maneira, o autor explica que a necessidade desse direito racional e calculável se deu pelo fato de que a exploração econômica necessária ao desenvolvimento desse sistema econômico necessitava da segurança e da certeza de que a justiça e a administração poderiam ser minimamente calculáveis e previsíveis.

Nesse sentido, Weber irá afirmar que nunca na história essa previsibilidade foi tão viável quanto no período do surgimento do capitalismo. Seria impossível o desenvolvimento desse novo sistema econômico, sem a existência de uma certa segurança que impedisse a ocorrência de constantes perturbações nas transações comerciais.[2]

Essas características próprias do Ocidente explicariam os motivos do capitalismo não ter surgido em sociedades tribais baseados nos costumes e nas tradições. A necessidade de um direito que pudesse trazer segurança a investidores e garantia no cumprimento de contratos não permitia qualquer tipo de julgamento que pudesse ser baseado em sentimentos ou costumes locais. Nesse sentido, Weber dizia que era necessária a existência de um direito que se pudesse calcular como uma máquina[3]. Em consequência disso, rejeita-se totalmente a atuação dos profissionais que tivessem formação humanística, preferindo-se a atuação dos burocratas.

1. WEBER, Max. *História geral da economia*. São Paulo: Centauro, 2006. p. 257.
2. WEBER, Max. Op. cit., p. 259.
3. WEBER, Max. Op. cit., p. 311.

Ademais, de acordo com Weber, o direito seria formalmente racional ou formalmente irracional. A esse respeito, considerando os estudos de Weber, Richard Swedberg distingue os dois conceitos afirmando que o direito formalmente racional irá se manifestar quando levadas em consideração as características gerais de um caso particular, sendo que o direito formalmente irracional estará presente quando a argumentação jurídica for manifestada sem o controle realizado pelo intelecto[4]. Esse seria, portanto, mais um ponto a favor do surgimento e desenvolvimento do capitalismo, vez que ausentes quaisquer chances de resolução de conflito por outro meio que não fosse aquele pura e simplesmente racional proveniente do direito.

Sob esse aspecto, Trubek descreve os elementos essenciais do amplo conceito de direito weberiano, apresentando-os como um sistema de padrões, máximas, princípios ou regras de conduta que são tidos como obrigatórios pelas mesmas pessoas às quais se destinam. Para garantir a observância dessas regras, tem-se a presença de agentes especializados e com poder coercitivo de sanção sobre aqueles que as descumprem. A aplicação dessas sanções por meio de um sistema de regras faz com o que o direito possa ser chamado "racional"[5].

Entendemos que a análise de Weber está voltada para uma questão de viés mais econômico, vez que o jurista analisa as condições prévias ao surgimento de um novo modo de produção que alterou substancialmente as relações sociais. Nesse sentido, é compreensível e possui muita coerência a afirmação de que um direito racional, calculável, lógico e previsível tornou possível o surgimento e desenvolvimento do capitalismo. A certeza na execução dos contratos e transações econômicas era – e assim permanece – imprescindível ao caráter lucrativo do capitalismo em que até hoje o mercado dita políticas econômicas dos Estados.

Contudo, quando voltamos nossa atenção a um determinado campo do direito, qual seja, o do direto penal, essa racionalidade jurídica, que segundo Weber seria imanente ao direito tal como presente no Ocidente, não nos parece tão clara, lógica, calculável e, principalmente, racional como anunciada.

Certamente, se determinada pessoa descumpre um contrato no qual se comprometeu a arcar com o pagamento de um valor em troca da posse e titularidade de um determinado bem, terá que arcar com as consequências advindas do descumprimento dessa relação jurídica, provavelmente a perda do bem ou de

4. SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a Ideia da sociologia econômica.* Trad. Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora UFRJ/Beca Produções, 2005.

5. TRUBEK, *David.* Max Weber *sobre o Direito*. *Revista Direito GV*. v. 3, n. 1, jan.-jun. 2007. p. 157.

eventuais valores já pagos – isto, é claro, desconsiderando todas as demais particularidades que podem envolver o fato e determinar uma resolução diversa.

Ocorre que, quando abordamos a questão da aplicação de penalidades em decorrência da prática de um ilícito penal, não é possível percebermos uma racionalidade tão clara, lógica, calculável e previsível como própria do direito, nos moldes em que foi descrita por Weber. Em especial, isso não acontece se considerarmos que a burguesia, detentora dos meios de produção e caracterizada por seus interesses econômicos, não era alvo da incidência do direito penal ou sequer considerada pelo sistema de justiça criminal. Suas condutas jamais eram questionadas, nem mesmo nos processos de criminalização primária.[6]

Apesar de o conceito weberiano de racionalidade jurídica medir a extensão com que um sistema de direito é capaz de formular, promulgar e aplicar regras universais[7], estas regras não podem ser consideradas tão universais assim do ponto de vista de seus destinatários. Apesar da conhecida lógica "crime-sanção" ter validade para a camada detentora da força de trabalho, não era aplicada àqueles que exploravam a atividade econômica ou que hereditariamente pertenciam à nobreza.

Nesse sentido, cabe ressaltar a maneira como Weber compreendia a burguesia, dentro de uma das acepções fundamentais do sentido da história social. Assim, considerando o sentido de *status* e condição social, a burguesia era considerada a camada social em que se encontravam "pessoas de posição e cultura", incluindo nessa compreensão os empresários, rentistas e todos aqueles que possuíam uma formação acadêmica, elevado nível de vida e prestígio social, o que automaticamente excluía o proletariado dessa categoria[8].

Dentro desse panorama, e considerando a função declarada da pena de *reintegração social*[9], é possível compreender porque apenas determinadas pessoas eram (e continuam) sendo atingidas pelo direito penal. Aqueles detentores de "formação acadêmica, nível mais elevado e prestígio social" jamais seriam punidos pela prática de crimes, ainda que diante da existência de um código tipificando, todas as condutas criminalizadas com sua respectiva punição. Ou seja, mesmo diante de um ordenamento jurídico que deveria tornar o direito penal

6. SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco* – versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
7. TRUBEK, Op. cit., p. 157.
8. WEBER, Max. Op. cit., p. 311.
9. Não abordaremos, neste ponto, a discussão sobre outros termos utilizados para determinar as funções da pena, ou mesmo a crítica a funções ditas não declaradas da punição. Essas questões serão abordadas em momento posterior neste artigo.

previsível e calculável, sua aplicação estava necessariamente condicionada ao *status* social do sujeito destinatário daquela norma, e não unicamente à conduta por ele praticada.

Neste ponto, convém destacar o caráter patrimonial do direito penal, e como essa questão se relaciona ao sistema econômico em ascensão durante o período em que Weber realizou seus estudos. Toda a racionalidade jurídica apontada pelo autor parece não considerar outra abordagem do direito que considera totalmente irracional a aplicação de longas penas privativas de liberdade a quem interfere no patrimônio de outra pessoa, mas não considera uma conduta criminalizável a submissão de homens, mulheres, idosos, e até mesmo crianças, a condições análogas à escravidão, em ambientes hostis e insalubres, em troca de um valor exorbitantemente desproporcional ao auferido por aquele que unicamente detém os meios de produção e a propriedade privada.

3. Irracionalidade do sistema penal

A racionalidade jurídica weberiana, como visto no capítulo anterior, apresenta atributos próprios e pretende ser coerente e universalizável. No entanto, o termo "racionalidade" não é unívoco e dá ensejo a diversos conceitos e interpretações quando aplicado ao direito e aos sistemas de justiça. Para abordar a racionalidade ou irracionalidade em relação ao direito ou a determinado sistema jurídico, é necessário esclarecer de que conceito se está tratando e de quais características se está atribuindo ao termo.

Neste capítulo, trataremos das relações entre racionalidade e sistema penal[10], sob a perspectiva da criminologia crítica. Mais especificamente, da irracionalidade do sistema penal sob duas perspectivas. Primeiro, em contrariedade à racionalidade jurídica formulada por Weber, a partir das constatações da impossibilidade de que tal sistema funcione de forma universal, mas seletiva e com fins específicos, além de diversas outras características que minam os atributos pretendidos por Weber. Segundo, em um sentido próprio de incoerência interna

10. Por Sistema Penal, esclarecemos desde já que utilizamos a definição de Zaffaroni, de conjunto de agências de criminalização primária e secundária, compreendendo as agências políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social, de reprodução ideológica, e internacionais. Todas elas competem entre si, de forma inorgânica, sendo que "[o] produto final desta competitividade costuma resultar em leis penais absurdas, disputas por projetos mais repressivos, sentenças exemplarizantes e uma opinião pública confundida e desinformada" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro I,* 4. ed. São Paulo: Revan, 2011. p. 61).

do discurso penal e da impossibilidade de cumprimento daquilo que se propõe, conforme as elaborações de Eugenio Raúl Zaffaroni.

3.1. Contraposição entre racionalidade jurídica weberiana e o funcionamento do sistema penal

Diferentemente da racionalidade jurídica de Weber, os estudos do direito penal e da criminologia, principalmente tendo em vista os dados empíricos sobre o real funcionamento do sistema de justiça criminal, apontam para a existência de características contrapostas às enunciadas de universalidade, calculabilidade e coerência interna, ao menos em relação ao sistema penal. Na realidade, a conclusão à qual se chega a partir da efetiva operatividade do direito penal é que ele é, como um todo, *irracional*, e *irracional* por excelência, não cumprindo (e nem podendo cumprir) o que se propõe declaradamente.

Entre seus atributos, em contraste com aqueles da racionalidade penal moderna, estão a seletividade e as desigualdades nos processos de criminalização – seja a criminalização primária das condutas tipificadas em normas incriminadoras, seja a criminalização secundária pela seleção de indivíduos entre aqueles que praticaram um fato previsto em lei como crime –, a significativa parcela de crimes praticados que, por variadas razões, sequer chega ao conhecimento oficial das agências estatais (denominada "cifra oculta"), discricionariedade dos agentes do sistema de justiça criminal, as decisões judiciais em matéria criminal. Em geral, o sistema penal opera na ilegalidade.

A seletividade penal é fundamental para a compreensão do verdadeiro funcionamento do sistema de justiça criminal, porquanto se aplica de forma desigual aos membros de determinada sociedade. E isso é demonstrado de forma clara pelas estatísticas criminais brasileiras. De acordo com dados do Levantamento Infopen[11], o Brasil apresenta a terceira maior população prisional do mundo, com 726.712 pessoas privadas de liberdade[12], o que permite afirmar que há um *encarceramento em massa* atualmente em curso. Além disso, segundo informações do Ministério da Justiça, há no País mais de 1.680 tipos penais, e em 97% deles está prevista a privação de liberdade como pena[13].

---

11. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016 / SANTOS, Thandara (Org.); ROSA, Marlene Inês da (Colaboração)... [et al]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. III. Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN.
12. População estática referente ao mês de junho de 2016.
13. Sistema "SISPENAS", do Ministério da Justiça. Trata-se de "sistema de consulta sobre as normas de comportamento e sanção da legislação criminal em vigor. O *software* e o

No entanto, apesar da enorme quantidade de crimes previstos em lei, uma parcela ínfima deles é responsável pela quase totalidade das centenas de milhares de presos que ocupam as penitenciárias e centros de detenção. Os dados indicam cinco crimes como responsáveis por 72% do total da população prisional masculina, ou, em termos absolutos, mais de 520 mil pessoas. São os delitos de tráfico (26%), roubo (26%), furto (12%), delitos relacionados ao porte irregular de armas de fogo (5%) e receptação (3%) – ou seja, cinco ilícitos penais dos quais apenas um é cometido com violência ou grave ameaça, e que não incluem a criminalidade considerada mais grave e que é frequentemente retratada nos noticiários, em especial em programas policiais, como o homicídio ou o estupro. Em relação à população prisional feminina, tem-se que só o tráfico de drogas encarcera 62% das mulheres, somado a roubo (11%) e furto (9%) que totalizam 82% das presas.

Tendo em vista os crimes mencionados, a seletividade também alcança determinadas pessoas específicas entre o total da população do País: homens (93%), jovens (55% até 29 anos e 74% até 34 anos), negros (64%) e de baixa escolaridade (80% não completaram sequer o ensino médio e 0% com ensino superior completo). Ou seja, o sistema penal está muito distante de ser *imparcial* e *universal*, com normas aplicadas de forma igualitária a todos os membros da sociedade.

Na prática, temos a seletividade inerente ao sistema penal e a desigualdade de seleção das condutas e pessoas criminalizadas[14]. E não poderia ser diferente: se

banco de dados foram desenvolvidos pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV com financiamento do PNUD no âmbito do projeto Pensando o Direito (SAL/MJ)" (MACHADO, Maíra Rocha; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Exclusão Social como prestação do Sistema de Justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao problema carcerário no Brasil. *Revista transgressões:* ciências criminais em debate. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 80).

14. Ainda sobre a seletividade, são pertinentes as observações de Zaffaroni no seguinte sentido: "A seletividade estrutural da criminalização secundária confere especial destaque às agências policiais (sempre tensamente condicionadas àquelas políticas e de comunicação). As agências judiciais limitam-se a resolver os poucos casos selecionados pelas policiais e, finalmente, as penitenciárias recolhem algumas pessoas entre as selecionadas pelo poder das agências anteriores (...) na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida. Embora os juristas possam elaborar discursos legitimantes deste processo seletivo – e de fato o fazem – o poder exercido por eles mesmos (o propriamente jurídico) é o dos juízes, advogados, promotores, funcionários e auxiliares, posto em prática na agência judicial ou requisitado para seu funcionamento. O resto do poder de criminalização secundária fica fora do alcance de suas mãos e é puro exercício seletivo, mais ou menos arbitrário e

o sistema de justiça criminal atuasse na totalidade de situações criminais existentes – ou seja, se fosse feita a investigação, processo, julgamento e execução da pena de todos os crimes praticados na sociedade – correríamos o risco de encontrar uma sociedade inteira criminalizada, o que evidentemente é algo indesejável. Trata-se de uma, entre as muitas, contradições do Sistema Penal, indicando a seletividade que lhe é inerente.

Tal fenômeno relaciona-se também com a existência de uma *cifra oculta* de delitos que não chegam sequer ao conhecimento do Estado, devido à limitada capacidade operacional das agências de criminalização secundária. O sistema penal, com isso, executa a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte muito pequena de seu programa primário.[15] O abolicionista Louk Hulsman igualmente conclui que o sistema penal atua de forma extremamente marginal e desprezível, de modo que já vivemos em uma sociedade sem a sua presença[16]. Igualmente Maria Lúcia Karam pondera que o sistema penal não existe para alcançar todos aqueles que praticam condutas criminalizadas, mas que sua eficácia deve residir em uma atuação excepcional.[17]

---

estruturalmente inevitável". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. 4. ed. São Paulo: Revan, 2011. p. 51).

15. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 44.

16. Afirma o autor que "Se um grande número de vítimas não denuncia os fatos puníveis à polícia, esta também não transmite todos os fatos que lhe são comunicados ao Parquet, o qual, por sua vez, longe de mover processos em relação a todos os fatos que lhe são submetidos, arquiva a maior porte [na França, o *Parquet* detém o juízo de oportunidade para arquivar inquéritos]". - "Como achar *normal* um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? (...) A cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema por natureza estranho à vida das pessoas" (HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas – O Sistema Penal em Questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993. p. 66).

17. Esta necessária excepcionalidade já se poderá perceber, se, honestamente, examinarmos nossos comportamentos, relacionados às leis penais. Quem poderia dizer que nunca cometeu um crime — um pequeno furto, um atestado médico falso, a compra de um produto de origem duvidosa (isto é, uma provável receptação) ou de um produto importado, sem o pagamento do imposto devido (isto é, um descaminho), um jeitinho para pagar menos imposto de renda (isto é, uma sonegação fiscal), uma propina para o guarda, ou, pelo menos, um adultério...? Se todos os fatos, teoricamente merecedores de que a eles se aplicasse a lei penal, fossem efetivamente alcançados pela intervenção do sistema penal, ter-se-ia como consequência, tão lógica quanto absurda, a punição, por várias vezes, de praticamente todos os membros da sociedade, que, assim deveria se transformar em um imenso presídio, de difícil funcionamento, pois quem sobraria

Ainda em contraposição à racionalidade jurídica weberiana, o sistema penal é caracterizado pela ausência da suposta *calculabilidade* do direito que se expressaria nas decisões judiciais. As decisões e sentenças criminais não seguem uma mesma lógica e coerência entre si e não há propriamente um sistema de precedentes que credite algum grau de segurança jurídica em matéria criminal. Exemplo disso, no Estado de São Paulo, é a discrepância abissal de entendimentos jurisprudenciais das próprias Câmaras que compõem seu Tribunal de Justiça e as variações nas taxas de provimento e improvimento de recursos criminais contra condenações, conforme já apontou levantamento da Folha de S.Paulo[18], gerando grande insegurança jurídica em matéria penal.

No mais, verifica-se a absoluta ilegalidade na qual opera o sistema penal. Na realidade, mais que apenas ilegal, o sistema penal opera de forma inconstitucional, conforme já reconheceu o Supremo Tribunal Federal em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 em relação ao sistema carcerário do País e às reconhecidas e sistemáticas violações de direitos humanos que ocorrem nas prisões brasileiras.

Por fim, observa-se certa ironia em relação à racionalidade jurídica de Weber e a real operatividade do sistema penal. O autor erra no diagnóstico, mas acerta na conclusão.

A hipótese de Weber seria de que a racionalidade jurídica dos países ocidentais permitiu o desenvolvimento do capitalismo. No entanto, como demonstrado anteriormente, os atributos de racionalidade weberiana não se aplicam ao direito

---

para exercer a função de carcereiro? (...) Aí se encontra um dos principais ângulos da funcionalidade do sistema penal, que, tomando invisíveis as fontes geradoras da criminalidade de qualquer natureza, permite e incentiva a crença em desvios pessoais a serem combatidos, deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que os alimentam. KARAM, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: KARAM, Maria Lúcia. *Conversações abolicionistas* – uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: 1997. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC-SP. p. 72-73.

18. Para fins de comparação, enquanto a 4ª Câmara Criminal nega provimento para 81,1% dos recursos contra condenações, essa taxa é de 15,9% na 12ª Câmara Criminal. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698478-estudo-indica-que-camara-do-tribunal-de-justica-paulista-mais-nega-recurso.shtml]. Acesso em: 28.04.2018.

    Ou, então, veja-se estudo apontando que na cidade do Rio de Janeiro moradores das favelas têm mais chances de condenação por associação ao tráfico de drogas (*Morar em favela no Rio aumenta chance de acusação por associação ao tráfico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-abr-27/morar-favela-aumenta-chance-acusacao-associacao-trafico]. Acesso em: 28.04.2018.

penal. Ainda assim, o direito penal (e a pena de prisão, em especial), irracional em relação à proposta weberiana, também foi de suma importância para o surgimento do capitalismo. Não devido aos atributos de racionalidade jurídica, os quais ele não apresenta, mas por conta de sua função real de controle social de parcelas da população consideradas indesejáveis. Nesse sentido, fugiria do escopo do presente artigo o aprofundamento dessa questão, mas cumpre ressaltar que há produção robusta em criminologia crítica a respeito da relação entre direito penal, prisão e a formação de um "exército de reserva" de mão de obra barata para atuar na indústria, bem como com a produção e reprodução de desigualdades sociais na manutenção do *status quo* dos detentores de poder na sociedade capitalista[19].

Ou seja, o direito penal também foi essencial ao surgimento do capitalismo – e ainda é essencial à sua manutenção – não pela racionalidade jurídica weberiana, mas pelas suas funções reais; foi justamente a ausência da tal racionalidade jurídica para o sistema penal que contribuiu para o desenvolvimento do capitalismo.

3.2. A irracionalidade do Sistema Penal segundo Zaffaroni

O segundo sentido para a irracionalidade do sistema penal é com base em outro critério de racionalidade, formulado por Eugenio Raúl Zaffaroni. Trata da sua incoerência interna e da impossibilidade de cumprimento daquilo que se propõe.

Já no primeiro capítulo de seu livro *Em busca das penas perdidas,* Eugenio Raúl Zaffaroni descreve uma "progressiva 'perda' das 'penas', isto é, as penas como inflição de *dor sem sentido* ('perdido' no sentido de carentes de racionalidade)", referindo-se diretamente a Louk Hulsman e indiretamente a Nils Christie.[20]

---

19. Para aprofundamentos nessas questões, veja-se, respectivamente, (i) *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX), de Dário Melossi e Massimo Pavarini, e *Punição e estrutura social*, de Georg Rushe e Otto Kirchheimer; e (ii) *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal, de Alessandro Baratta.

20. Na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma 'realidade' que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente.

    (...) A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão perdidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, diante de um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* A perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 12.

Para Zaffaroni, o direito penal já esgotou seu "arsenal" de ficções para racionalizar seu discurso e exercer seu poder cujo símbolo é a morte em massa[21]. Trata-se de um discurso (da racionalidade penal) inegavelmente falso, enquanto que a prática efetiva do sistema penal não tem como se adequar aos seus discursos. O autor explicita a incompatibilidade entre as características estruturais de todos os sistemas penais e os discursos oficiais – características como a seletividade, reprodução de violência, criação de condições para maiores condutas lesivas, corrupção institucionalizada, concentração de poder, verticalização social e a destruição das relações horizontais.

Ao tratar da expressão *racionalidade*, Zaffaroni explica o conceito ao qual se refere: deve englobar a coerência interna do seu discurso e seu real valor quanto à nova operatividade social[22] O discurso jurídico deve ser socialmente verdadeiro, o que significa que deve ser adequado para obter os fins aos quais se propõe (nível *abstrato*) e que deve operar sobre a realidade de acordo com seus postulados, havendo certa equivalência entre o *ser* e o *dever ser* (*nível concreto*).

Ocorre que, conforme Zaffaroni, especialmente nos países de América Latina – e certamente no Brasil, País que mais encarcera na região – não se sustenta qualquer racionalidade do saber penal, que não cumpre nenhum dos requisitos de legitimidade que poderia vir a ter... Essa ruptura com a racionalidade do saber penal inviabiliza também a almejada legitimidade do exercício de poder que se opera pelo sistema penal.

O autor, então, conclui de maneira categórica afirmando ser incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional, presente em nossos dias, e a consequente legitimidade do sistema penal tornaram-se 'utópicas' e 'atemporais', sendo certo que não se realizarão em lugar e/ou tempo algum.[23]

Ainda, e dialogando com a seletividade penal já explicitada no tópico anterior, é possível verificar no Brasil (e na América Latina, em geral) que as contradições inerentes do Sistema Penal não resistem a uma observação superficial da forma como ele opera, restando escancarada a diferença entre o discurso e suas efetivas práticas[24].

---

21. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 14.
22. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 16.
23. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 19.
24. A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível esse poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as

As conclusões de Alessandro Baratta também se assemelham às de Zaffaroni. Segundo o criminólogo italiano, há uma contradição entre os princípios declarados pelo sistema penal e aqueles estruturais que ditam seu funcionamento real. Na realidade, tais princípios declarados que constituem um *dever ser* são uma *ideologia* e permite que o sistema funcione através de tal contradição.[25]

Há, por fim, outra abordagem acerca da relação entre racionalidade e irracionalidade penal, que merece aprofundamento e serve de base para o que será discutido no objeto do artigo: a *racionalidade penal moderna*, formulada pelo criminólogo Álvaro Pires.

4. A racionalidade penal moderna e o paradigma da pena aflitiva

Diversamente da irracionalidade do sistema penal apontada pela criminologia crítica, o criminólogo Álvaro Pires realiza sua abordagem utilizando o conceito de *racionalidade penal* moderna como característica que marca as práticas de política criminal da atualidade. Como será visto no tópico seguinte, essa forma de racionalidade é a que está presente no projeto de lei objeto deste artigo.

Pires define o sistema penal moderno como um conjunto de práticas institucionais jurídicas constituído por uma rede de sentidos que, por sua vez, possui uma unidade própria manifestada no plano do saber[26]. Por ser uma unidade própria, a *diferenciação* do sistema penal permite sua validação como um campo autônomo no plano do saber.

Tal diferenciação fundamenta-se naquilo que Michel Foucault expõe como "sistemas de pensamento"[27], isto é, a realidade não pode ser explicada pelo todo

---

falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado. (...) Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis (...) Os órgãos executivos têm "espaço legal" para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 26-27.

25. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 213.

26. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP.* n. 68. p. 39-60. 2004.

27. Ibid., p. 39.

e, sim, por seus códigos próprios sobre comunidades e indivíduos. À luz disso, Pires passa a observar o sistema penal como constitutivo de um subsistema jurídico específico[28].

Em decorrência da existência desse subsistema jurídico, Pires compreende a racionalidade penal sob dois sentidos semânticos: um teórico e outro empírico. Enquanto que em um plano teórico, a racionalidade penal se distingue de outros sistemas de pensamento por estar inserida na dinâmica própria da justiça criminal, em um plano empírico, sua existência pode ser percebida através de sua constituição em um momento histórico, particularmente o século XVIII, caracterizando a modernidade pelos mesmos motivos.

A consequência da racionalidade penal moderna é a naturalização da estrutura das normas inicialmente eleitas pelo sistema penal[29]. A correspondência dessa noção se valida pela subsunção de duas normas jurídicas de natureza penal: uma de natureza comportamental (fazer ou não fazer) e, a outra, da sua respectiva pena sancionatória de caráter aflitivo. Nesse contexto, a pena aflitiva, de origem medieval, é a *prisão*, que inclusive irá assumir um lugar dominante na identidade do sistema penal[30].

Essa estrutura normativa contamina outros saberes (como as ciências sociais e a filosofia) impedindo sua própria superação epistemológica. Sendo essencialmente punitiva, *a racionalidade penal é caracterizada por sanções penais aflitivas nas quais a punição é necessária ou obrigatória*. Inclusive, por dotar-se de um aspecto transpolítico, ela está enraizada nas visões políticas de diferentes espectros ideológicos da sociedade. Não é estranho reconhecer a sua presença, explícita ou implicitamente, em discursos de magistrados, promotores ou defensores, de críticos, liberais ou conservadores.[31]

Em grupos reconhecidos como "progressistas", a racionalidade penal moderna se perfaz de uma forma paradoxal e conflitante[32] quando incorporados ao discurso dos direitos humanos. A relação entre a degradação de direitos humanos no direito penal e a ideia de reduzir as penas e diversificar as sanções expõe

28. Ibid., p. 40.
29. Ibid., p. 39.
30. Ibid., p. 41.
31. Nesse sentido, Álvaro Pires expõe: diversos movimentos progressistas ou filantrópicos (...) até mesmo pensadores dotados de teoria crítica da sociedade caem na armadilha cognitiva que consiste em se opor ao abrandamento de penas e a adoção de sanções alternativas (não carcerárias) (...) ou penas aflitivas mais severas Ibid., p. 46.
32. Ibid., p. 46.

uma contradição. Nesse sentido, Luiz Guilherme Mendes Paiva também destaca como a *racionalidade penal moderna* pode representar uma "armadilha cognitiva" na medida em que grupos progressistas passam a demandar maior rigor na punição daqueles crimes que lhes interessam e, nesse aspecto em específico, perdem-se as distinções empíricas entre políticas de esquerda ou direita no enfrentamento à criminalidade.[33]

Por isso, o conteúdo da racionalidade penal moderna é um obstáculo à sua superação. Seus tentáculos penetram outros saberes e outros sistemas, tais como a *opinião pública* e o *público* pelo sistema penal. Para chegar a essa conclusão, Pires repisa a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, para quem o público constitui um componente do sistema político nas sociedades modernas[34], materializado na figura do pagador de impostos, litigantes, eleitor, membros dos movimentos sociais etc. e que tem acesso tanto a questões específicas, como a determinados canais de comunicação particulares.[35]

A partir dos anos de 1960 e 1970, o *público* passa a operar como um componente político relacionando-se com sistema penal. Não significa que o sistema penal é dependente do sistema político, e sim, que irá produzir ou validar sempre à sua maneira[36].

Entretanto, ainda que haja relativa autonomia do sistema de direito penal, a influência do conteúdo do *público* está presente de modo que força regressão ou mesmo a degradação do direito penal. Pires analisa isso sob dois aspectos empíricos: um quanto à finalidade e o outro quanto aos movimentos sociais. Tanto no tocante ao modelo *common law* como na tradição romano-germânica, a finalidade é a de denunciar ao público o comportamento em questão[37], algo que se assemelha com uma função pedagógica ou simbólica, muito além da função retributiva e dissuasiva da pena.

Em decorrência disso, a sensação do império da reprovação do direito penal ganha maior dimensão com a severidade com que sua aplicação tem sido feita

33. PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo penal no Brasil:* do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 114. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/]. Acesso em: 13.06.2018;
34. Ibid., p. 49.
35. Ibid., p. 49.
36. Ibid., p. 51.
37. Ibid., p. 53.

pelos Tribunais. Através do despertar de um sentimento público e geral[38], os Tribunais mudam o caráter da pena de acordo com a indignação do público, dirigindo-se, especialmente, para atender aos interesses daqueles ditos 'cidadãos honestos'[39].

Do mesmo modo, em relação aos movimentos sociais, aqui, portanto, no conhecido campo progressista, a pressão pelo aumento de opressões repressivas baseadas ora na imposição do sofrimento, ora em nome dos direitos humanos ou mesmo aquelas baseadas em temas correlatos aos direitos humanos, pressionam a racionalidade penal moderna no que Pires intitula como "direito de proteção"[40]. Contudo, a afirmação deste direito significa efetivamente a imposição de uma pena aflitiva, na medida em que não há uma distinção clara entre a proteção contra qualquer ingerência de um "direito a obter uma pena aflitiva"[41].

Portanto, a racionalidade penal moderna, ao contaminar todos os saberes, impõe-se como um paradigma cujo conteúdo impede à sua própria superação. Igualmente, a reafirmação dessa racionalidade por discursos, seja no campo conservador, seja no campo progressista, cristaliza a sua consequência mais perversa, a pena aflitiva como resposta aos mais variados comportamentos rotulados como crimes. Inclusive, a racionalidade penal moderna acopla-se a outros sistemas, como a opinião pública, legitimando sua aplicação. Nesse contexto, a pena aflitiva, isto é, a pena de prisão, nada mais é do que a punição pela punição, sem se importar por qualquer outro caráter da pena, de modo que não é controverso, e sim crível, reconhecer que novos tipos penais são apenas engrenagem dessa antiga maquinaria.

5. Mais criminalizações "*racionais*" em um cenário *irracional*: o projeto de Lei 4.850/2016 e a pena de prisão como uma suposta solução de problemas sociais complexos

Em razão de uma crença na justiça criminal como apta para *combater a criminalidade* e *garantir* a segurança pública, o sistema punitivo (prisional) tem sido lido como uma resposta às diferentes mazelas sociais. Essa tendência pode ser observada nos atuais projetos de lei em discussão no cenário legislativo

38. Ibid., p. 54.
39. Ibid., p. 54.
40. Ibid., p. 56.
41. Ibid., p. 68.

brasileiro. Os debates sobre recrudescimento da lei penal[42] podem ser percebidos, por exemplo, em uma breve pesquisa no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. A busca permite verificar discussões sobre tornar crimes comuns em crimes hediondos (projeto de Lei 4.850/2016), a criação de novos tipos penais (projeto de Lei 8.471/2017), o impedimento de progressão de regime (projeto de Lei 8.504/2017), prazos para prescrição penal (projeto de Lei 2.810/2015), relativizar nulidades processuais (PL 4.265/2016), entre outros. Todos eles tributários da racionalidade penal moderna, na qual se tem a *prisão panaceia*, agora também para os *crimes de colarinho branco*.[43]

Nesse contexto, a corrupção especificamente tem sido lida como uma questão relevante na agenda política parlamentar. Uma mera busca pelo termo "corrupção" no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, por exemplo, garante a localização de cerca de 336 projetos de lei em discussão sobre essa matéria.

Um desses projetos de lei discutidos em âmbito legislativo nos últimos anos é o alcunhado "Dez Medidas Contra a Corrupção" (projeto de Lei 4.850/2016) encampado pelo Ministério Público Federal ("MPF"). O projeto emerge de uma tentativa dos procuradores da República, integrantes da força-tarefa da operação policial nomeada como "Lava Jato", para que sejam feitas mudanças legislativas visando criar mecanismos mais "efetivos ao combate à corrupção e à impunidade".[44]

---

42. BUDÓ, Marilia de Nardin. Da política social à política penal: partidos políticos e propostas de alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente na Câmara dos Deputados. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 21, n. 1, jan.-abr. 2016.

43. Sobre a prisão como panaceia, há quem afirme que se trata da estrutura que atualmente mais alavanca o poder punitivo, com a disseminação do discurso único de que "todos os conflitos sociais devem ser resolvidos pelo sistema penal" (NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In. GARLAND, David. *A cultura do controle:* crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 28).

    Além disso, a tendência de recrudescimento penal não se restringe às propostas políticas do espectro político de direita ou esquerda, mas é uma pauta comum a ambos, salvo raras exceções. Não se trata, assim, de uma demanda específica daqueles movimentos rotulados como conservadores tributários da *lei e ordem* estadunidense ou das políticas de "tolerância zero" gestadas em Nova Iorque e difundidas mundo afora. O que se verifica é, a bem da verdade, um apoio generalizado a novas criminalizações e a crescente demanda pela prisão – o que representa, conforme exposto no tópico 4 deste artigo, uma das principais características da *racionalidade penal moderna*.

44. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Apresentação das "Dez medidas anticorrupção"* – sítio eletrônico do Ministério Público Federal. Disponível em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico]. Acesso em: 26.05.2018.

Ademais, o estudo sobre tal projeto de lei demonstra ter relevância destacada recentemente, em especial, pelo lançamento da campanha "70 medidas legislativas contra a corrupção"[45], organizada pela Transparência Internacional" e outras instituições e já considerada o maior pacote anticorrupção do mundo[46], com diversas medidas convergentes com aquelas dez propostas do Ministério Público Federal.

Dentro dessas dez propostas, para os fins deste artigo merece destaque uma em particular: inserir os crimes contra a "moralidade administrativa" no rol de crimes hediondos (art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990). Interessa analisar essa proposta em razão da necessidade de se discutir suas minúcias sob a ótica da racionalidade penal moderna, bem como sua interface irracional dado o cenário de elevada comoção social causada por crimes dessa natureza e as consequências que uma mudança legislativa dessa magnitude pode trazer para a própria sociedade.

De fato, os crimes de corrupção têm uma importância significativa no contexto brasileiro dado as recentes denúncias envolvendo operações policiais midiáticas. Além disso, segundo pesquisa do Datafolha[47], cerca de 80% dos brasileiros entendem que a corrupção é inaceitável em qualquer circunstância. Nos últimos anos, nota-se uma cruzada moral contra a corrupção, reputada o grande mal que assola o País e comparada a um câncer que corrói a democracia. Ademais, para tais crimes o que se observa é a existência de uma demanda que não se restringe a qualquer forma de punição pelo sistema de justiça criminal, mas à pena de prisão especificamente[48]. Não há, portanto, outra discussão a ser feita em matéria de política criminal sem resvalar nesse tema.

---

45. Entre as medidas, todas motivadas pelo combate à corrupção e à questionável "impunidade" existente no país, estão a extinção da prescrição retroativa, a possibilidade de recurso para o Ministério Público contra decisão que conceder *habeas corpus*, e a vedação à decretação de anistia, graça ou indulto para condenados por crime de corrupção, entre outras.

    Para acesso a todas elas, Disponível em: [http://unidoscontraacorrupcao.org.br/assets/pdf/sumario-novasmedidas.pdf].

46. Estadão. *Transparência Internacional lança 70 medidas legislativas contra a corrupção*. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,transparencia-internacional-lanca-70-medidas-legislativas-contra-a-corrupcao,70002339213]. Acesso em: 09.06.2018.

47. DATAFOLHA. *Temas políticos. Instituto de Pesquisa* Datafolha. São Paulo. set. 2017. Disponível em: [http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/10/1923935-maioria-rejeita-rouba-mas-faz.shtml]. Acessado em: 26.04.2018.

48. Sobre o assunto, Maíra Rocha Machado reputa que "quando a pena de prisão é o parâmetro geral de sucesso da atuação do sistema de justiça, todas as demais decisões

5.1. A racionalidade penal moderna nos motivos da proposta legislativa analisada

Considerando a atualidade do tema da corrupção, passaremos a analisar os argumentos desenvolvidos na exposição de motivos do Projeto de Lei apresentado, delimitando nossa análise ao objeto proposto no presente artigo, qual seja, a *inclusão do crime de corrupção no rol dos crimes hediondos*.

Antes de entrarmos propriamente nos argumentos que buscam justificar a hediondez do crime de corrupção, cumpre destacar a afirmação contida no Projeto de Lei de que as propostas apresentadas se configuram como "novas formas de combate aos ilícitos que saqueiam o erário e precisam ser eliminados de nosso país"[49]. A partir da apresentação dessas propostas como meios hábeis a combater ilícitos que, de acordo com os propositores dessa lei, necessitam ser eliminados, a exposição de motivos desse Projeto parte da premissa de que mais punição, implicará, necessariamente, na redução de condutas lesivas ao patrimônio público, seguindo a mesma linha de entendimento da racionalidade penal moderna tal como proposta por Álvaro Pires e já apresentada no presente artigo.

Ao tratar especificamente da justificativa da inclusão do crime de corrupção no rol de crimes hediondos, o Projeto afirma que a corrupção é um crime de alto risco patrimonial e moral, atribuindo maior ênfase à corrupção de altos valores, pois essa traria consequências mais sérias ao País[50]. Nesse sentido, o argumento presente no Projeto segue a lógica de que um país *livre* de corrupção, deve – necessariamente – transformar tal conduta em um crime de alto risco, sendo que esse risco, de acordo com o legislador, está diretamente relacionado com a suposta gravidade da conduta.

---

passam a ser observadas como 'má performance', isto é, como funcionamento indevido do sistema de justiça. Arquivamento de inquérito, absolvição, condenação com imposição de pena alternativa e, até mesmo, condenação com imposição de sanção prisional em regime aberto – por mais adequadas que fossem diante da lei, do caso concreto e dos elementos levados aos autos, são percebidas como decisões que impedem o sistema de justiça de atingir 'seu verdadeiro propósito' ou sua 'finalidade precípua': encarcerar" (MACHADO, Maíra Rocha. Crime e/ou Improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 112, p. 189-211, jan.-fev. 2015. DTR\2015\1981).

49. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL n. 4.850/2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos, p. 33.

50. Ibid., p. 40.

Em que pese todo esforço do legislador na tentativa de salientar a alegada gravidade e o risco inerente ao crime de corrupção de altos valores, as afirmações realizadas são totalmente desprovidas de estudos empíricos, dados concretos, ou quaisquer informações concretas que embasem seus argumentos. Nesse sentido, partindo de uma perspectiva minimalista de direito penal, convém recordar que toda conduta tipificada como crime será, *em tese*, grave e de alto risco, vez que o direito penal representa – ou deveria representar – a *ultima ratio*[51], sendo o último recurso disponível a ser aplicado contra o cidadão, devendo tutelar os bens jurídicos considerados *mais essenciais* da sociedade, pois atinge a pessoa acusada em seu direito fundamental mais importante, representando um enorme risco à sua liberdade[52].

Nesse sentido, é de suma importância considerarmos também o princípio da intervenção mínima e da subsidiariedade na aplicação do direito penal. Sendo este considerado *ultima ratio*, é imprescindível que seja sempre observada a aplicação de outras estratégias não penais na resolução de conflitos. O papel do Direito Penal, portanto, deve ser exatamente o de intervir o mínimo possível para conseguir o máximo de liberdade[53]. Além disso, a aplicação do princípio da subsidiariedade torna possível a limitação do *ius puniendi* do Estado na medida em que autorize apenas a intervenção estatal menos lesiva e custosa aos direitos individuais[54].

Dessa maneira, podemos concluir que a própria tipificação do crime de corrupção em nosso ordenamento jurídico como um ilícito penal (e não administrativo ou cível), já lhe garante um status, *em tese*, de "alta gravidade", que deve ser considerado e respeitado pelo legislador no momento da propositura de um novo Projeto de Lei que possui como objetivo tornar ainda mais penosa a incidência dessa conduta. Isso considerando todas as implicações que advêm da qualificação de determinada conduta como crime hediondo, tais como aumento da pena, progressão de regime, inaplicabilidade de indulto e comutação de pena etc.

51. Para o debate sobre direito penal mínimo, ver SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT. 2014. Além do clássico FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal..

52. De acordo com o que defendem vários doutrinadores da área penal, a exemplo de Rogério Greco, a pena deve ser simplesmente o instrumento de coerção para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 4).

53. MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho Penal:* concepto y princípios constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 39.

54. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2011.

Seguindo em sua argumentação, a exposição de motivos do Projeto de Lei mostra-se novamente em total consonância com o sistema de pensamento da justiça criminal tal como descrito por Álvaro Pires, pois ao afirmar que a corrupção *rouba* a comida, o remédio e a escola de milhões de pessoas, prejudicando o futuro de todos, e afetando a população em seus direitos essenciais, mencionando segurança, saúde e, por fim, concluindo que a corrupção aflige o *direito à vida* da população[55], o texto se utiliza de um discurso de apelo à retórica dos direitos humanos para legitimar a maior penalização do sujeito ativo nos crimes de corrupção.

Além disso, cabem duas observações quanto à correlação que é feita da conduta referente ao ilícito penal e a consequência da morte de inúmeras pessoas, justificando, nesse caso, a equiparação da pena do crime de corrupção àquela destinada ao crime de homicídio. Primeiro, trata-se de afirmativa que carece de base científica, empírica ou de outra forma de sustentação; é um discurso retórico, mas que não impede o questionamento se as causas da fragilidade do sistema de saúde e segurança brasileiros são, efetivamente, a corrupção, ou outros fatores estruturais e decisões governamentais de alocação de gastos públicos que deixaram de priorizar tais áreas. Segundo ela demonstra claramente como em questão legislativa, nossa preocupação tem sido menos com questões fundadas na criação de normas de comportamento – o que por si só já é irracional como colocado pela criminologia crítica –, para se centrar em uma demanda que busca incessantemente maior severidade nas penas e piores condições carcerárias àqueles que estariam infringindo essas normas[56].

Ademais, a tentativa de convencimento que é realizada pelo legislador ao tentar demonstrar a correlação entre o reconhecimento da gravidade concreta do crime de corrupção, *especialmente quando os valores envolvidos são elevados*, e a inclusão dessa tipificação penal no rol dos crimes hediondos, como *necessário* para se obter o reconhecimento de que são, de fato, crimes que atentam, direta e indiretamente, contra os direitos fundamentais da população[57], não prospera por partir do pressuposto simplista e vago de que um crime apenas será reconhecido

55. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL n. 4.850/2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos, p. 41.

56. PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 68. p. 39-60, 2004.

57. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL n. 4.850/2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos, p. 42.

como atentatório aos direitos fundamentais da população se estiver incluído no rol dos crimes hediondos.

Portanto, se analisarmos a questão sob esse ponto de vista, verificaremos algumas inconsistências nesse argumento que relaciona gravidade do delito à severidade da pena. Partindo da ideia presente na exposição de motivos do Projeto de Lei analisado, teremos a seguinte *lógica*:

Crime → gravidade → rol crimes hediondos

Ou, ainda:

Crime → violação a direitos fundamentais → necessidade de maior penalização

Essa inconsistência pode ser verificada tomando por exemplo a comparação entre duas condutas tipificadas em nosso ordenamento jurídico-penal, quais sejam, o crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, do Código Penal)[58] e o crime de redução à condição análoga à de escravo (art. 149, *caput*, do Código Penal)[59]. Sem entrar no mérito quanto ao reconhecimento da gravidade ou não desses dois tipos penais, ressalta-se o fato de que a conduta tipificada como furto privilegiado é cometida *sem violência ou grave ameaça* contra a pessoa.

Como é possível verificar nas informações constantes no próprio Código Penal, tanto a pena do crime de furto qualificado, quanto o crime de redução a condição análoga à de escravo possuem pena de *reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa*. Ou seja, temos a mesma pena para a subtração de um bem privado, praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa, e para a submissão de um ser humano a condições de trabalho análogas à de um escravo.

---

58. Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

    Furto qualificado

    § 4º – A pena é de reclusão de *dois a oito anos*, e multa, se o crime é cometido:

    I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

    II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

    III – com emprego de chave falsa;

    IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas. [Grifo nosso]

59. Redução a condição análoga à de escravo.

    Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

    Pena – reclusão, *de dois a oito anos*, e multa, além da pena correspondente à *violência*. [Grifo nosso]

Demonstrada a relação (in)existente entre a gravidade de determinadas condutas penais e suas respectivas penas, é possível questionar se, de fato, o reconhecimento de um crime como *grave* deve, necessariamente, ser seguido de uma exasperação na resposta penal a ele fornecida. Ou então, se de outro modo, seguindo o que já foi explicitado pela teoria da criminologia crítica, na realidade, a determinação de tipificações legais e suas respectivas penalidades não se prestam a atender demandas de violações de direitos fundamentais, mas, sim, questões primordialmente patrimoniais, cujo escopo pertence e atende, fundamentalmente, apenas a determinada parcela da sociedade.

Nesse sentido, demonstrado o real sentido a que serve o direito penal, é possível perceber que a tentativa de sua cooptação por grupos que pretendem inverter a lógica penal existente e criminalizar condutas que se configurariam como atentatórias aos direitos fundamentais da população é falha, vez que baseada na ideia de que o processo de criminalização é realizado de modo a atender aos interesses da sociedade, e não apenas de uma minoria[60].

Especificamente com relação ao aumento de demandas requerendo maior punição a crimes políticos e aqueles cometidos primordialmente pela classe dominante, Maria Lúcia Karam chama a atenção para o caráter irracional presente nesses discursos, que por vezes, apenas reforçam a legitimação de forças reacionárias[61].

---

60. Nesse sentido, pertinentes as palavras de Maria Lúcia Karam em seu artigo intitulado *A Esquerda Punitiva:* Inebriados pela reação punitiva, esses setores da esquerda parecem estranhamente próximos dos arautos neoliberais apregoadores do fim da história, não conseguindo perceber que, sendo a pena, em essência, pura e simples manifestação de poder – e, no que nos diz respeito, poder de classe do Estado capitalista – é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos* – crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 1, ano 1, 1º semestre 1996, p. 81.

61. "Assim, se entusiasmando com a perspectiva de ver estes "bons magistrados" impondo rigorosas penas a réus enriquecidos (só por isso vistos como poderosos) e apropriando-se de um generalizado e inconsequente clamor contra a impunidade, estes amplos setores da esquerda foram tomados por um desenfreado furor persecutório, centralizando seu discurso em um histérico e irracional combate à corrupção, não só esquecidos das lições da história, a demonstrar que este discurso tradicionalmente monopolizado pela direita já funcionara muitas vezes como fator de legitimação de forças as mais reacionárias (basta lembrar, no Brasil, da eleição de Jânio Quadros e do golpe de 64), como incapazes de ver acontecimentos presentes (pense-se na simbólica vitória dos partidos aliados a Berlusconi nas eleições italianas, no auge da tão admirada Operação Mãos Limpas)". Ibid., p. 80.

Seguindo a análise do Projeto de Lei 4.850/2016, é possível verificar a existência da proposição de um valor mínimo para consideração do crime de corrupção como hediondo, qual seja, a superação do montante de cem salários mínimos, que na época de elaboração do projeto correspondia ao valor de R$ 78.800,00 (setenta e oito mil e oitocentos reais). A justificativa presente, na exposição de motivos, é simplesmente a de que quanto maior o valor econômico, maior o dano social. Dessa maneira, em certo ponto, o prejuízo social seria tão elevado, que esse fato por si só poderia equiparar a corrupção a outros crimes extremamente graves, que são delitos hediondos[62].

Além do trecho transcrito anteriormente, outro argumento é utilizado para justificar a inserção de um valor mínimo para inclusão da corrupção no rol dos crimes hediondos, qual seja, a afirmação de que a existência de *motivação* e *consequências econômicas* nesse tipo de crime é suficiente, e torna natural a criação de um parâmetro econômico para a configuração de sua hediondez[63].

A utilização da palavra *natural* para justificar os argumentos presentes na exposição de motivos do projeto de lei, certamente não considera as demais condutas previstas na lei de crimes hediondos. É difícil identificar a racionalidade encontrada pelo legislador para justificar a imposição de um valor mínimo para configuração da conduta como um crime hediondo, e expor essa questão como *naturalmente* necessária, vez que não há precedente semelhante em relação a outros crimes hediondos existentes em nosso ordenamento jurídico-penal.

A proposta do legislador nesse Projeto pode estar mais relacionada com decisões dos Tribunais Superiores ligadas a outros tipos de condutas penais, como a que entende possível a aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho (não hediondo), observado o teto de R$ 20.000 (vinte mil reis), do que em crimes que se encontram propriamente previstos no rol de crimes hediondos, a exemplo do tráfico de drogas – em que não é raro encontrar situações de pessoas processadas e condenadas por portarem quantidades irrisórias de substância entorpecente, *não havendo parâmetros seguros,* primeiramente, *na diferenciação entre usuário e traficante*, o que torna a atuação do sistema de justiça criminal ainda

62. "Crimes como corrupção e peculato, quando envolvem cem vezes o valor que é, não raro, tudo que pessoas têm para passar o mês – um salário mínimo – pode ser, sem dúvidas, caracterizado como hediondo, ainda mais dentro de um contexto de compromisso do Estado em combater a corrupção". BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 4.850/2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos, p. 42.

63. Ibid., p. 42.

mais discricionária[64], e segundo, não se estipula nenhuma quantidade mínima para consideração desse crime como hediondo ou não. Essa circunstância caminha em sentido totalmente contrário ao que propõe o Projeto de Lei que está sendo analisado.

Ressalta-se, contudo, que o argumento aqui exposto não defende a equiparação do crime de tráfico de drogas ao de corrupção no tocante à sua natureza hedionda, mas, sim, apenas apontar as inconsistências e (ir)racionalidades adstritas a esse argumento.

Outro ponto que merece destaque entre os que pretendem justificar a hediondez do crime de corrupção está na sua comparação com crimes como estupro, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, levando em consideração a pena prevista nesses tipos penais, e novamente, em seu conceito abstrato de *gravidade*[65].

Mais uma vez, o legislador parte da ideia de que quanto mais grave o crime, maior deverá ser a pena. Contudo, ao comparar crimes contra a Administração Pública, com crimes sexuais, ocorre a total corroboração com o sistema de racionalidade penal moderna em que se acredita que apenas a pena de prisão poderá resolver qualquer tipo de infração penal. Desconsidera-se totalmente a conduta praticada, o bem jurídico tutelado nesses casos, a (in)existência de violência ou grave ameaça, o papel e importância da vítima etc. Partindo-se de uma visão extremamente simplista de crime e da pena, o legislador propõe o recrudescimento da legislação penal, sem nem ao menos considerar a análise da conduta, suas causas e consequências sociais.

64. Nesse assunto, destacamos as lições de Valois: "A quantidade de droga efetivamente apreendida é um dado difícil de se extrair dos autos de prisão em flagrante. Sendo basicamente um documento com a transcrição da palavra dos policiais, as drogas apreendidas são referidas em pacotes, trouxinhas, pinos, tubos, tabletes, sem que o pesquisador possa identificar o volume exato da droga. Aliás, pesquisador e juiz não têm noção da quantidade verdadeira de droga apreendida, sendo evidentemente a ignorância do segundo um fato muito mais grave" (VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 487).

65. "Some-se que, na linha do que figura nesta proposta, a pena desses crimes contra a Administração Pública, com proporção econômica superior a cem salários-mínimos, varia no mínimo entre 7 e 15 anos. Esse patamar de pena é harmônico com outros crimes considerados hediondos pela lei, como estupro, cuja pena varia de 6 a 10 anos em sua forma simples, ou ainda o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, com pena de 4 a 10 anos". BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL n. 4.850/2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos, p. 42.

Nesse sentido, Nils Christie irá dizer que o crime é produto de processos culturais, sociais ou mentais, sendo que para uma mesma conduta poderão existir dezenas de alternativas possíveis para sua compreensão[66]. Tal conhecimento é desprezado pelos proponentes e defensores do projeto de lei analisado no presente artigo.

O Projeto de Lei observado tenta demonstrar o *reconhecimento social* da hediondez do crime de corrupção pelo simples fato de haver inúmeros projetos de lei propostos no Congresso, desde 1992, com o objetivo de transformar a corrupção em crime hediondo[67]. Ocorre que tal argumento, além de circular, não leva em consideração ou questiona os reais impactos dessa alteração, bem como sua efetiva função de diminuição da incidência do delito.

A grave questão de total irresponsabilidade dos agentes públicos na aprovação de leis que apenas se justificam pelo clamor social, influência midiática ou discurso em torno de sua inerente *gravidade,* é uma situação preocupante e que coaduna com a posição do País como terceira maior população carcerária do mundo, totalizando 726.712 mil presos, mas possuindo apenas 368.049 mil vagas em seus estabelecimentos prisionais[68]. Os altos níveis de encarceramento da população brasileira podem ser explicados por discursos como o presente no projeto de lei analisado, em que a corrupção é apresentada como um crime de baixo risco, sem muitas condenações, com penas brandas que muitas vezes prescrevem, ou são atingidas por indultas ou comutações em pouco tempo.

Nesse sentido, a atribuição da qualidade de crime hediondo às modalidades mais graves de corrupção apresenta-se como possuidora do efeito positivo de impedir a concessão de indulto e comutação de pena aos supostos criminosos.

Ademais, de acordo com o projeto de lei, a inclusão do crime de corrupção no rol dos crimes hediondos também se justificaria devido ao suposto efeito inibidor que essa circunstância provocaria no agente.[69]

---

66. CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime.* Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 29-30.
67. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL n. 4.850/2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos, p. 42.
68. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016/ SANTOS, Thandara (Org.); ROSA, Marlene Inês da (Colaboração)... [et al]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional.
69. Neste sentido, o legislador afirma que: "(...) segundo estudos consagrados sobre corrupção, como os de Rose-Ackerman e Klitgaard, uma das perspectivas do ato corrupto apresenta-o como fruto de uma decisão racional que toma em conta os benefícios e

Nesse sentido, cabe realizarmos breve comentário acerca dos discursos legitimantes do poder punitivo. Ao considerar a existência de uma 'decisão racional' realizada pelo sujeito no momento em que antecede a prática de um delito, ponderando entre a quantidade de pena que poderá ser a ele imputada e o ganho a ser obtido com sua conduta, a exposição de motivos do Projeto de Lei parte da concepção mecânico-racional do ser humano, apresentado como um ente que em qualquer circunstância realizará uma comparação custo-benefício[70]. Dessa maneira, são desconsideradas quaisquer outras possibilidades e circunstâncias que podem estar envolvidas no momento anterior à realização de uma conduta ilícita. Além disso, o Projeto parte de uma visão simplista que vê na tipificação penal, único e exclusivo meio dissuasório da prática de crimes, desconsiderando a existência de mecanismos ético-sociais e/ou jurídicos não penais também importantes neste papel. Dessa maneira, é possível verificarmos que não é apenas a prevenção geral negativa que dissuade as pessoas a cometerem crimes, mas, sim, como salienta Zaffaroni, a existência de uma falsa identificação do direito penal como cultura, expresso na ilusão do penalismo como meio hábil a prevenir a ocorrência de crimes na sociedade[71].

Além disso, estudos de outras áreas como filosofia e sociologia também apontam para a falácia da existência do agente racional, figura fictícia que na realidade importa à racionalidade neoliberal que orienta o capitalismo atualmente. Pierre Dardot e Christian Laval analisam como a *racionalidade* neoliberal propicia a expansão do Direito Penal e da prisão na forma que se tem hoje, ocultando aspectos de coletividade, com foco na figura da responsabilidade individual e do livre-arbítrio – perspectiva em que o crime é visto como uma escolha da pessoa que optou por delinquir[72]. Wacquant também se debruça sobre essa questão, afirmando que o neoliberalismo impõe uma filosofia individualista e repressiva que dissocia causas sociais de responsabilidade individual, na qual as estruturas econômicas e sociais desaparecem, cedendo espaço para um raciocínio de tipo marginalista,

---

os custos da corrupção e os do comportamento honesto. A ponderação dos custos da corrupção envolve o montante da punição e a probabilidade de tal punição ocorrer. A inserção de tais delitos como hediondos repercute diretamente no montante da punição, sob prisma prático, pesando como fator negativo na escolha racional do agente". Ibid., p. 43.

70. ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro* – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

71. Ibid., p. 119.

72. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo – ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

situando as causas coletivas no patamar das 'desculpas', de modo que seja possível justificar sanções individuais.[73]

Ainda, em consonância com a ideia de que o aumento de pena é um desestímulo necessário para evitar a prática de crimes e garantir maior penalização de pessoas que possuem melhores condições sociais, o Projeto de Lei 4.850/2016 apresenta a proposta de inclusão do crime de corrupção no rol de crimes hediondo como meio necessário para *mudar a realidade* de constante descoberta de esquemas de corrupção[74].

Como já explicitado neste artigo, a crença de que é possível alterar a maior ou menor incidência de delitos por meio da utilização do direito penal não é nova, já tendo demostrado sua ineficiência há muito tempo. Se assim não fosse, como se explicaria o aumento do recrudescimento da legislação penal ao longo dos últimos anos, ao mesmo tempo em que ocorreu o constante aumento da população carcerária?[75] Se o endurecimento da legislação penal significasse a diminuição na prática de ilícitos penais, nossa população prisional deveria estar diminuindo, e não aumentando.

Dessa maneira, a análise da exposição de motivos presente no Projeto de Lei 4.850/2016 confirma a hipótese de que propostas de leis baseadas no clamor social e na tentativa de utilização do direito penal como meio hábil a defender os direitos humanos[76] não levam em consideração estudos teóricos e empíricos já realizados pela academia, por agentes que efetivamente atuam no sistema de

73. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Laramão. 3. ed., rev. e ampl., ago. 2007. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

74. "É extremamente raro que autores de crimes de colarinho-branco sejam punidos e, quando punidos, que cumpram pena em regime fechado, mesmo quando os crimes são extremamente graves. A perspectiva de pena mais grave, e de condições mais gravosas de cumprimento de pena, será certamente um fator de desestímulo a tais práticas criminosas. No cenário atual, em que grandes esquemas de corrupção são descobertos, é preciso adotar medidas firmes para *mudar a realidade*". BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL n. 4.850/2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos, p. 43. [Grifo nosso].

75. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016/SANTOS, Thandara (Org.); ROSA, Marlene Inês da (Colaboração)... [et al]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional.

76. PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, p. 47.

justiça criminal e, principalmente, desconsiderando todo um arsenal de direitos e garantias constitucionalmente garantidos. Além disso, demonstra como tal proposta legislativa encontra-se absolutamente integrada ao paradigma da racionalidade penal moderna, associando a conduta de corrupção necessariamente a um maior rigor penal por meio da prisão, em que pese a ausência de evidências empíricas da eficiência dessa medida.

6. Conclusão – desafios da política legislativa penal

Neste artigo, procurou-se sustentar a importância de se compreender a dimensão das racionalidades jurídicas, sobretudo, a racionalidade penal moderna, suas características e sua interface irracional diante das mudanças legislativas em discussão no Brasil. Pela racionalidade jurídica lógico-formal de Max Weber, as características inerentes a ela como a universalidade, calculabilidade e previsibilidade permitiram a expansão e a consolidação de instituições, entre as quais, o direito. O estabelecimento do direito, sobretudo, pela sua coercibilidade, abriu espaço para o florescimento do capitalismo como sistema de produção hegemônico em países ditos ocidentais.

Entretanto, a *lógica* supostamente racional aparenta não se repetir quanto ao funcionamento do sistema penal. Os autores Eugenio Zaffaroni e Álvaro Pires esclarecem, cada qual a seu modo, como o sistema penal possui uma racionalidade própria. Para Zafaroni, a racionalidade penal não consegue cumprir os seus objetivos mais primordiais implicando em um absoluto esgotamento discursivo. Já segundo Pires, a racionalidade penal moderna, em regra, tende a perpetuar as penas aflitivas, isto é, as penas de prisão, sem se importar com as consequências práticas objetivas.

Desse modo, considerando a racionalidade penal moderna como um subsistema jurídico do próprio sistema penal, verificou-se seu papel no decorrer da análise do projeto de Lei 4.850/2015, em discussão nas casas legislativas do Brasil. Nesse projeto de lei, alcunhado como "Dez Medidas Contra a Corrupção", especialmente quanto à proposta de transformar os crimes contra a "moralidade administrativa" em crimes de natureza hedionda, o artigo discutiu o equívoco da medida sob vários aspectos, principalmente com relação à falta de plausibilidade da mudança, a negligência de se discutirem medidas mais eficazes no combate ao problema de corrupção e a aposta na prisão como panaceia em um País cujo sistema prisional já foi declarado como um estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a proposta legislativa analisada, assim como muitas outras, apresenta o recrudescimento da legislação penal no Brasil e parece ignorar a

realidade, os dados concretos e estudos empíricos sobre o sistema carcerário. No afã de se intentar em direção a mais e mais punições, em uma reafirmação do punitivismo desmedido, a racionalidade penal moderna, sobretudo, a brasileira, deixa de observar a real profundidade de seus problemas, apostando em soluções simples e equivocadas para problemas complexos e de múltiplas causas.

7. Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BUDÓ, Marilia de Nardin. Da política social à política penal: partidos políticos e propostas de alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente na Câmara dos Deputados. *Revista Novos Estudos Jurídicos* – eletrônica, v. 21, n. 1, jan.-abr. 2016.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo* – ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DATAFOLHA. Temas políticos. *Instituto de Pesquisa Datafolha*. São Paulo. Setembro de 2017. Disponível em: [http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/10/1923935-maioria-rejeita-rouba-mas-faz.shtml]. Acesso em: 26.04.2018.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opin. Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200005&lng=en&nrm=iso].

Folha de SP. *Acusado precisa de sorte para reverter condenação no TJ-SP, indica estudo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698478-estudo-indica-que-camara-do-tribunal-de-justica-paulista-mais-nega-recurso.shtml]. Acesso em: 28.04.2018.

GARLAND, David. *A cultura do controle:* crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas* – O sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. *Conversações abolicionistas:* uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC-SP. 1997.

KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva. Revista Discursos Sediciosos* – crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 1, ano 1, p. 79 a 92, 1º semestre 1996.

MACHADO, Maíra Rocha. Crime e/ou Improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 112, p. 189-211, jan.-fev. 2015.

MACHADO, Maíra Rocha; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Exclusão Social como prestação do Sistema de Justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao problema carcerário no Brasil. *Revista Transgressões:* ciências criminais em debate. Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho Penal*: concepto y princípios constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Apresentação das *Dez medidas anticorrupção*. Sítio eletrônico do Ministério Público Federal. Disponível em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico]. Acesso em: 26.05.2018.

PAGOTTO, Leopoldo U. C. O. *Combate à corrupção:* a contribuição do direito econômico. 2010. 409 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo penal no Brasil:* do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP,* n. 68. p. 39-60, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT. 2014.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco:* versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a ideia da sociologia econômica.* Trad. Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora UFRJ/Beca Produções, 2005.

TRUBEK, *David.* Max Weber sobre o direito. *Revista Direito GV*, v. 3 n. 1, jan.-jun. 2007.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Laramão. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEBER, Max. *História geral da economia*. São Paulo: Centauro, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. 4. ed. São Paulo: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. 3º reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Levantamentos

DATAFOLHA. Temas políticos. *Instituto de Pesquisa Datafolha*. São Paulo. Setembro de 2017. Disponível em: [http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/10/1923935-maioria-rejeita-rouba-mas-faz.shtml]. Acesso em: 26.04.2018.FOLHA DE S.PAULO. Acusado precisa de sorte para reverter condenação no TJSP, indica estudo. Disponível em: [http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698478-estudo-indica-que-camara-do-tribunal-de-justica-paulista-mais-nega-recurso.shtml].Acesso em: 28.04.2018. LEVANTAMENTO nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – jun. 2016 / SANTOS, Thandara (Org.); ROSA, Marlene Inês da (Colaboração)... [et al] Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. III. Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Apresentação das "Dez medidas anticorrupção". Sítio eletrônico do Ministério Público Federal. Disponível em: [http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico]. Acesso em: 26.05.2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A irracionalidade das leis penais e o simbolismo negativo: o caso do legislador brasileiro no projeto de punir o crime de terrorismo, de José Francisco Dias da Costa Lyra e Adalberto Narciso Hommerding – *RBCCrim* 110/299-328 (DTR\2014\18445);
- A racionalidade da proporcionalidade nos sistemas orientados à prevenção especial, de Octavio García Pérez – *RCP* 5/67-95 (DTR\2006\828); e
- Processo e catástrofe: a racionalidade do processo penal moderno a partir da filosofia da história de Walter Benjamin, de Raphael Boldt e João Maurício Adeodato – *RBCCrim* 125/255-276 (DTR\2016\24345).

O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais

Agonistic respect as a principle of (substantial) legitimation of the legislative rationality applied to the production of criminal norms

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pós-Doutor em Direito pela Università Frederico II (2016). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2010). Coordenador da Especialização em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado.
ricardogloeckner@hotmail.com

Marcelo Buttelli Ramos

Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2016). Advogado.
mbuttelliramos@hotmail.com

Recebido em: 30.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 15.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo pretende debater o tema da política legislativa penal brasileira a partir da estruturação de quatro linhas argumentativas. Na primeira, a partir da apresentação de algumas feições constitutivas da política criminal brasileira, sinaliza-se a existência de uma relação de afinidade entre o discurso criminológico do realismo de direita e algumas pressuposições que habitam o imaginário parlamentar acerca da questão criminal. Na segunda, é descrito, em termos metodológicos, o percurso trilhado nos tópicos três e quatro. Na terceira, é apresentada nova proposta de articulação entre as noções de Estado de Direito e Democracia a partir da

Abstract: This article intends to discuss the Brazilian criminal legislative policy by structuring four argumentative lines. In the first one, some features regards the Brazilian criminal policy will be discussed. The existence of a relationship of affinity between the criminological discourse of right realism and some presuppositions that inhabit the parliamentary imaginary about the criminal issue will be, as well, signaled. In the second, the methodological course tracked in points three and four will be described. In the third one, a new type of articulation between the notions of the "Rule of Law" and "Democracy" is presented, starting from the incorporation of the

Gloeckner, Ricardo Jacobsen; Ramos, Marcelo Buttelli. O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 147. ano 26. p. 779-811. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

incorporação das noções de "respeito agonístico" e "democracia agonística" ao referencial teórico de análise dos fundamentos de legitimidade do poder de punir. O terceiro tópico é finalizado com a proposta de um novo ideal regulativo da qualidade democrática das justificativas formuladas em face da questão do "como punir?" Na quarta e derradeira linha, o momento da apresentação das justificativas para a produção de normas penais é, enfim, problematizado. Por fim, explicitam-se as razões pelas quais o modelo deliberativo conhecido como *mini-publics* (ou minipúblicos) pode ser considerado um arranjo institucional capaz de racionalizar a política legislativa penal mediante a criação de um mecanismo voltado para a realização de um controle democrático do mérito dos argumentos que baseiam as decisões parlamentares.

Palavras-chave: Política criminal – Racionalidade legislativa – Legitimidade substancial das normas penais – Respeito agonístico – Justificativas para produção de normas penais.

notions of "agonistic respect" and "agonistic democracy" to the theoretical framework that analysis the legitimacy foundations of the power to punish. This topic is finished with the proposal of a new regulative ideal that intends to investigate the democratic quality of the justifications formulated in the face of the question "how to punish?". In the fourth one, the moment of presentation of justifications for the production of criminal norms is problematized. Finally, it is made explicit the reasons why the deliberative model known as "mini-publics" can be considered as an institutional arrangement capable of rationalizing the criminal legislative policy by the creation of a mechanism that allows the democratic control the merit of the arguments that base the parliamentarian's decisions.

Keywords: Criminal policy – Legislative rationality – Substantial legitimacy of criminal law – Agonistic respect – Justifications for the production of criminal norms.

Sumário: 1. Introdução: política criminal e racionalidade legislativa ou como o problema (deve) se coloca(r)?. 2. Racionalizar o processo legislativo? Breve nota metodológica. 3. Conflito e deliberação: a ideia de solidariedade agonística como princípio ético de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa. 3.1. O déficit normativo do ideal do respeito agonístico e a tentativa da sua superação: por uma dinâmica deliberativa baseada na formação de minipúblicos. 4. Jogos de cena e práticas deliberativas *pro forma*: as justificativas para a produção de normas penais. Considerações finais. Referências.

1. Introdução: política criminal e racionalidade legislativa ou como o problema (deve) se coloca(r)?

O estudo da política criminal, nos seus mais diversos aspectos, denota a existência de um franco processo de expansão do Direito Penal[1]. Trata-se evidentemente de um fenômeno que não se circunscreve apenas à realidade brasileira.

1. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

Desde a década de 1990 até o início do século XXI, parte das análises críticas realizadas em torno do referido processo foi baseada em conceitos como "expansão do Direito Penal" e "Direito Penal do risco"[2]. No campo da dogmática jurídico-penal, a proliferação de delitos como tais os de acumulação[3], de perigo abstrato ou mesmo daqueles alicerçados em normas penais em branco[4], denotou, enquanto epifenômeno, o irrompimento de uma disputa entre dois modelos de Direito Penal: um de corte mais tradicional e outro de tipo secundário[5].

Interessante notar, contudo, que o atual panorama da política criminal não foi objeto de crítica apenas de parte da dogmática penal contemporânea. O câmbio verificado em relação às prioridades, bem como aos novos tipos de intervenção endossada pelos membros do Poder Legislativo, no campo da penalidade, também se fez sentir na seara do direito processual penal. Com efeito, *pari passu* ao fenômeno de surgimento de novos tipos e subtipos penais, é possível identificar atualmente, no horizonte da atividade legislativa brasileira, o surgimento de novas propostas tendentes à desregulamentação e à aceleração do processo penal[6]; propostas que hoje colocam em xeque, abertamente, a utilidade de inúmeras

2. Especialmente a Escola de Frankfurt denunciava a criação de categorias penais que desafiavam alguns caros institutos incorporados à dogmática penal. Cf. PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12. n. 47, p. 32-45, 2004; Cf. HASSEMER, Winfired. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Trad. Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. Cf. HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. *Pena y Estado*. Barcelona, 1991. n. 1, p. 23-36. Ainda, na literatura portuguesa, Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal entre a "Sociedade Industrial" e a "Sociedade do Risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 33, 2001. Cf. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal*: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. Na literatura espanhola, por todos, conferir: BUERGO, Blanca Mendonza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
3. COSTA, Lauren Loranda da Silva. *Os Delitos de Acumulação no Direito Penal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
4. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco*: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Mais recentemente: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.
5. DANNECKER, Gerhard. *Evolución del Derecho Penal y Sancionador Comunitario Europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
6. BARONA VILAR, Silvia. *Seguridad, Celeridad y Justicia Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo Penal*: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2015.

categorias processuais penais clássicas. Neste sentido, reformas baseadas no estreitamento das vias recursais penais, na mitigação do alcance da presunção de inocência, na restrição das possibilidades de atribuição de efeito suspensivo aos recursos penais, bem como na antecipação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ilustram o surgimento de um movimento que passa a enxergar certas garantias processuais penais como obstáculos a serem superados[7].

A ambição verificada em torno da pretensão de esculpir, tanto do ponto de vista da dogmática jurídico-penal como do ponto processual penal, um sistema de justiça mais flexível, vale dizer, mais responsivo[8], deu ensejo a um conjunto de reformas cujo escopo é, ao que tudo indica, a reconfiguração radical da forma e dos princípios reitores do sistema de justiça criminal.

De outra banda, do ponto de vista dos discursos criminológicos, nota-se, quanto ao momento de surgimento de tais reformas, o advento, relativamente contemporâneo, de novas plataformas discursivas. No ponto, são dignos de nota tanto o movimento de "contrarreforma"[9], operado a partir da década de 1980, como o estreitamento do relacionamento entre a ideologia neoliberal[10] e os discursos político-criminais. No tocante à primeira observação, é possível registrar que a década de 1980 é marcada, de um lado, pelo início do processo de autonomização do realismo de esquerda em relação à abordagem criminológica radical[11], e, de outro, pela emergência de um realismo de direita[12] que, inspirado em

7. MORO, Sergio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. *O Problema é o Processo*. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/]. Acesso em: 28.04.2018.

8. A noção de responsividade pode ser compreendida como uma resposta ao problema da integridade e abertura do direito. Trata-se, basicamente, da capacidade de ser responsivo, vale dizer, do desenvolvimento de uma capacidade autoadaptativa. Um Direito responsivo, destarte, percebe as pressões sociais a ela dirigidas como oportunidades de autocorreção. Cf. NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and Society in Transition*: toward responsive law. London: New Brunswick, 2001. p. 77.

9. LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

10. Segundo Dardot e Laval, o neoliberalismo perfaz-se a partir do desenvolvivimento de uma subjetividade onde o eu enxarga-se, numa postura que remonta paradoxalmente ao liberalismo lockiano, como um "empresário de si". Cf. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

11. YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 86; MATTHEWS, Roger. *Realist Criminology*. Palgrave-MacMillan: Basingstoke, 2014.

12. A expressão "realismo de direita" ou "neorrealismo de direita" pode ser encontrada em vários artigos e, incidentalmente, em alguns livros sobre política criminal e criminologia.

certas premissas extraídas do positivismo criminológico, preconizará o reavivamento – pela força persuasiva das estatísticas e dos números invocados nas análises de corte quantitativo[13] – de velhas propostas de prevenção, nomeadamente a partir do desenvolvimento da noção de "autocontrole"[14]. Dita operação de resgate do legado da criminologia positivista insistirá: *(i)* na afirmação da capacidade de contenção do desvio pela via do controle social formal (sanção penal)[15]; *(ii)* na defesa de políticas que culminarão em práticas racistas no seio da justiça criminal[16]; e *(iii)* na adoção do conceito de "prevenção situacional"[17] que, por sua vez, partindo da doutrina utilitarista clássica (especialmente aquela defendida por Jeremy Bentham), fundará a "escola racional da prática criminosa"[18]. Além disso, agora em termos penalógicos, têm-se, ainda durante a década de 1980, o advento e a sedimentação da ideia de neorretribucionismo como novo paradigma no campo do debate sobre as finalidades da pena, uma orientação que, como lembrado por Loïc Wacquant e Maximo Sozzo, permitirá transformar as prisões em verdadeiras *warehouses19* ou em prisões-depósito[20].

As diversas matrizes que compõem a base dessa leitura criminológica poderiam ser descritas, a partir de uma síntese funcional, como uma rejeição dos postulados teóricos da criminologia radical, que identificavam nos planos político,

---

Contudo, a ausência de maior sistematicidade em relação ao estudo do conceito indica que, muitas vezes, alguns movimentos ou correntes teóricas são confundidos com o *corpus* discursivo do qual emergem. Em todo o caso, o sentido atribuído à expressão, neste escrito, socorre-se da compreensiva análise levada a efeito por FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Politicas Criminais*, v. 2, n. 2, p. 171-192, 2016.

13. FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Politicas Criminais*, v. 2, n. 2, p. 171-192, 2016.
14. HIRSCHI, Travis; GOTTFREDSON, Michael. *A General Theory of Crime*. Stanford: Stanford University Press, 1990.
15. RECKLESS, Walter. *The Crime Problem*. New York: Appleton-Century Crofts, 1961.
16. WILSON, James Q.; HERRSTEIN, Richard. *Crime and Human Nature*. New York: Simon and Schuster, 1985.
17. CLARKE, Ronald V.; HOUGH, Mike. *Crime and Police Effectiveness*. London: Her Majesty's Stationary Office, 1984.
18. CLARKE, Ronald. *Situational Crime Prevention*: successful case studies. 2. ed. Guilderland: Harrow and Heston, 1997.
19. Cf. WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
20. SOZZO, Maximo. Populismo Punitivo, Proyecto Normalizador y "Prisión-depósito" en Argentina. In: *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2009.

social e econômico tanto as causas da criminalidade como as razões para a criminalização. Destarte, a suspeita suscitada no plano teórico em relação à capacidade explicativa das metanarrativas criminológicas acerca da criminalidade nas sociedades pós-industriais[21] reverberaria de forma muito clara na consolidação do entendimento que apresenta o crime como expressão de uma vontade e um cálculo racional estritamente individual. Daí o motivo pela qual outro tipo de realismo – um realismo de direita – passará a ganhar cada vez mais protagonismo nos debates criminológicos rendendo homenagens à abordagem etiológica concebida, notadamente, pela escola criminológica positivista. No entendimento desta (não tão) nova corrente de pensamento, a criminalidade representaria um epifenômeno, um sintoma atomístico, individual, e, em certa medida, comportamental geneticamente herdado.

A popularização dessas compreensões que incidem diretamente sobre o processo legislativo pode ser atribuída à forma multifacetada pela qual o realismo de direita se apresenta no campo das discussões político-criminais. Tome-se como exemplo disso algumas das razões invocadas, ainda que de forma difusa, no âmbito das justificativas dos projetos de lei em matéria de Direito Penal. Independentemente da matriz criminológica/ideológica da qual se parta, a análise das representações sociais e jurídicas que amparam a atividade parlamentar em matéria de Direito Penal revela o predomínio das seguintes pressuposições[22]: *(i)* o crime é sempre determinado, sob o ponto de vista causal, individualmente, não sendo, portanto, produto de forças e/ou interações sociais, políticas e econômicas; *(ii)* a procura pelas causas determinantes da criminalidade é um desperdício de tempo e energia, pois o crime é sempre motivado por uma única causa: a vontade do agente responsável pelo seu cometimento; *(iii)* sendo o crime uma escolha individual, não determinada por outra coisa senão pela vontade (egoística) do agente, cabe ao Estado o papel de conceber penas cada vez mais duras com vistas à dissuasão da sua prática; *(iv)* o fato de o Estado colocar à disposição dos indivíduos mecanismos de seguridade social não teria nenhum reflexo na quantidade e na qualidade dos delitos cometidos (a crítica, no ponto, mira, fundamentalmente, as políticas assistenciais concebidas durante o apogeu dos *Welfare*

21. Utiliza-se aqui a mesma expressão de Silva-Sánchez. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

22. Exemplo privilegiado dessa realidade pode ser encontrado na tese doutoral de Laura Frade, cujas conclusões serão retomadas mais adiante. Cf. FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?* Visões do parlamento sobre a criminalidade. Brasília: Liber Livro Editora, 2008.

States); *(v)* a ideia de ressocialização, tendo em vista os altos índices de reincidência apurados nas sociedades com os maiores números de presos *per capita*, representaria uma ambição utópica e, portanto, equivocada, razão pela qual deveria ser simplesmente abandonada; *(vi)* o delito é, invariavelmente, expressão de um cálculo racional, de uma decisão por meio da qual o agente pondera acerca dos prós e contras resultantes da prática de um crime; *(vii)* o crime consubstancia uma afronta à lei, que, por seu turno, representa os valores morais mais elementares de uma determinada sociedade; e *(viii)* sendo o crime, destarte, um atentado aos mais básicos valores sociais, sua prevenção haveria de ser feita, exclusivamente, a partir do reforço dos poderes das autoridades estatais[23].

Para além dessas pressuposições, as decisões que dão a tônica da política criminal brasileira – aqui entendida, sobretudo, como política legislativa aplicada aos universos do Direito Penal e do Direito Processual Penal[24] – também são marcadas: *(i)* pelos discursos de emergência[25] (na esteira do pensamento de Sergio Moccia[26]); *(ii)* pela exaltação das funções declaradas e, *pari passu*, pelo escamoteamento das funções latentes (e das consequências pessoais e sociais) da pena privativa de liberdade[27]; e *(iii)* pela ampla utilização de informações não confiáveis que ou não são verificadas pelos parlamentares ou não passíveis de verificação.

Independentemente de como se possa ou queira classificar a política criminal brasileira, parece ser inevitável concluir que na base da sua retórica figuram ideias tributárias do realismo de direita, cujo discurso preconiza abertamente o aplainamento da complexidade da questão criminal e das alternativas ao seu enfrentamento: de um lado, pululam explicações sociobiológicas para a criminalidade; explicações que guindam as noções de "risco" e "prevenção" à condição de categorias sociopolíticas estruturantes, vale dizer, fundamentais[28]; de outro, percebe-se o apelo cada vez mais

23. WALKLATE, Sandra. *Understanding criminology*: Current theoretical debates. McGraw-Hill Education (UK), 2007. p. 35-58.

24. KAISER, Günther. La función de la criminología con respecto a la política legislativa penal. *Revista Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 6, p. 185, 1992.

25. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 103, p. 411-436, 2008.

26. MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza*: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2000.

27. DIETER, Maurício Stegemann. O Programa de Política Criminal Brasileiro: funções declaradas e reais: contribuições de Claus Offe para fundamentação da crítica criminológica à teoria das penas. *Revista Eletrônica do CEJUR*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 22-47, 2007.

28. Sobre a administrativização do sistema de justiça criminal e a emergência do risco como categoria reitora das decisões políticas aplicadas à matéria criminal, conferir: FEELEY,

recorrente a um tipo de argumentação que se ancora em concepções moralizantes extraídas, basicamente, do senso comum (p. ex. cidadãos de bem *vis-à-vis* criminosos irrecuperáveis); concepções que a um só tempo propugnam pela "racionalização" do sistema de justiça criminal, especialmente pela redução do número supostamente excessivo de garantias previstas em prol de acusados e condenados, e reivindicam uma espécie de *back to basics* em matéria de política criminal[29].

Nesse sentido, cabe notar que as dificuldades verificadas em torno da classificação dos caracteres constitutivos da multifacetada política criminal brasileira parece ser determinada em larga medida por uma lacuna na reflexão criminológica brasileira: a ausência de estudos mais aprofundados acerca dos fundamentos teóricos e da influência prática do pensamento organizado sob o rótulo do realismo de direita. Tome-se por exemplo o famoso texto do cientista político James Q. Wilson[30] que prenuncia a virada criminológica (guinada punitivista) verificada na década de 1980. No entendimento do autor, alguns pressupostos teórico-metodológicos deveriam ser mais claramente definidos (quiçá corrigidos) em relação ao tipo de investigações que eram levadas a efeito pela criminologia radical, isto é, dever-se-ia ter em mente que: *(i)* as causas da criminalidade eram sempre individuais, devendo ser excluída deste campo de investigação qualquer explicação ou influência de cunho socioeconômico; *(ii)* os apontamentos aduzidos pela "criminologia anterior" (a criminologia radical de inspiração marxista) careceriam de cientificidade na medida em que embasados em explicações ideológicas. A propósito disso, Wilson preconizou que um saber criminológico cientificamente orientado deveria ser confortado pela "objetividade" dos dados empíricos; *(iii)* a investigação da criminalidade de rua (mais recorrente) seria, sob o ponto de vista estatístico, mais importante que a análise dos crimes de colarinho branco (menos recorrentes), devendo, portanto, ser priorizada; e *(iv)* algumas pessoas podiam ser consideradas criminosas por natureza, em virtude dos fatos constitutivos da sua vida pregressa.

Um cotejamento das premissas teórico-metodológicas delineadas por Wilson, em *Thinking about Crime*, com as considerações aduzidas pelos teóricos do realismo de direta e com as representações sociais e jurídicas que dão liga ao imaginário parlamentar acerca da questão criminal, revela como o autor em questão pode ser considerado uma guia primordial da política criminal preconizada, em

---

Malcolm M.; SIMON, Jonathan. The New Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, v. 30, n. 4, p. 449-474, 1992; DIETER, Maurício. *A Política Criminal Atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

29. HOBBS, Sue; HAMERTON, Cristopher. *The Making of Criminal Justice Policy*. London: New York: Routledge, 2014. p. 77.

30. WILSON, James Q. *Thinking About Crime*. New York: Basic Books, 1975.

termos mais recentes, pelo "pragmático" discurso do realismo de direita, cujos ecos se fazem sentir ainda hoje e com inegável intensidade nas deliberações havidas no âmbito do Congresso Nacional.

O que interessa reter desta primeira reflexão é o argumento de que a guinada punitiva na década de 1980, verificada tanto na teoria (criminológica) como na práxis (legislativa), não pode em hipótese alguma ser caracterizada como um fenômeno novo. Uma genealogia em torno das razões que inspiram a abordagem realista de direita revela que o seu programa político-criminal é essencialmente sincrético, na medida em que se aproveita das mais variadas influências teóricas a fim de justificar o endurecimento sistemático das sanções previstas pela legislação criminal. Demais disso, essa primeira constatação traz à baila uma segunda: tendo em vista o caráter sincrético das narrativas que servem de fundamento para as decisões político-criminais de corte criminalizador, parece ser de pouca ou mesmo de nenhuma valia (heurística) taxar a política criminal brasileira de populista, de midiática, de imediatista ou mesmo de emergencial. Cada um desses termos carrega consigo a tentativa de dar uniformidade a um *corpus* discursivo irredutivelmente heterogêneo. Melhor seria se essa vontade de categorização desse lugar à tarefa de identificação dos argumentos criminológicos *peer to peer*, providência que, a nosso juízo, teria o condão de favorecer o desenvolvimento de uma compreensão mais vertical acerca das idiossincrasias da política criminal brasileira que, em virtude da própria dinâmica da vida política nacional, sempre escapará às demarcações teóricas dos modelos explicativos concebidos pelas ciências criminais.

Nesse sentido, busca-se, nesse primeiro momento, ressaltar a necessidade de a criminologia investigar as práticas concretas e os discursos que efetivamente tomam parte no processo de construção das decisões políticas adotadas pelos membros do parlamento federal relativamente à questão criminal. Os argumentos reservados para os próximos tópicos terão tal objetivo em vista: em vez de tentar enquadrar a política criminal brasileira neste ou naquele marco teórico ou modelo explicativo, refletir-se-á acerca da realidade das suas práticas: o que tais práticas nos dizem e quais desafios elas colocam para todos aqueles que acreditam que um Estado Democrático de Direito reclama a estruturação e a imposição de limites formais e substanciais à atividade legislativa em matéria de Direito Penal.

2. Racionalizar o processo legislativo? Breve nota metodológica

Ainda que se reconheça, como quer Silva Sánchez[31], que a política criminal se situa em larga medida no âmbito do disponível, vale dizer, no plano do debate

31. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Reflexões sobre as bases da política criminal. Trad. Bruno Costa Teixeira e Jamili Abib Lima Saade. *Revista Panóptica*, p. 117, 2008.

e das decisões políticas, perece ser necessário pensar – sobretudo em virtude do déficit de reflexões verificado em torno do tema[32] – acerca do problema dos seus limites. Afinal, mesmo as decisões caracterizadas como político-criminais são tomadas (ou pelo menos deveriam ser) no marco de um Estado (Democrático) de Direito, uma forma de organização política cuja especificidade, no entendimento de Luigi Ferrajoli (2010), reside na ideia de que a legitimidade (política) do exercício do poder estatal perpassa necessariamente por um duplo escrutínio: *(i)* um afeito à verificação da legitimidade formal das suas decisões, mediante a realização de juízos de adequação diante das prescrições positivadas nos estatutos jurídicos vigentes; e *(ii)* outro relacionado à verificação da legitimidade substancial dessas decisões, ou seja, pertinente à análise do seu potencial de violação/garantia dos direitos fundamentais[33].

Nesse diapasão, caberia cogitar acerca dos limites de caráter ético-político que emergem da compreensão da existência de uma dimensão substancial de legitimação do poder de punir, pois, novamente com Ferrajoli[34], quer parecer que é nela que as noções de Estado (de Direito) e Democracia se implicam mutuamente, de forma mais direta e evidente[35].

---

32. Situação identificada, com muita clareza, por André Rodrigues Cyrino, que, no ponto, insurge-se contra a "pouca preocupação, surpreendentemente, se tem tido com o aprofundamento de investigações, pelos estudiosos do direito no Brasil, sobre a regularidade intestina ao processo político". (CYRINO, André Rodrigues. Como se fazem as leis? Democracia, grupos de interesse e controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, p. 57, 2016.)

33. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al*. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 790.

34. A propósito disso, Ferrajoli pondera: "em um sentido não formal e político, mas substancial e social de 'democracia', o Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesse e necessidade vitais de todos". (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al*. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 797.)

35. Tanto o é que, para o jusfilósofo, a reflexão sobre os limites substanciais aplicados ao exercício dos poderes públicos pelo Estado estaria a reclamar por uma redefinição do próprio conceito de democracia. Para o autor, a noção de democracia (substancial) expressa, como uma espécie de sinonímia, "Estado de direito dotado de efetivas garantias, sejam elas liberais ou sociais" (FERRAJOLI, *Luigi. Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al*. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 797). Numa primeira reflexão, o conceito apresentado por Ferrajoli parece ser bastante limitado, sobretudo na medida em que o confrontamos com aquele entendimento que inaugura a filosofia política de corte pós-fundacional, que, por sua vez, compreende a democracia, ao menos desde os trabalhos de Claude Lefort, como uma experiência

A propósito disso, sugerimos, neste artigo, a possibilidade de se elaborar a questão da articulação[36] entre as noções de Estado (de Direito) e Democracia a partir de um exercício teórico que busca incorporar no marco referencial das análises acerca dos fundamentos de legitimidade do poder de punir e, consequentemente, da política criminal brasileira, as noções de "respeito agonístico" e "democracia agonística", trabalhadas, respectivamente, por William Eugene Connolly e Chantal Mouffe.

3. Conflito e deliberação: a ideia de solidariedade agonística como princípio ético de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa

Convém inicialmente trazer a lume as determinações conceituais que caracterizam cada uma das referidas noções para, logo em seguida, aplicá-las a um contexto específico de análise a fim de melhor ilustrar o tipo de contribuição analítica que delas pretendemos extrair.

Comecemos pela noção de "respeito agonístico", concebida por William Eugene Connolly. Oriunda do trabalho *Identity/difference: democratic negotiations of political paradox* (1991) – texto no qual o autor busca pensar a tensão entre as ideias de identidade e diferença como constitutiva da experiência democrática contemporânea –, a noção em comento denota uma espécie de virtude cívica que, partindo da pressuposição de que o antagonismo[37] e o pluralismo de valores

política revolucionária onde "não há lei que possa se fixar cujos enunciados não sejam contestáveis, cujos fundamentos não sejam suscetíveis de serem postos em questão". (LEFORT, Claude. *A invenção democrática*: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011. p. 151.) Independentemente disso, ainda que não se comungue da conclusão assentada por Ferrajoli, julgamos absolutamente pertinente a constatação que lhe serve de base.

36. A noção de articulação aqui referida é extraída do trabalho de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe "Hegemonia e Estratégia Socialista" (2015). Situada no marco da reflexão da pós-fundacional, a noção de articulação preconizada pelos autores denota um tipo de relação que se estabelece entre dois ou mais elementos cujas identidades são modificadas "como um resultado da prática articulatória". (LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*: por uma política democrática radical. Trad. Joanildo A. Burity, Josias de Paula Jr. e Aécio Amaral. São Paulo: Intermeios; Brasília; CNPq, 2015. p. 178.)

37. Afirmar que o antagonismo constitui fenômeno irredutível significa asseverar, muito simplesmente, que o conflito é a forma primária e mais elementar de interação política e social.

constituem fatos sociais irredutíveis, "insta as pessoas a respeitar diferentes projetos de vida, a cultivar um respeito recíproco pela suas diferenças e a negociar, mediante a formação de amplas congregações, conjuntos de políticas gerais"[38].

A incorporação deste postulado ético-político exalta, no entendimento do autor, a virtuosidade de dois tipos de comportamentos no âmbito da esfera pública: o primeiro alude à resistência a toda sorte de visão de mundo que se pretenda universalmente válida; o segundo remete a permanente abertura à possibilidade de reinterpretação das crenças mais elementares a partir das quais os indivíduos estruturam as suas próprias visões de mundo[39].

Enfatizamos, no ponto, aquela que parece ser a mais profícua contribuição da noção preconizada por Connolly para o campo da filosofia política: é impossível afirmar, sem recorrer ao domínio das certezas metafísicas, a prevalência ou mesmo a prioridade de uma determinada concepção de sociedade, de ordem política ou de forma de vida no marco de uma política democrática de corte pluralista.

A noção de respeito agonístico estabelece-se, destarte, como uma espécie de ideal regulativo dos antagonismos sociais[40], mas um ideal diferente daquele proposto, por exemplo, pela situação ideal de fala habermasiana[41], na qual os antagonismos sociais são encarados como problemas a serem equacionados por processos deliberativos imparciais e não coercitivos baseados na busca pela formação de consensos racionais entre os indivíduos pressupostamente livres

38. No original: "*allows people to honor different final sources, to cultivate reciprocal respect across difference, and to negotiate larger assemblages to set general policies.*" (Cf. CONNOLLY, William Eugene. *Identity/difference*: democratic negotiations of political paradox – expanded edition. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1991. p. xxvi.

39. CONNOLLY, William Eugene. *Identity/difference*: democratic negotiations of political paradox – expanded edition. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1991. p. xxvii.

40. Na mesma linha compreensiva, assevera Westphal: "agonistic theories reveal their nature as theories of conflict regulation." (WESTPHAL, Manon. *Applying principles of agonistic politics to institutional design*. 2014. p. 5.)

41. Partindo do entendimento de que a política constitui esfera destinada à deliberação e à formação de consensos, Habermas assevera que "se as questões de justiça não podem transcender o autoconhecimento ético de formas de vida concorrentes, e se valores, conflitos e antagonismos relevantes existencialmente têm de impregnar todas as questões controvertidas, então, no final das contas, vamos terminar com algo parecido àquilo que Carl Schmitt entendia por política". (HABERMAS, Jürgen. Reply to Symposium Paticipants. *Cardozo Law Review*, v. 17, p. 4-5, 1996 *apud* MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 12.)

e iguais[42]. Tal diferença se manifesta, mais precisamente, na forma como a natureza conflituosa das relações sociais é representada por Connolly. Para o autor, o conflito não é encarado como algo a ser superado. Antes pelo contrário. A conflitividade social e os antagonismos dela decorrentes constituem realidades inerradicáveis e positivas, vale dizer, constitutivas (e não impeditivas) da própria experiência política[43]. A questão que emerge, no ponto, diz respeito à forma como distintas visões de mundo e formas de vida devem se relacionar na esfera pública e não como elas deveriam ser incorporadas em um único e mesmo projeto político consensual.

Para a politóloga Chantal Mouffe, a questão do agonismo está fundamentalmente relacionada à tentativa de se responder à seguinte questão: "*how to constitute forms of power more compatible with democratic values?*"[44] De acordo com a autora, um modelo agonístico de democracia parte da compreensão de que a "especificidade da democracia moderna repousa no reconhecimento e na legitimidade do conflito e na recusa de suprimi-lo por meio da imposição de uma ordem autoritária"[45]. Destarte, o objetivo das democracias liberais e pluralistas contemporâneas – sobretudo das suas instituições – seria a neutralização da potencialidade destrutiva dos conflitos e dos antagonismos sociais, e não a formação de consensos racionais entre posições fundadas em distintos valores morais que, não raras vezes, não são negociáveis (algo que se costuma vislumbrar com alguma frequência no campo dos debates político-criminais).

Assim como Connolly, Mouffe considera que o reconhecimento do pluralismo como valor político-democrático central coloca a necessidade de avançar com relação ao argumento da irredutibilidade dos antagonismos na vida social. Essa posição defendida isoladamente pode suscitar a equivocada impressão de que, para Mouffe e Connolly, nas sociedades contemporâneas, processos voltados à formação de consensos ou não são possíveis ou então são indesejáveis. Contudo, não é isso que a noção de respeito agonístico e que o modelo de democracia agonística por ela inspirado preconizam. Em nenhum dos casos, questiona-se o fato de que toda forma de organização social necessita contar com processos deliberativos e instituições que permitam a tomada de decisões fundadas na

42. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 84.

43. CONNOLLY, William Eugene. Identity/*difference: democratic negotiations of political paradox* – expanded edition. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1991. p. 16.

44. MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2009. p. 100.

45. MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 28.

formação de consensos; deve-se ter em mente, entretanto, que tais consensos se dão, no limite, em torno de uma miríade de interpretações concorrentes e igualmente legítimas acerca dos significados e das formas de realização desses dois valores políticos fundamentais: liberdade e igualdade. Consensos são, portanto, por definição, contingentes quanto ao seu conteúdo, e hegemônicos relativamente ao seu processo de construção.

De acordo com Mouffe, esses dois valores políticos fundamentais constituem não apenas o núcleo duro do debate político contemporâneo, mas também o território comum a partir do qual é possível transformar disputas antagônicas em relações agonísticas[46]. A existência desse espaço político compartilhado que, como visto, abriga interpretações concorrentes, porém, igualmente legítimas, acerca dos significados e das formas de realização dos ideais de liberdade e igualdade, obriga os atores políticos a conceberem uns aos outros não como inimigos, mas sim como adversários: "*antagonism is a struggle between enemies, while agonism is struggle between adversaries*".[47]

São duas as consequências mais imediatas que decorrem da aceitação dessa mudança de vocabulário proposta por Mouffe: a primeira concerne à consolidação da compreensão que os conflitos políticos entre perspectivas antagônicas não podem ser representados em termos estritamente morais, pois, como foi visto, os entendimentos que se situam na base de um conflito que se estabelece entre um "bem" e um "mal" não são democraticamente negociáveis, motivo pelo qual a sua resolução se dá, muito frequentemente, pela proposta de destruição do inimigo que encarna o "mal", geralmente mediante o apelo à força das armas em detrimento da potência persuasiva dos argumentos[48]; a segunda consequência que deriva da incorporação dessa mudança de vocabulário proposta por Mouffe é a consagração de algo que, na falta de melhor expressão, será aqui chamado de um princípio da solidariedade agonística[49], vale dizer, a ideia de que "mesmo em

46. MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996. p. 53.

47. MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2009. p. 102.

48. Essa concepção de justiça, segundo Antoine Garapon, encontra a sua mais radical manifestação na Lei de Talião e realiza-se, hodiernamente, na compreensão do sistema jurídico-penal como "instrumento de sofrimento acrescentado". (GARAPON, Antoine. A justiça reconstrutiva. In: GARAPON, Antoine et al. *Punir em democracia*: e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 340.)

49. A noção de princípio com a qual estamos operando encontra a sua mais imediata inspiração no ensaio "An lecture on principles", de Nils Jareborg. Para o autor, entre as muitas conoções possíveis, princípios (legais) podem ser representados como tipos de regras

conflito, adversários ainda pertencem a um mesmo ente político, a um mesmo espaço simbólico no qual tem lugar o dissenso"[50].

Interpelar os conflitos sociais hoje preferencialmente semantizados pela normatividade jurídico-penal, tendo por base, com efeito, a noção do respeito agonístico significa: *(i)* pensar a política (e, mais especificamente, as instituições da democracia liberal) como espaços deliberativos cujo propósito primeiro é a domesticação (e não a potencialização) do elemento de hostilidade que, como vimos, é inerente, posto que constitutivo das relações sociais; e *(ii)* atribuir à política criminal a missão de produzir um direito positivo baseado não mais em postulações morais, mas sim em considerações de natureza ético-agonísticas: "um direito que não seja o direito dos indivíduos, mas sim um direito que regula os seus encontros."[51]

Neste sentido, a ideia de uma solidariedade agonística estaria a representar, sobretudo na medida em que interpretada à luz das problemáticas relacionadas aos fenômenos do desvio e da criminalidade, algo que ao menos neste texto chamaremos – agora lançando mão das reflexões de Manuel Atienza[52] – de um

---

legais superiores ou anteriores às regras do ordenamento positivo, cuja existência dele independe. Nesse sentido, um princípio (legal) "function as an expression of stablished, crystallized, standing (at least alleged) good reasons for doing or not doing something specific when deciding legal issues in a particular legal area". (JAREBORG, Nils. A Lecture on Principles. BRITZ, Guido *et al*. *Festschrift für Heike Jung*, zum 65. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. Geburtstag, p. 365, am 23 april 2007.) Destarte, ao atribuirmos à noção de solidariedade agonística a qualidade de princípio ético-valorativo de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa, buscamos desenvolver o entendimento de que a noção de "agonismo" expressa dois valores democráticos importantes (tolerância e respeito à diferença) que podem orientar e, consequentemente, legitimar a atividade legislativa em matéria de direito penal, tornando-a mais consequente com o paradigma do Estado (democrático) de Direito.

50. MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 19.

51. GARAPON, Antoine. A justiça reconstrutiva. GARAPON, Antoine *et al*. *Punir em democracia*: e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 341.

52. De acordo com Manuel Atienza, a crise de legitimidade do modelo de Estado de bem-estar social pode ser representada pela crise da sua legislação, denunciada amiúde como irracional, já que não raras vezes carente de fundamentação jurídica, ética ou mesmo empírica. Embora compartilhe deste diagnóstico, Atienza considera que ele, por si só, é insuficiente. Seria necessário, pois, no seu entendimento, esclarecer no que consiste, precisamente, tal irracionalidade. Daí o entendimento no sentido de que a própria noção de "racionalidade legislativa" representa resultado da articulação de cinco níveis de racionalidade: racionalidade comunicativa, racionalidade jurídico-formal,

princípio ético-valorativo de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa[53]. O conteúdo de dito princípio traduz-se, pois, no reconhecimento de que, em ordens democráticas pluralistas, pende sobre o legislador um duplo ônus argumentativo relativamente ao exercício da atividade legislativa em matéria penal: *(i)* considerar o destinatário da sanção penal não como um inimigo a ser banido do convício social, mas sim como um sujeito de direitos sociais; e *(ii)* sustentar, mediante a apresentação de dados e argumentos empiricamente referenciados, a medida de adequação e a necessidade da tutela jurídico-penal em face das deletérias consequências provenientes do distanciamento social gerado pela realidade do processo de estigmatização penal que, como lembra Alessandro Baratta, "interrompe ou de qualquer modo prejudica o contato social do estigmatizado com o resto da sociedade"[54].

Um princípio tal como o da solidariedade agonística alinha-se a um projeto de expansão[55] ou radicalização[56] da democracia, especialmente na medida em que tem como objetivo aprimorar e ampliar os limites normativos/

---

racionalidade teleológica, racionalidade pragmática e, finalmente, racionalidade ética. (Cf. ATIENZA, Manuel. *Contribuición a una teoría de la legislación*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 27-40.) O que interessa reter da explicação proposta por Atienza – tendo em vista a natureza das questões colocadas neste artigo – é o argumento que sugere a necessidade de se conduzir a noção de racionalidade ética à condição de fundamento de legitimação da atividade legislativa, vale dizer, a necessidade se buscar analisar as ideias mais elementares que permitem justificar os fins pretendidos pelo legislador em matéria de direito penal. É neste ponto, precisamente, que os valores de base do modelo democrático agonístico entram em cena.

53. O conceito proposto se aproxima, no ponto, da discussão protagonizada pelo jurista espanhol Díez Ripollés em torno da temática da racionalidade ética das leis penais. Tendo por base o modelo teórico proposto pelo autor, é possível representar o princípio em questão como uma espécie de diretriz suprapositiva destinada a orientar as decisões legislativas penais por meio do delineamento dos contornos básicos de "una intervención penal legítima". Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*: práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2003, p. 92-94.

54. No original: "*interrumpe o de cualquier modo perjudica el contacto social del estigmatizado con el resto de la sociedad*". Cf. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica (1985). *Criminología y Sistema Penal* (Compilacíon *in memoriam*). Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004. p. 19.

55. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010.

56. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*: por uma política democrática radical. Trad. Joanildo A. Burity, Josias de Paula Jr. e Aécio Amaral. São Paulo: Intermeios; Brasília; CNPq, 2015.

institucionais impostos à (quase plenipotenciária) atividade legislativa em matéria de Direito Penal.

3.1. O déficit normativo do ideal do respeito agonístico e a tentativa da sua superação: por uma dinâmica deliberativa baseada na formação de minipúblicos

Até agora, o princípio em comento foi retratado como uma norma legal destinada a equacionar o problema do "como" punir em uma ordem democrática pluralista. Cumpre observar, no entanto, que a sua formulação pretende igualmente avançar em relação à concepção de novas respostas para questões que derivam do problema atinente a "quem" deveria participar dos processos de deliberação acerca da necessidade/possibilidade de se lançar mão do poder de punir. A rigor, um problema dessa natureza parece ser de fácil resolução, afinal de contas, tem se consolidado o entendimento de que as ações e as iniciativas relacionadas ao processo de criminalização primário constituem prerrogativas atribuídas a legisladores democraticamente eleitos. Não à toa, é possível encontrar, no âmbito da doutrina jurídico-penal, posicionamentos como aquele defendido pelo jurista Carl-Friedrich Stuckenberg[57], que, em trabalho dedicado à explicitação das deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico, sinaliza os riscos que estariam implicados no avanço dos penalistas sobre a esfera das decisões de política criminal:

> De acordo com a Lei Fundamental Alemã, a legislatura eleita democraticamente é livre para escolher entre os fins políticos e os correspondentes meios; as únicas restrições para a atividade parlamentar são aquelas contidas no texto constitucional. Como em qualquer sociedade livre e pluralista, é função do processo político estabelecer propósitos e eleger os meios necessários para a realização daqueles. Se uma lei está em conformidade com a Constituição, é sempre a expressão legítima

57. Importante esclarecer que a referência ao entendimento de Stuckenberg não tem como intento questionar o mérito dos argumentos articulados pelo autor no tocante ao debate sobre a (in)utilidade da teoria do bem jurídico-penal, algo que se situa para além do escopo da presente investigação. Nosso objetivo consiste, muito simplesmente, em demonstrar que mesmo as mais bem-intencionadas abordagens teóricas – abordagens que adotam, inclusive, posições muito semelhantes às nossas no tocante à defesa de uma necessária aproximação entre os campos da política criminal e da teoria jurídico-penal – aceitam, sem grandes resistências, as limitações teóricas decorrentes da assunção de um conceito estritamente procedimental de democracia. Cf. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da Teoria do Bem Jurídico. Trad. Lucas Minorelli. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal (UFRGS)*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 03-14, nov. 2016.

> da vontade do soberano, isto é, do povo, e não importa – juridicamente – se alguém a considera uma lei boa ou ruim, inteligente ou estúpida, teoricamente sublime ou repugnante. Em outras palavras, o arcabouço constitucional geralmente admite diferentes tons ou variações de legislação criminal de caráter mais ou menos liberal. Os juristas e, do mesmo modo, os filósofos do direito podem entender como deplorável que a péssima técnica legislativa e o parco conhecimento filosófico não são automaticamente declarados inconstitucionais e anulados, mas não há outro caminho em um sistema democrático: todas aquelas falhas alegadas em uma legislação que não afetem sua validade constitucional só podem ser corrigidas no processo político. Em suma, é a prerrogativa suprema de um legislador democrático promulgar leis ruins ou até mesmo estúpidas.[58]

Na mesma linha compreensiva, argumenta Maria Madalena Ossandon Widow, em estudo dedicado à valoração crítica das técnicas legislativas aplicadas no processo de elaboração de tipos penais:

> O respeito à liberdade individual dos cidadãos e à sua autonomia política se realiza na medida em que se lhes é assegurada a possibilidade de participar, através de seus legítimos representantes, do processo de construção das decisões penais, bem como quando se impede que se percebam submetidos à arbitrariedade dos poderes executivo ou judicial, providências que contribuem positivamente para a afirmação da própria eficácia do Direito Penal.[59]

Restringir, como fazem os autores supracitados, as noções de "processo político" e "sistema democrático" às decisões de um corpo legislativo legitimamente eleito significa, a nosso juízo, simplificar a experiência democrática ao assumir que seu mote é, no limite, a escolha de representantes mediante a realização de procedimentos eleitorais que visam, senão, à constituição de maiorias pela agregação de preferências individuais[60]. É preciso avançar em relação a tal entendimento.

---

58. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da Teoria do Bem Jurídico. Trad. Lucas Minorelli. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal (UFRGS)*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 10, nov. 2016.

59. No original: "*El respeto a la libertad individual de los ciudadanos y la confirmación de sua autonomía política se logra asegurando su participación, a través de sus legítimos representantes, en la adopción de las decisiones penales, e impediendo que se vean sometidos a la arbitrariedad del Poder Ejecutivo o judicial, todo ló cual redunda positivamente em la propia eficacia del Derecho penal*". Cf. WIDOW, María Magdalena Ossandón. *La formulación de tipos penales*: Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa. Ed. Jurídica de Chile, 2009. p. 492.

60. A mais clássica formulação desta posição teórica pode ser encontrada na obra de Joseph Schumpeter: "Democracia é um método político, um sistema institucional para chegar

Neste sentido, retomamos a leitura proposta por Ferrajoli, para quem a expansão da democracia social pressupõe um ordenamento jurídico alinhado à seguinte fórmula: Estado liberal mínimo, Estado social máximo[61]. A realização de um projeto político deste calibre requer, assevera Ferrajoli, "um aumento da complexidade institucional, e, não, decerto, a uma simplificação"[62]. Nesta acepção, caberia indagar de que maneira o princípio da solidariedade agonística poderia contribuir para a ampliação da complexidade das práticas deliberativas que caracterizam, atualmente, a política criminal brasileira. É sobre tal questionamento que nos debruçaremos nos próximos parágrafos.

Malgrado os méritos do modelo democrático agonístico, impõe-se reconhecer que a sua operacionalização é marcada por uma espécie de "déficit institucional"[63]. Vale dizer, os teóricos da política democrática agonística (Mouffe e Connolly, por exemplo) tendem a compreendê-la como uma espécie de *ethos* político, motivo pelo qual deixam de esclarecer de que maneira a assunção dos antagonismos como fontes ou dinâmicas primárias de interação social poderia contribuir para o desenvolvimento ou aprimoramento (na esteira do ideal do respeito agonístico) das práticas deliberativas levadas a cabo no interior das instituições da democracia liberal (os parlamentos, por exemplo).

Seguindo a linha argumentativa traçada por Manon Westphal[64], propomos pensar, *de lege ferenda*, a possibilidade de se reformar a atual configuração do processo legislativo em matéria de Direito Penal pela sua reformulação mediante a incorporação da dinâmica deliberativa chamada *mini-publics*.

---

a decisões políticas no qual os indivíduos adquirem poder para decidir através de uma luta competitiva pelo voto dos cidadãos". (SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 327.)

61. A fórmula em questão tem a sua mais bem acabada definição no seguinte excerto: "Estado (e direito) mínimo na esfera penal, graças à diminuição das restrições da liberdade aos cidadãos e à correlativa extensão das vedações legais impostas à sua atividade repressiva; Estado (e direito) máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las". (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al*. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 799.)
62. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al*. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 799.)
63. Cf. WESTPHAL, Manon. *Applying principles of agonistic politics to institutional design*, 2014, p. 1.
64. WESTPHAL, Manon. *Applying principles of agonistic politics to institutional design*, 2014.

A ideia, desenvolvida a partir do conceito de *minipopulus*[65] proposto por Robert Dahl, designa uma espécie de arranjo institucional multifacetado[66] e dedicado à integração de diferentes atores e perspectivas políticas aos processos institucionais de deliberação.

O propósito do modelo deliberativo em comento é a constituição – a partir da instituição de microcosmo público (daí a razão do nome "minipúblico") – de um órgão deliberativo que, atuando de forma complementar ao parlamento, seja capaz de congregar em um mesmo debate uma pluralidade de perspectivas (éticas, morais e políticas) em torno de um assunto considerado de interesse público.

Oliver Escobar e Stephen Elstub pontuam que a formação de um minipúblico tem por objetivo oferecer respostas à seguinte pergunta: "*How would the public deal with an issue if they had the time and resources to learn and deliberate about it in order to reach an informed decision?*"[67] Esse tipo questão adquire relevância na medida em que as capacidades representativa e deliberativa dos políticos profissionais são colocadas em xeque em conjunto com a adesão dos cidadãos ao aparato institucional pressuposto pelo modelo democrático liberal[68].

---

65. De acordo com Dahl, a compreensão de que o debate parlamentar representaria a única forma legítima de deliberação em regimes democráticos é francamente insuficiente. De acordo com o autor, a crise de representatividade dos parlamentos constitui um claro indiciado de que o debate democrático transcende as casas legislativas. Na esteira deste diagnóstico, Dahl introduz o conceito de *minipopulus*. Como o próprio nome sugere, *minipopulus* constitui um arranjo institucional instituído pela reunião de um conjunto demograficamente representativo de cidadãos escolhidos aleatoriamente para deliberar, por um determinado período de tempo, "sobre uma questão em particular para, em seguida, tornar público seu veredito". Cf. DAHL, Robert. *La Democracia y sus Criticos*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1992. p. 408.

66. A depender do tipo de questão em discussão, os arranjos deliberativos organizados como *mini-publics* podem assumir inúmeras configurações. Cf. ESCOBAR, Oliver; ELSTUB, Stephen. *Forms of Mini-publics*, 2017, p. 1-2. Todas as formas *mini-publics* compartilham, entretanto, o mesmo ideal político: criar um ambiente deliberativo no qual todos os participantes, "tendo à mão informações suficientes e bons argumentos, possam formar uma compreensão articulada acerca das matérias a serem regulamentadas e dos interesses controvertidos". Cf. ROUANET, Luiz Paulo. Democracia deliberativa: entre Rawls e Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, v. 56, n. 1, p. 59, 2011.

67. ESCOBAR, Oliver; ELSTUB, Stephen. *Forms of Mini-publics*, 2017, p. 5.

68. Tal afirmação tem por fundamento o entendimento, referendado Moisés e Carneiro (2008), no âmbito de estudo dedicado à análise da percepção popular acerca de confiabilidade de instituições representativas da democracia brasileira. No entendimento dos autores: "A democracia brasileira está relativamente consolidada, a maior parte dos especialistas reconhece isso. Mas ela parece enfrentar uma situação paradoxal: apesar

A deliberação pelo modelo de *mini-publics* compreende, consoante o entendimento de Escobar e Elstub, cinco estágios: *(i)* o primeiro corresponde ao momento da "definição da questão" a ser debatida e do recrutamento dos atores que tomarão parte no processo de deliberação; *(ii)* o segundo estágio concerne à "fase de aprendizado", momento no qual os atores selecionados para o processo de deliberação recolherão evidências (empíricas e científicas) e elaborarão relatórios indicando possíveis soluções para o problema definido como objeto do debate; *(iii)* o terceiro alude ao momento da "deliberação em um sentido estrito". Nesta fase, os membros do minipúblico são convidados a apresentar suas posições e reconsiderá-las à luz das outras posições e evidências apresentadas pelos demais colegas debatedores; *(iv)* o quarto estágio, por sua vez, compreende a fase da "tomada de decisões". Tais decisões, é importante salientar, não se pretendem definitivas ou vinculativas, tampouco têm por objetivo substituir a autoridade democrática dos membros eleitos do Poder Legislativo; tais decisões dão, no limite, ensejo a recomendações que, embora pretendam orientar o agir legislativo, dele apenas farão parte. Neste estágio, os atores engajados no processo de deliberação confeccionam, em conjunto, relatório final que sintetiza todas as posições debatidas e indicam os consensos formados e os dissensos não equacionados em torno do problema debatido; e *(v)* o quinto e último estágio, reporta-se ao momento de "acompanhamento". O objetivo desta etapa é disseminar, pelos meios de comunicação, os resultados alcançados ao término do processo de tomada de decisão[69].

Explicitados o ideal regulativo e o arranjo deliberativo que caracterizam o modelo de *mini-publics*, cabe agora elencar as razões que nos levam a cogitar a necessidade de transformar a dinâmica deliberativa atualmente vigente em relação ao processo legislativo de produção de normas penais.

4. Jogos de cena e práticas deliberativas *pro forma*: as justificativas para a produção de normas penais

Prova de que a atual configuração do processo legislativo que visa à elaboração das normas de penais é, sob muitos aspectos, deficitária, pode ser encontrada

do apoio majoritário ao regime democrático per se, quase 2/3 dos brasileiros não confiam – em diferentes graus – em parlamentos, partidos, governos, tribunais de justiça, polícia e serviços de saúde e educação." (MOISÉS, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. *Opinião Pública*, v. 14, n. 1, p. 2, 2008.

69. ESCOBAR, Oliver; ELSTUB, Stephen. *Forms of Mini-publics*, 2017, p. 7.

em um conjunto de trabalhos dedicados à análise das justificativas formuladas ao longo da história recente pelos membros do Congresso Nacional[70].

Pesquisa encomendada pela Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) do Ministério da Justiça, no ano de 2010, produziu diagnóstico inédito acerca da qualidade dos motivos elencados no âmbito das proposições legislativas editadas em matéria de Direito Penal, no âmbito da Câmara dos Deputados, entre os anos de 1988 e 2006.

Entre as inúmeras conclusões alcançadas pelo referido estudo, vale, em atenção aos propósitos deste artigo, destacar as seguintes:

> Em primeiro lugar, é possível observar que a produção legislativa em matéria penal concentra-se fortemente na criação de normas de sanção.[71]
>
> No tocante às Justificativas, o presente relatório indicou que os documentos analisados nesta pesquisa são extremamente sucintos, 69% deles não passam de uma página. Ademais, de acordo com os critérios estabelecidos para a valoração do conteúdo das Justificativas, pode-se dizer que boa parte delas explicita mal ou de modo insuficiente (...) a adequação da intervenção jurídico-penal sobre o problema.[72]
>
> É importante registrar também que, como se viu anteriormente, as teorias da pena veiculadas nas Justificativas analisadas nesta pesquisa estão limitadas quase exclusivamente às teorias da primeira modernidade penal que favorecem fortemente o recurso à prisão como forma precípua de resposta estatal.[73]
>
> Por fim, é possível dizer que, no decorrer deste estudo, encontramos raríssimas proposições que se situam na contramão das iniciativas por "mais crimes" e "mais penas". Apenas uma entre as 837 normas de sanção processadas

70. O estudo das justificativas das proposições legislativas adquire importância na medida em que se reconhece o fato de que é neste documento, mais do que em qualquer outro, que se "consolida o repertório cultivado por aqueles que se incumbem da elaboração de normas penais, permitindo conhecer e problematizar os mais variados conceitos que estruturam as ideias de crime e de pena e, principalmente, de que maneira são mobilizados no trabalho de produção legislativa". (PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série: *Pensando o Direito*, São Paulo, n. 32, p. 13, set. 2010.)
71. PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série: *Pensando o Direito*, São Paulo, n. 32, p. 54, set. 2010.
72. PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série: *Pensando o Direito*, São Paulo, n. 32, p. 55, set. 2010.
73. PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série: *Pensando o Direito*, São Paulo, n. 32, p. 56, set. 2010.

> propõe uma causa de diminuição da pena. Apenas duas entre as 579 normas de comportamento estudadas propõem a redução de um crime já existente. Nenhuma norma de comportamento sugere a descriminalização. Nenhuma norma de sanção propõe a despenalização.[74]

As conclusões veiculadas nesta pesquisa ecoam no âmbito de outros estudos dedicados à análise da qualidade da atividade legislativa em matéria de Direito Penal. Com efeito, a análise realizada por Luiz Guilherme Mendes de Paiva, acerca do conteúdo das principais reformas político-criminais implementadas durante o intervalo compreendido entre os anos de 1984 e 2009, chancela em larga medida as conclusões referendadas pelo estudo capitaneado por Álvaro Penna Pires:

> Ao se observar o desenvolvimento da legislação penal brasileira nesse período [1984 e 2009], tem-se que o dado político-criminal variável é tão somente a situação-problema eleita pela opinião pública, pelas autoridades administrativas ou pela comunidade internacional. Já a proposta de solução do problema é sempre a mesma: a intervenção jurídico-penal baseada na pena de prisão.[75]

O entendimento aduzido por Luiz Guilherme Mendes de Paiva, por sua vez, ressoa com aquele veiculado por Azevedo e Cifali, que, ao se debruçarem sobre a política criminal dos governos Lula e Dilma, chegaram à seguinte conclusão:

> O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo estado frente às demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito.[76]

Juarez Tavares, em trabalho em que são discutidos os objetivos de política criminal e as preferências ideológicas que serviram de base para as reformas legislativas penais levadas a cabo no Brasil nas últimas décadas, registra:

---

74. PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série: *Pensando o Direito*, São Paulo, n. 32, p. 56, set. 2010.
75. PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Diagnóstico da política criminal brasileira (1984-2009). MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella (Orgs.). *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 93.
76. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas*, v. 15, n. 1, p. 119, 2015.

> Há que se ter em conta que, no processo de elaboração das leis penais, como as mencionadas leis de reforma penal que foram promulgadas desde o ano 2000, o Parlamento raramente solicita ou invoca a opinião doutrinária de catedráticos, professores titulares ou outros juristas. Tampouco consulta as universidades sobre temas legislativos. A atividade de assessoria legislativa é prestada, normalmente, pelos próprios servidores do Parlamento, que, embora sejam funcionários qualificados, não são especialistas em Direito Penal.[77]

Seguindo a mesma linha compreensiva adotada pelos autores anteriormente mencionados, Laura Frade consigna, em estudo voltado à compreensão das representações sociais veiculadas pela discursividade parlamentar acerca da criminalidade ao longo da 52ª legislatura do Congresso Nacional, que, para a maior parte dos deputados e senadores entrevistados, o crime constitui fenômeno fortemente vinculado à pobreza, sendo a sua existência tributável exclusivamente a "um sujeito que tem baixa instrução, é doente, indigno de confiança, indisciplinado, pouco humano, desocupado, sujo e inferior"[78].

Tendo em vista este cenário, pode-se argumentar que o processo legislativo brasileiro, ao menos no que diz respeito à confecção de leis penais, caracteriza-se em larga medida por uma absoluta falta de um comprometimento deliberativo em relação ao sopesamento das consequências socioeconômicas suscitadas pela aprovação de reformas legais que, com maior ou menor impacto, contribuem para o estreitamento do *output* de um sistema prisional que, já no ano de 2014, registrara déficit de 354 mil vagas[79].

Poder-se-ia cogitar, ademais disso, que taxar de "absoluta" a falta daquilo que antes chamamos de um "comprometimento deliberativo" relativamente à apreciação do impacto resultante das reformas legislativas em matéria de Direito Penal constitui exagero, pois tanto a Câmara dos Deputados como o Senado Federal possuem comissões de "legislação participativa".

À primeira vista, tais comissões parecem representar sedes deliberativas plurais destinadas à democratização do debate legislativo. Todavia, tal impressão é

77. TAVARES, Juarez. La reforma penal en Brasil. DÍEZ RIPOLLÉS et al. (Coords.). *La política legislativa penal iberoamricana en el cambio de siglo* (una perspectiva comparada – 2000-2006). Buenos Aires: Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008. p. 71.

78. FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?* Visões do parlamento sobre a criminalidade. Brasília: Liber Livro Editora, 2008. p. 110.

79. Conforme levantamento realizado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do Conselho Nacional de Justiça. Não foram divulgados novos dados depois do ano de 2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br].

logo desconstruída pela análise da composição e da extensão das competências deliberativas atribuídas, pelos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, aos dois órgãos. Neste sentido, cumpre notar que os ideais "participativo" e "deliberativo" realizam-se, no âmbito dessas duas comissões, mediante a apropriação dos projetos de lei de iniciativa popular pelos membros das comissões, que gozam da prerrogativa regimental de propor emendas modificativas, aditivas e supressivas, em relação ao texto das proposições apresentadas perante as comissões (art. 102-E, parágrafo único, I, do RISF[80], e art. 254, § 1º, do RICD[81]).

A atual configuração normativa das audiências públicas previstas tanto no RISF como no RICD também não oportuniza a pluralização efetiva do debate parlamentar. A leitura dos dispositivos regimentais aplicáveis à questão revela que o ato de convocação de audiências públicas é marcado pela discricionariedade, algo já observado por Ferreira: "os 'especialistas' convocados atendem às inclinações políticas ou partidárias dos parlamentares que os convocam; não há, necessariamente, representantes de posicionamentos contrários ou favoráveis a determinada proposição legislativa"[82].

Vale notar, contudo, que, em virtude da intensificação da atividade legislativa no início da década dos anos 2000[83], começaram a irromper, no âmbito do debate acadêmico nacional, estudos que sinalizam para a urgência em torno do aprimoramento das práticas deliberativas e de novas técnicas de decisão no âmbito do processo legislativo.

Nesse sentido, é digno de nota o ensaio acadêmico elaborado por Salo de Carvalho[84] que sugere como alternativa para a racionalização do recurso à tutela jurídico-penal a sujeição das proposições penais ao regime de responsabilidade fiscal instituído pela Lei Complementar 101/2000, notadamente a obrigação atinente à demonstração prévia da estimativa do impacto orçamentário-financeiro resultante da aprovação de reformas que tenham por objetivo: a criação de novos

80. Regimento Interno do Senado Federal.

81. Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

82. FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 177-178.

83. TAVARES, Juarez. La reforma penal en Brasil. DÍEZ RIPOLLÉS et al. (Coords.). *La política legislativa penal iberoamricana en el cambio de siglo* (una perspectiva comparada – 2000-2006). Buenos Aires: Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008. p. 47-74.

84. CARVALHO, Salo de. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. *Boletim* – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 193, dez. 2008.

tipos penais, a majoração de penas e/ou criação de óbices com relação à fruição dos direitos constantes da Lei de Execução Penal.

O debate proposto por Carvalho[85] foi posteriormente retomado por Carolina Costa Ferreira, que, em sua tese de doutoramento, recentemente publicada em formato de livro (2017), propôs a incorporação de "questionário de estudo de impacto legislativo" ao processo de análise e discussão de projetos de lei relacionados ao campo da execução penal. Dito instrumento de avaliação reúne 15 questões[86] cuja problematização teria o condão de contribuir, no entendimento da autora, para a "qualificação dos discursos no âmbito do Poder Legislativo"[87].

Interessante notar que as ideias veiculadas por Carvalho e Ferreira transcenderam, ainda durante o ano de 2016, o ambiente acadêmico e lograram alcançar o próprio parlamento. Nesse sentido, cumpre registrar que tramita, no âmbito na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 4.373/2016, o qual pretende instituir – em fina sintonia com as recomendações aduzidas por Carvalho – inédita Lei de Responsabilidade Político-Criminal. Atualmente em discussão na Comissão de Constituição e Justiça, a proposição legislativa em questão elenca uma série de normas

85. CARVALHO, Salo de. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. *Boletim* – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 193, dez. 2008.

86. Eis as indagações formuladas pela autora: "1. O que é o problema? 2. O problema consiste em uma realidade nacional? 3. O assunto do problema é pertinente à Lei de Execução Penal? 4. O problema deve alterar a Lei de Execução Penal? 5. A proposição afeta os princípios da execução penal? 6. Quais são os objetivos da proposição legislativa? 7. Quais são as opções para alcançar os objetivos da proposição legislativa? 8. Como comparar as diferentes opções de solução do problema em termos de efetividade e eficácia (custos e benefícios)? 9. A proposição legislativa foi elaborada seguindo critérios objetivos de uma determinada política criminal? Pode-se identificar a política criminal orientadora da proposta? 10. A proposição legislativa causará impactos econômicos, sociais e ambientais? Quem será afetado? Como avaliar tais efeitos? 11. O objeto da proposição legislativa será avaliado? Como? Por quem? 12. A aplicação do objeto da proposição legislativa será monitorada? Como? Por quem? 13. As alterações propostas foram baseadas em dados sobre a população carcerária brasileira? Em caso positivo, citá-los. 14. As alterações propostas provocarão efeitos na estrutura do sistema de justiça criminal ou no sistema penitenciário brasileiro? Em caso positivo, quais? 15. As partes interessadas/afetadas foram ouvidas no curso da discussão das propostas legislativas? Quais foram as suas contribuições para a análise da proposição?" (FERREIRA, Carolina Costa. *O Estudo de Impacto Legislativo como Estratégia de Enfrentamento a Discursos Punitivos na Execução Pena*l, 2016, p. 182).

87. FERREIRA, Carolina Costa. *O Estudo de Impacto Legislativo como Estratégia de Enfrentamento a Discursos Punitivos na Execução Penal*, 2016, p. 116.

de procedimento legislativo cujo propósito, na esteira da exposição de motivos subscrita pelo relator do projeto, "é trazer um freio racional ao punitivismo para qualificar e munir os debates legislativos com dados e análises dos seus impactos"[88].

Mais do que simplesmente conceber um "freio racional" ao ímpeto punitivo que caracteriza a atividade legislativa penal, a proposição legislativa em questão, mesmo sem referir, acaba propondo integrar ao processo legislativo da Câmara dos Deputados, guardadas as devidas proporções, o arranjo deliberativo preconizado pelo modelo de *mini-publics*.

Após instituir, no art. 1º, como obrigatória a análise prévia acerca do impacto social e orçamentário das proposições de tipo penal, o projeto de lei em questão estabelece, em seu art. 6º, a estrutura do órgão incumbido da realização desse estudo: o "Conselho de Análise de Impacto Social e Orçamentário de Propostas Penais". O que interessa reter da leitura do dispositivo legal em comento é que, para além dos servidores do quadro efetivo da Câmara dos Deputados, há previsão de assento nesse órgão deliberativo para representantes do Poder Judiciário, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

As inovações engendradas pelo Projeto de Lei 4.373/2016 são várias. Em primeiro lugar, vale recordar que órgãos colegiados de formação paritária, embora comuns na estrutura do Poder Executivo, constituem verdadeiras novidades no âmbito do Poder Legislativo Federal. Ademais disso, a normatividade do Projeto de Lei 4.373/2016 acaba propiciando a criação de um fórum deliberativo mais qualificado se comparado com as tradicionais audiências públicas promovidas pelas duas casas do Poder Legislativo Federal, pois: *(i)* mais representativo, na medida em que assegura, sob o ponto de vista normativo, uma maior pluralidade com relação ao perfil dos membros do colegiado; *(ii)* menos discricionário relativamente à seleção dos atores convidados a tomar parte no processo deliberação; e *(iii)* menos precário[89] no tocante à sua duração, já que pensado para funcionar como um órgão permanente da Câmara dos Deputados.

88. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.373/2016. *Estabelece a necessidade de análise prévia do impacto social e orçamentário das propostas legislativas que tratam de criação de novos tipos penais, aumento de pena ou que tornem mais rigorosa a execução da pena*, 2016, p. 3.

89. Novamente, se comparado com o modelo deliberativo engendrado pelas audiências públicas.

Interessante notar, destarte, em que medida o arranjo deliberativo proposto pelo Projeto de Lei 4.373/2016 – que, como visto, pode ser caracterizado como uma espécie de minipúblico – pode contribuir para o desenvolvimento e aprimoramento da própria experiência legislativa brasileira:

> O modelo dos minipúblicos pode oferecer um suporte muito bem-vindo aos representantes eleitos no que diz respeito ao enfrentamento dos múltiplos desafios que decorrem do exercício da representação dos cidadãos em um contexto marcado pelo declínio da confiança na política e nas instituições públicas. Colaborar com os minipúblicos pode contribuir para ampliar a transparência, a responsividade e o poder deliberativo do Poder Legislativo, ajudando a reconstruir, destarte, a confiança pública e a percepção da legitimidade das suas decisões.[90]

Considerações finais

Quer parecer, destarte, à guisa de conclusão, que a dinâmica deliberativa proposta pelo modelo dos minipúblicos representa um interessante mecanismo de legitimação ética e controle democrático do mérito dos argumentos que baseiam as decisões parlamentares em matéria de Direito Penal. Trata-se de arranjo deliberativo capaz, ao menos potencialmente, de fazer ressurgir a crença numa capacidade há muito desacreditada tanto pela opinião pública, em virtude de sucessivos escândalos de corrupção e malversação da coisa pública, como pela comunidade acadêmica nacional, em razão da constatação da questionável qualidade técnica da legislação penal: a capacidade deliberativa dos sujeitos investidos na legislatura federal.

Não obstante, o modelo deliberativo em questão tem ainda o mérito de ser compatível com o princípio ético-valorativo de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa defendido ao longo deste trabalho: o princípio do respeito agonístico que, como visto, logra articular as noções de Estado de Direito e Democracia a tal ponto de ser possível exigir do legislador a superação de um duplo ônus argumentativo no curso do processo legislativo: *(i)* conceber o destinatário da sanção penal não um inimigo a ser simplesmente banido do convício social, mas sim como um sujeito de direitos sociais; e *(ii)* sustentar a medida

90. No original: "*Mini-publics may offer welcome assistance to elected members facing the multiple challenges of representing citizens in a context of declining trust in politics and public institutions. Collaborating with mini-publics may add transparency, accountability and deliberative power to their work, and potentially build public trust and perceived legitimacy for their decisions*". Cf. ESCOBAR, Oliver; ELSTUB, Stephen. *Forms of Mini-publics*, 2017, p. 8.

de adequação e necessidade da intervenção jurídico-penal em face das deletérias consequências provenientes do encarceramento no sistema prisional brasileiro. Parece evidente, pois, tendo em vista tudo aquilo que se disse até o momento, que o estudo da legitimidade da política legislativa em matéria penal, suas decisões e procedimentos, já não pode se contentar com a mera alusão à ideia da representatividade parlamentar.

Na atual quadra da história da experiência política brasileira, onde pululam propostas que colocam em xeque a própria ideia de democracia enquanto regime de governo a ser defendido e aprimorado, é impostergável a defesa de ideias que busquem, como sugeriu Ferrajoli, aumentar a complexidade institucional e, assim, a credibilidade e transparência das práticas levadas a efeito no âmbito dos parlamentos.

Este trabalho busca se afirmar como uma contribuição justamente nesse sentido.

Referências

ATIENZA, MANUEL. *Contribuición a una teoría de la legislación*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas*, v. 15, n. 1, p. 105-127, 2015.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica (1985). *Criminología y Sistema Penal* (Compilacíon *in memoriam*). Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004.

BARONA VILAR, Silvia. *Seguridad, Celeridad y Justicia Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 411-436, 2008.

CARVALHO, Salo de. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. *Boletim – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 193, dez. 2008.

CLARKE, Ronald V.; HOUGH, Mike. *Crime and Police Effectiveness*. London: Her Majesty's Stationary Office, 1984.

CONNOLLY, William Eugene. The Ethos of Pluralization. *Minneapolis Review*: The University of Minnesota Press, 1995.

CONNOLLY, William Eugene. *Identity/difference*: democratic negotiations of political paradox – expanded edition. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1991.

COSTA, Lauren Loranda da Silva. *Os Delitos de Acumulação no Direito Penal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

CYRINO, André Rodrigues. Como se fazem as leis? Democracia, grupos de interesse e controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, p. 51-99, 2016.

DAHL, Robert. *La Democracia y sus Criticos*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1992.

DANNECKER, Gerhard. *Evolución del Derecho Penal y Sancionador Comunitario Europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIETER, Maurício Stegemann. O programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais contribuições de Claus Offe para fundamentação da crítica criminológica à teoria jurídica das penas. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 2, p. 22-47, 2007.

DIETER, Maurício. *A Política Criminal Atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*: práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2003.

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. The New Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, v. 30, n. 4, p. 449-474, 1992.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal*: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al*. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FERREIRA, Carolina Costa. O Estudo de Impacto Legislativo como Estratégia de Enfrentamento a Discursos Punitivos na Execução Penal. Tese – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: [www.repositorio.unb.br].

FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Politicas Criminais*, v. 2, n. 2, p. 171-192, 2016.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal entre a "Sociedade Industrial" e a "Sociedade do Risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 33, 2001.

FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?* Visões do parlamento sobre a criminalidade. Brasília: Liber Livro Editora, 2008.

GARAPON, Antoine. A justiça reconstrutiva. In: GARAPON, Antoine *et al*. *Punir em democracia* – e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo Penal*: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2015.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Trad. Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 23-36, 1991.

HIRSCHI, Travis; GOTTFREDSON, Michael. *A General Theory of Crime*. Stanford: Stanford University Press, 1990.

HOBBS, Sue; HAMERTON, Cristopher. *The Making of Criminal Justice Policy*. London: New York: Routledge, 2014.

JAREBORG, Nils. A Lecture on Principles. In: BRITZ, Guido et al. *Festschrift für Heike Jung, zum 65*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. Geburtstag am 23 april, p. 361-366, 2007.

KAISER, Günther. La función de la criminología con respecto a la política legislativa penal. *Revista Eguzkilore – Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 6, p. 181-191, 1992.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*: por uma política democrática radical. Trad. Joanildo A. Burity, Josias de Paula Jr. e Aécio Amaral. São Paulo: Intermeios; Brasília; CNPq, 2015.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática*: os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011.

MATTHEWS, Roger. *Realist Criminology*. Palgrave-MacMillan: Basingstoke, 2014.

MENDONZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza*: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2000.

MOISÉS, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. *Opinião Pública*, v. 14, n. 1, p. 1-42, 2008.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2009.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and Society in Transition*: toward responsive law. London: New Brunswick, 2001.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Diagnóstico da política criminal brasileira (1984-2009). MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella (Orgs.). *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

PIRES, Álvaro Penna *et al*. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série: *Pensando o Direito*, São Paulo, n. 32, set. 2010.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 32-45, 2004.

RECKLESS, Walter Cade. *The Crime Problem*. New York: Appleton-Century Crofts, 1961.

ROUANET, Luiz Paulo. Democracia deliberativa: entre Rawls e Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, v. 56, n. 1, 2011.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Reflexões sobre as bases da política criminal. Trad. Bruno Costa Teixeira e Jamili Abib Lima Saade. *Revista Panóptica*, p. 111--121, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco*: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOZZO, Maximo. Populismo Punitivo, Proyecto Normalizador y "Prisión-depósito" en Argentina. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2009.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da Teoria do Bem Jurídico. Trad. Lucas Minorelli. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal (UFRGS)*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 03-14, nov. 2016.

TAVARES, Juarez. La reforma penal en Brasil. DÍEZ RIPOLLÉS *et al*. (Coords.). *La política legislativa penal iberoamricana en el cambio de siglo* (una perspectiva comparada – 2000-2006). Buenos Aires: Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008.

WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

WALKLATE, Sandra. *Understanding criminology*: Current theoretical debates. McGraw-Hill Education (UK), 2007.

WIDOW, María Magdalena Ossandón. *La formulación de tipos penales*: valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

WILSON, James Q. *Thinking About Crime*. New York: Basic Books, 1975.

WILSON, James Q.; HERRSTEIN, Richard. *Crime and Human Nature*. New York: Simon and Schuster, 1985.

YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Documentos acessados exclusivamente por meio eletrônico

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.373/2016. Estabelece a necessidade de análise prévia do impacto social e orçamentário das propostas legislativas que tratam de criação de novos tipos penais, aumento de pena ou que tornem mais rigorosa a execução da pena. Disponível em: [www.camara.gov.br]. Acesso em: 06.08.2017.

ESCOBAR, Oliver; ELSTUB, Stephen. *Forms of Mini-publics*, 2017. Disponível em: [www.newdemocracy.com.au]. Acesso em: 13.06.2017.

MORO, Sergio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. O Problema é o Processo. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/]. Acesso em: 28.04.2018.

WESTPHAL, Manon. Applying principles of agonistic politics to institutional design. ECPR General Conference. Glasgow, Scotland, 2014. Disponível em: [www.ecpr.eu]. Acesso em: 01.03.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Direito penal brasileiro: do idealismo normativo à realidade prática, de Renato Flávio Marcão e Bruno Marcon – *RT* 781/484-496 (DTR\2000\740); e
- O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RBCCrim* 85/267-296 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/467-494 (DTR\2010\222).

A internacionalização do poder punitivo: os riscos normativos e políticos da demanda por leis penais universais

The internationalization of punitive power: the normative and political risks of the demand for universal criminal laws

Rui Carlo Dissenha

Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. *Diplôme Supérieur de l'Université* na Université Paris II/Panthéon-Assas. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. *Masters in Law* em Direito Internacional Público com especialização em Direito Penal Internacional na Leiden University – Holanda. Professor na Graduação em Direito da Universidade Positivo e do Centro Universitário Internacional. Professor do PPGD da Universidade Federal do Paraná e do Centro Universitário Internacional. Advogado.
ruidissenha@hotmail.com

Paulo Roberto Incott Junior

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coordenador do Grupo Permanente de Discussão sobre Direto Penal Comparado da OAB/PR. Advogado.
paulo.incott@gmail.com

Recebido em: 30.04.2018
Aprovado em: 05.06.2018
Última versão dos autores: 14.06.2018

Áreas do Direito: Penal, Internacional.

Resumo: O presente ensaio analisa os problemas oriundos das pressões supranacionais que obrigam o legislador penal nacional a conformar-se com padrões internacionais de criminalização. Discute-se a construção do movimento de internacionalização do poder punitivo e em que medida ele constrange o legislador penal nacional, além dos riscos inerentes à submissão do legislador a esse novo modelo de internacionalização do poder punitivo. A partir da análise de diversos tratados internacionais de direitos humanos ou determinantes de obrigações criminalizadoras

Abstract: This essay examines problems arising from supranational pressures that oblige the national criminal legislator to comply with international standards of criminalization. It discusses the construction of the internationalization movement of punitive power and to what extent it constrains the national criminal legislator, in addition to the risks inherent to the legislator's submission to this new model of internationalization of punitive power. Based on the analysis of several international human rights treaties or determinants of criminal obligations ratified by

Dissenha, Rui Carlo; Incott Junior, Paulo Roberto. A internacionalização do poder punitivo: os riscos normativos e políticos da demanda por leis penais universais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. p. 813-848. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

ratificados pelo Brasil nos últimos trinta anos, e da discussão da doutrina crítica sobre esse fenômeno, a pesquisa revela que o país se encontra em franca submissão a esse processo de internacionalização do poder punitivo, o que se evidencia a partir do reconhecimento da existência de mandados de criminalização oriundos de documentos internacionais ratificados pelo Brasil. A hipótese apresentada é a de que essa internacionalização do poder punitivo, ainda que inevitável e potencialmente eficaz contra determinados delitos, cria, na forma como vem sendo desencadeada, sérios riscos normativos e políticos para o Direito Penal nacional, como a "pasteurização" da resposta a conflitos sociais complexos e o abandono, pelo legislador, de qualquer iniciativa adicional criativa em termos de políticas públicas de caráter preventivo e socialmente responsável.

Palavras-chave: Internacionalização – Globalização – Direitos humanos – Leis penais universais – Pasteurização.

Brazil in the last thirty years, and the discussion of the critical doctrine on this phenomenon, the research reveals that the country is in complete submission to this process of internationalization of punitive power, which is evident from the recognition of the existence of warrants issued by international documents ratified by Brazil. The hypothesis presented is that this internationalization of the punitive power, although inevitable and potentially effective against certain crimes, creates, in the way that has been unleashed, serious normative and political risks for national criminal law, such as the "pasteurization" of the response to complex social conflicts and the abandonment, by the legislator, of any additional creative initiative in terms of preventive and socially responsible public policies.

Keywords: Internationalization – Globalization – Human rights – Universal criminal laws – Pasteurization.

Sumário: 1. Introdução. 2. As forças por trás da internacionalização do poder punitivo. 2.1. Processos de globalização: surgimento de uma consciência cosmopolita calcada em valores universais. 2.2. Processos de globalização: a homogeneização de políticas econômicas. 2.3. Direito penal dos direitos humanos: o discurso "oficial" da internacionalização do poder punitivo. 3. Demandas internacionais de adequação legislativa: mandados de criminalização. 3.1. Mandados de criminalização fundados em tratados de direitos humanos. 3.2. Mandados de criminalização fundados em documentos de cooperação penal internacional. 4. Os riscos da tendência à universalização à normogênese nacional. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

A segunda metade do século XX assistiu à consolidação, formal ao menos, de um projeto que entusiasma juristas há muito tempo: a tentativa de construção de uma jurisdição penal universal. Esse processo, frustrado nas pretensões do art. 227 do Tratado de Versalhes[1], mas coroado na experiência do Tribunal Penal

1. Em parte o art. 227 do Tratado de Versalhes determinava que seria criado um Tribunal especial, designado a julgar Guilherme II de Hohenzollern, ex-imperador da Alemanha, por "ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados". Bazelaire e Cretin afirmam que, embora nunca tenha sido aplicado, o inciso "lançou a

Internacional, deu ímpeto ao ideário de harmonização de sistemas jurídico-penais e elaboração de uma estrutura supranacional de justiça criminal, designada a fazer frente aos piores delitos internacionais[2] agora não só no plano da jurisdicionalização internacional, mas também na perspectiva cooperativa.

O processo que leva ao patamar atual desse projeto possui uma série ampla de determinações, ou causas, sendo imprecisa a análise que procura identificar este desenvolvimento apenas a partir de uma explicação linear, homogênea, consensual e apical. É mais correto afirmar que esse processo, ainda longe de sua versão definitiva, resulta de uma série de desdobramentos que, unidos, funcionam como condição de possibilidade para que se inicie o desenho de uma nova ordem global, ordem essa a ser regulada por um sistema jurídico universal[3], do qual o Direito Penal Internacional seria um ramo.

---

primeira pedra" na busca por uma jurisdição penal universal, dando força propulsora a estudos, como o de Donnedieu de Vabres, que procuraram construir as bases de legitimidade da universalidade do direito de punir e da noção de "comunidade internacional em direito penal". (BAZELAIRE, Jena-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional*: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 15-19).

2. O Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Permanente, assenta em seus considerandos a preocupação com "atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade" e que "constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade". Portanto, constitui-se como meio para "por fim a impunidade" e "assegurar a repressão e prevenção" de tais atos por meio da cooperação internacional e da construção de um tribunal com "jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto". Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm]. Acesso em: 03.04.2018.

3. Gunther Jakobs defende que a pena pressupõe uma ordem normativa existente. Não existindo tal ordem, ou sendo ela apenas um ideal ainda não concretizado (como seria o caso para o Direito Penal Internacional), as ações delitivas não podem ser consideradas como lesivas dessa ordem, portanto não se enquadram no conceito de "crime", para o que não se pode responder com uma "pena" em sentido técnico-jurídico. Kai Ambos discorda desse argumento, que, segundo ele, remonta às teorias de Hobbes, Kant e, em certa medida, Kelsen, e aponta para o papel desempenhado pela ONU (em especial pelo Conselho de segurança) e para o fato de que o argumento de Jakobs só vale para aqueles que sustentam uma visão positivista exacerbada, fundada na validade da norma enquanto produto de um Estado soberano. Para Ambos, a validade da norma pode ser afirmada com base no fundamento material de sua pretensão de obrigatoriedade, sendo legítima porquanto tenha por base de valor algo digno de ser defendido pela Direito Penal, o que o autor enxerga na pauta de direitos humanos fundados em torno do conceito de dignidade humana (AMBOS, Kai. *Pena sem soberano? Ius puniendi* e função do direito penal internacional: dois estudos para uma teoria coerente do direito penal internacional. Trad. Eneas Romero de Vasconcelos, Gustavo Badaró, Julia Magalhães Jeuken. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 58-73).

É preciso elucidar a compreensão de alguns desses desdobramentos, sem o que se torna impossível a avaliação da influência da internacionalização do poder punitivo sobre o processo legislativo penal dos Estados, foco principal deste trabalho. Isso em razão desses desdobramentos operarem uma dupla transformação: por um lado, enfraquecem ou relativizam o poder que os Estados possuem, determinando, em certa medida, a matéria de proibição e o modo de gerenciamento das sanções em diversas situações tidas como "internacionalmente relevantes". Fragilizam, desse modo, uma das clássicas e viscerais características da soberania: a autonomia no exercício do poder de punir. Por outro lado, esse mesmo processo reforça e amplia o poder punitivo, ao liberá-lo de suas amarras fronteiriças e permitir que concretize novas formas de persecução penal, fundadas na cooperação internacional.

Surge assim a necessidade de perguntar sobre as forças que levam ao movimento de internacionalização do Direito. Na tentativa de elucidar de que modo este se intensifica na segunda metade do século XX, serão analisados, no primeiro capítulo, os *processos de globalização* sob duas vertentes: a emergência de uma consciência cosmopolita calcada na percepção de riscos globais e a homogeneização de políticas econômicas. Esses processos convergem na demanda por um Direito Penal internacionalizado, quer seja por meio de mecanismos de padronização transnacional, quer seja por meio da construção de uma jurisdição penal internacional[4]. Ao mesmo tempo, o processo de universalização dos direitos humanos fornece o apoio teórico que este movimento precisa para se legitimar, o que será discutido, brevemente, ainda no primeiro capítulo deste texto.

Na sequência, o trabalho empírico de busca por amostras dos efeitos da demanda por internacionalização será abordado, buscando exemplificar de modo suficiente a pertinência e relevância do debate proposto no terceiro e último capítulo. O resultado desta pesquisa foi divido em dois conjuntos, que bem demonstram o esforço do legislador penal nacional em adequar-se às demandas por uma normativa com caráter universal.

Por fim, no terceiro capítulo, será trazida à baila uma reflexão sobre os riscos originados pelos processos de internacionalização do poder punitivo como conformadores da atuação do legislador, que parece encontrar-se em um dilema importante: ou dá vigor às demandas punitivas internacionais ou reforça as opções constitucionais nacionalmente determinadas. Fato é que essa dificuldade parece operar efeitos na construção do sistema jurídico penal tanto no plano normativo-dogmático quanto na perspectiva de políticas criminais a serem adotadas nacionalmente.

4. Sobre as formas de padronização consultar: MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 25-29.

As opções metodológicas do presente trabalho foram desenhadas a partir da análise intensa dos tratados internacionais de cunho penal adotados pelo Brasil desde a entrada em vigor do Texto Constitucional vigente. A partir desse trabalho, e em cotejo com a doutrina que discute a questão, especialmente do ponto de vista crítico, a pesquisa construiu suas conclusões sobre o processo de internacionalização existente na contemporaneidade, capazes de constranger o legislador nacional. A análise das normativas penais nacionais criadas pelo legislador no mesmo período demonstra uma tendência clara à aceitação das matrizes internacionais e revela, portanto, a força que o poder punitivo internacional exerce sobre o legislador nacional e, na mesma medida, as dificuldades inerentes a esse processo. É a partir da análise dessas dificuldades, pautada por um prisma crítico do processo de internacionalização do poder punitivo, que algumas das conclusões da presente pesquisa são apresentadas.

De modo esquemático, tem-se que o problema a ser enfrentado pelo presente texto resume-se na seguinte questão: do que se trata o processo de internacionalização do poder punitivo, de que modo e em que medida ele constrange o legislador penal nacional e quais os possíveis riscos da submissão a demanda gerada por esse processo? O objetivo geral, para além da constatação da existência de um movimento de internacionalização do poder punitivo que possui efeitos concretos, é a proposta de uma reflexão sobre seus riscos diretos e indiretos, com o fim de contribuir com um debate interdisciplinar e democrático acerca do que se deseja alcançar com a universalização de normas penais.

2. As forças por trás da internacionalização do poder punitivo

Processos de globalização e universalização dos direitos humanos: dois fenômenos intensificados nas últimas décadas do século XX e que podem explicar a necessidade sentida pelo legislador nacional em matéria penal de conformar-se, em escala cada vez maior, a padrões universalizantes.

Para discutir os processos de globalização, é preciso, antes de tudo, iniciar afirmando que não se trata, como querem fazer parecer certas análises, de um desenvolvimento desmotivado ou "natural", meramente impulsionado pela divisão internacional do trabalho, pela mundialização dos mercados ou pela quebra de barreiras produzida pelo avanço tecnológico e modernização dos mecanismos de transporte internacional[5]. Quem sabe seja correto afirmar que essa é a

5. Segundo Boaventura de Sousa Santos, essa é a falácia do determinismo, que "consiste na ideia de que a globalização é um processo espontâneo, automático, inelutável e irreversível que se intensifica e avança segundo uma lógica e uma dinâmica próprias"

versão "oficial" de *uma* das manifestações daquilo que se convencionou chamar de *globalização*[6]. Mas é apenas isso. O quadro geral do que se pretende descrever com esse significante vai muito além dessa visão romântica[7] acerca da perda do sólido referencial oferecido pelo Estado-nação, em que grande parte das ciências sociais fundou suas bases. Em verdade, é devido à perda desse referencial que se torna tão difícil construir uma teoria *sociológica* de globalização. A sociologia, instrumento de saber fundamental para compreensão de qualquer manifestação do poder punitivo, foi fundada sobre a noção de *cidadania*, derivada da relação do ser humano com o Estado-nação, na mesma medida em que o Direito, ou ao menos a filosofia do Direito, está fortemente enraizada na noção de *norma*.

Ainda assim, é possível obter das diversas e heterogêneas análises acerca da *globalização*, traços marcantes para tentativa de elucidação do processo de internacionalização do Direito.

2.1. Processos de globalização: surgimento de uma consciência cosmopolita calcada em valores universais

Um primeiro ponto, que parece ser consideravelmente consensual, pode ser percebido na afirmação de Ulrich Beck de que "daqui para frente nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno espacialmente delimitado",

(SANTOS, Boaventura de Souza [Org.]. *A Globalização e as Ciências Sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 50).

6. Mais uma vez é valido citar Santos, para quem "a pluralidade de discursos sobre a globalização mostra que é imperioso produzir uma reflexão teórica crítica da globalização e de o fazer de modo a captar a complexidade dos fenómenos que ela envolve e a disparidade dos interesses que nela se confrontam" (SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 54).

7. Milton Santos afirma que há uma fábula de globalização, repleta de mitos, entre os quais enxerga o mito da "aldeia global" (que pressupõe um aumento no entendimento entre as pessoas, quando na verdade é possível afirmar um distanciamento cada vez maior), o mito do "espaço/tempo contraído" (quando na realidade os usos do espaço e do tempo não permitem uma igual economia do tempo para todos), o mito do "desfalecimento das fronteiras", que deveria dar vazão à cidadania universal (quando na verdade mesmo os direitos básicos de cidadania ainda dependem do reconhecimento diferencial conferido pelos Estados), o mito da "morte do Estado", num suposto reconhecimento consensual do fracasso do ideário assistencialista, impulsionado pela ideologia do neoliberalismo como pressuposto da democracia (quando na verdade o Estado é chamado com frequência a solucionar crises de espectro econômico, como pode se perceber pelo histórico de ações de salvamento do governo norte-americano em relação aos grandes bancos dos EUA) (SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 17-43).

pelo que "a política precisa ser reinventada e reformulada"[8]. De fato, o esvaziamento da sensação intersubjetiva de "localidade" ou "pertencimento" exclusivamente regional é uma das fortes características dos processos de globalização. O modo como as perguntas "quem eu sou", "de onde eu sou", "onde eu moro"[9] são hoje respondidas difere muito, e provavelmente diferirá cada vez mais, do modo como se respondia a essas perguntas no início do século XX. Essa nova "consciência cosmopolita"[10] está na base do surgimento de um *novo sujeito de direitos*, um sujeito que passa a ser alvo de prescrições normativas especificamente transnacionais, fundadas não mais no *ius sanguinis* ou no *ius soli*[11], mas na relação desse sujeito com uma (ainda incipiente) nova ordem internacional.

Vale notar que a mencionada "consciência cosmopolita" nasce não apenas da percepção de novos direitos universais, mas também de uma *nova percepção acerca dos riscos, da insegurança e dos conflitos em que esse sujeito se enxerga inserido como cidadão global*[12]. Assim, as demandas políticas perdem progressivamente sentido em termos locais, ganhando corpo a ideia de que *alguns problemas são globais e demandam soluções transnacionais*[13]; soluções calcadas na cooperação

8. BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Terra e Paz, 1999. p. 31.
9. BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Terra e Paz, 1999. p. 181
10. BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Terra e Paz, 1999. p. 78
11. GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 360-363.
12. Beck argumenta que "hoje – e assim será no futuro – as guerras se espalham por todo planeta sob a forma de participação potencial ou atual de todos, promovida pelos meios de comunicação. A sociedade civil global se transforma numa sociedade telespectadora. As guerras perdem, em um certo sentido, o seu lugar e se transformam em crises políticas através de sua (re-) (a-)presentação telegênica, nas quais a questão da justiça e da intervenção também deverão ser publicamente discutidas e decidias nos distantes centros da sociedade civil global" (BECK, Ulrich. Op. cit., p. 163).
13. Esse fenômeno pode ser avaliado sob a perspectiva de uma nova forma de criminalidade globalizada. É o que faz Jesús-Maria Silva Sánchez, que declara: "Pero, por otro lado, los fenómenos económicio de laglobalización y de la intregración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clássicos, así como a aparición de nuevas formas delictivas [...] Criminalidad organizada, criminalidade internacional y criminalidade de los poderosos son, probabelmente, las expresiones que mejor definen los ragos generales de la delincuencia de la globalización" (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. El derecho penal ante laglobalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, p. 65-78, 1998).

internacional e na harmonização de pautas políticas. Aflora deste cenário um *consenso axiológico* consideravelmente coerente, sintetizado em discursos de risco global a serem combatidos em conjunto pela comunidade internacional. Temas como o meio ambiente[14], o genocídio[15], o terrorismo[16] e, mais recentemente, a corrupção[17], para citar apenas alguns dos itens da pauta consensual a exigir uma ação global de "combate"[18], compõem esta cartilha de valores globalmente defensáveis por meio, inclusive, de um poder punitivo transnacional. Definem, então, o *teor* (o objeto) sobre o qual este se inclina.

2.2. Processos de globalização: a homogeneização de políticas econômicas

Acrescenta-se ao caldo efervescente apontado no tópico anterior o fato de que a racionalidade predominante, em termos de *globalização*, é aquela que preza pelo primado do econômico sobre o social, característica do modelo de *pensamento neoliberal*, concorrencial e fortemente excludente[19]. Além disso, a enorme concentração de poder econômico resultante dos processos econômicos de globalização desequilibra a balança no debate político transnacional[20].

---

14. Conforme a Declaração firmada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, em especial os princípios 7 e 13. Disponível em: [www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf]. Acesso em: 20.04.2018.
15. Conforme a Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948, internalizada em nosso ordenamento por meio do Decreto 30.822 de 6 de maio de 1952 e o Estatuto de Roma, de 1998, que cria o Tribunal Penal Internacional, internalizado pelo Brasil por meio do Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002.
16. Conforme a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados em 3 de junho de 2002 e internalizada em nosso ordenamento por meio do Decreto 5.639 de 26 de dezembro de 2005.
17. Conforme a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, de 31 de outubro de 2003, ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2005 e internalizada em nosso ordenamento por meio Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006.
18. A linguagem predominante nos tratados, convenções, declarações, consensos e outros documentos internacionais que versam sobre esses temas é, invariavelmente, produzida com base na gramática de guerra. Outros tópicos que poderiam ser acrescentados a esse rol exemplificativo da pauta globalmente orientada em termos axiológicos, seriam o tráfico internacional de entorpecentes, a tortura, o tráfico de pessoas, a discriminação étnica e de gênero, os crimes de guerra, os crimes contra humanidade, o branqueamento de capitais, a escravidão, entre outros.
19. BECK, Ulrich. Op. cit., p. 212.
20. SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 3.

Diante desse quadro, o novo sujeito de direitos deixa de ser visto como o cidadão universal para ser entendido como o potencial propulsor da energia que o mercado precisa para se manter capaz de gerar riqueza. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, "o conceito de consumidor substitui o de cidadão e o critério de inclusão deixa de ser o direito para passar a ser a solvência"[21]. Obviamente não se pode imaginar que uma estrutura assim encadeada seja capaz de gerar uma verdadeira universalização de direitos, uma vez que produtora de um afastamento ainda mais significativo entre possuidores e despossuídos. O Direito acaba, na realidade, por se adequar a essa formação, asseverando assimetrias antigas. De fato,

> [...] a soberania dos Estados mais fracos está agora diretamente ameaçada, não tanto pelos Estados mais poderosos, como costumava ocorrer, mas sobretudo por agências financeiras internacionais e outros actores transnacionais privados[22],

o que, por sua vez, alavanca mecanismos de Direito Internacional *privado,* enquanto subordina o Direito Internacional *público* a operar sob a sua lógica, como que levado de arrasto.

O efeito deste "consenso", imposto pelo receituário neoliberal[23], impacta o *modo* como o poder punitivo se internacionaliza[24]. De modo sucinto, é possível

21. SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 35

22. SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 37

23. Não haveria espaço para tratar com detalhes do significado e dos desdobramentos relacionados a cartilha política e econômica que é abarcada pelo neoliberalismo. Em rápida síntese, tem-se que "a política conservadora e neoliberal pareceu, sobretudo, constituir uma resposta política à crise econômica e social do regime 'fordista' de acumulação do capital [...] ela tem como principal característica o fato de alterar radicalmente o modo de exercício do poder governamental, assim como as referências doutrinais no contexto de uma mudança de regras de funcionalismo do capitalismo. Revelam uma subordinação a certo tipo de racionalidade política e social articulada à globalização e a financeirização do capitalismo" (PIERRE, Dardot; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 190).

24. Segundo José Manoel Pureza, "a hegemonia dos pressupostos neoliberais na condução da globalização pôs em crise a 'velha' contraposição entre Vestfália e a Carta das Nações Unidas como focos inspiradores de dois "modelos" de ordem internacional [...] pelo estabelecimento de mecanismos normativos transnacionais de promoção da eficiência, da estabilidade e do crescimento como pilares valorativos de uma governação global de inclinação neoliberal [...] O que quer que seja a ordem internacional pós-vestfaliana ela não pode ignorar a persistência de algumas traves-mestras da ordem de Vestfália. Desde logo, a desigual distribuição de poder. E, neste contexto, cabe perguntar o que haverá de efetivamente novo no discurso de intervenção humanitária [...] o pretendido discurso

afirmar que o consenso produzido pela globalização econômica não é da mesma densidade humanitária que o consenso fundado em valores universais, o que predispõe o poder punitivo global para uma manifestação hegemônica de interesses e formas de atuação. Nas palavras do Prof. Joachim R. Vogue, "no sorprenderá, por tanto, que la internacionalización del Derecho lleve a una "americanización" también en matéria penal"[25].

Não é de hoje que a Criminologia estabelece uma relação importante entre a forma de organização econômica e o sistema penal[26]. Embora as conclusões das formas de análise que se originaram a partir desta constatação possam hoje ser, como de fato são, fortemente contestadas devido a limitação de suas explicações quanto ao fenômeno delitivo global (processos de criminalização), não se pode negar que o poder punitivo tende a ocupar um lugar importante na manutenção das estruturas socioeconômicas presentes em determinado tempo e espaço. Com isso se quer afirmar que o consenso político e econômico originado pela prescrição do receituário neoliberal determina, em alguma medida, os moldes do poder punitivo que a ele corresponde. Assim, se se tomam por base os interesses que estiveram por trás das regras propostas nos Consensos de Washington e se tem de modo claro quais foram os maiores beneficiários de sua aplicação crescente no final do século XX, pode-se chegar à percepção de que qualquer esforço de internacionalização do Direito, desde então, parece estar circunscrito, até certo ponto, à operacionalização desses interesses[27].

---

de intervenção humanitária assume-se como uma clara expressão do desenvolvimento institucional característico de um entendimento neoliberal de governação global" (PUREZA, José Manoel. In: SANTOS, Boaventura de Souza [Org.]. *A Globalização e as Ciências Sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 243-244).

25. VOGUE, Joachim R. La internacionalización del Derecho Penal y del Processo Penal. *Revista Penal*, n. 22, Julio, 2008. p. 161.

26. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de janeiro: Editora Revan, 2004. p. 20.

27. Não é de admirar, portanto, que a pauta de internacionalização do Direito Penal (como padronização normativa) nas últimas décadas, diferente do que ocorre com a formação de uma jurisdição penal universal (que parece andar a passos lentos, como se pode observar pelo baixo número de casos julgados até hoje pelo Tribunal Penal Internacional em Haia), onde os delitos são precipuamente aqueles capazes de agredir valores alegadamente universais (genocídio, crimes de guerra, crimes contra humanidade), seja quase exclusivamente uma pauta de Direito Penal *econômico,* mesmo quando em jogo delitos como o tráfico internacional de entorpecentes. Nas palavras de Jesús-María Silva Sanchez: "Pero, por outro lado, los fenómenos ecónomico de la globalización y la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos

2.3. *Direito penal dos direitos humanos: o discurso "oficial" da internacionalização do poder punitivo*

Ao lado da percepção de problemas (riscos) globais, produtora de demanda por soluções transnacionais, e da pressão hegemônica dos pressupostos de instrumentalização das prescrições econômicas neoliberais, amplia-se, no final do século XX, o debate em torno da cristalização de um rol de direitos humanos universalmente aceitos, um "mínimo ético"[28] transnacional.

Conforme leciona Rui Dissenha,

> [...] desde a Carta da ONU e especialmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem relativiza-se a soberania e promove-se o respeito universal aos direitos humanos [...]. Esse processo é também responsável pela construção de um sistema paralelo, indireto, de proteção dos direitos humanos por meio da repressão penal que toma forma a partir da identificação de princípios específicos como a máxima *aut detere aut judicare*, as regras gerais de cooperação e a assistência legal entre países, o reconhecimento de sentenças estrangeiras etc. Nesse sentido, existiria um construído internacional que obrigaria – na medida dos limites possíveis – a cooperação internacional para a universalização da repressão penal em nome da proteção dos direitos humanos[29].

---

clássicos, así como a aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los interesses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto – criminalidad rancelaria – fraude de subvenciones), al mismo tempo que contempla la corrupción de funcionários de la instituciones de la integración. Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elemento tradicionalmente ajenos a la ideia de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización" (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Op. cit., p. 66-67).

28. Segundo Kai Ambos, a legitimidade do poder punitivo internacional advém justamente da proteção desses direitos humanos fundamentais. São palavras do jurista alemão: "Esta linha de argumentação se baseia no entendimento da comunidade internacional unida por valores comuns e pela existência de ordem constitucional internacional fundada nos mesmos valores [...]. Em outras palavras, a legitimidade do exercício do poder do Estado é fundada no respeito aos direitos humanos fundamentais [...]. Um *ius puniendi* supranacional pode ser inferido de uma combinação de estágios incipientes de supranacionalidade de uma ordem mundial baseada em valores e do conceito de uma sociedade mundial composta por cidadãos mundiais, cujo direito – o 'direito do cidadão mundial' – é derivado de direitos humanos universais" (AMBOS, Kai. Op. cit., p. 80, 81 e 88).

29. DISSENHA, Rui. *Por uma política criminal universal*: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Curitiba: IFDDH, 2016. p. 134.

Tem-se com esta constatação que o poder punitivo global é também resultado de uma ampliação da compreensão acerca da necessidade de se conferir efetividade às possibilidades de exercício dos direitos humanos. Haveria, nesse sentido, uma obrigação ambivalente, no que toca os Estados, em relação aos direitos humanos. Ao mesmo tempo em que estão obrigados a promovê-los por meio de ações positivas, como a criação de instrumentos aptos a permitir o livre desenvolvimento de cada cidadão, surge o dever de proteção suficiente desses direitos por meio de mecanismos de repressão e prevenção de agressões atentatórias aos mesmos. Esse dever internacional de prevenção e punição, se não for devidamente atendido, pode gerar aos Estados uma série de constrangimentos e sanções[30], como ter sua atuação suplantada pela ação do Tribunal Penal Internacional[31].

Para alguns autores, essa nova forma de se estruturar o sistema global de proteção de direitos humanos opera, inclusive, uma transformação em relação às funções da pena e, como consequência, do Direito Penal no âmbito internacional. É que para esses autores a colocação dos direitos humanos como objeto de tutela do poder punitivo, que deverá concretizar meios de prevenção e repressão em relação às ofensas a esses direitos, transmuta a *noção de bem jurídico como limite* para atuação do poder punitivo para se tornar seu *fundamento*. Nessa linha, André de Carvalho Ramos vai falar de uma "mudança de paradigma" para o poder punitivo, argumentando que

> [...] o direito penal não é só conformado e limitado pela Constituição e seu rol de direitos, mas, em algumas situações é invocado como instrumento essencial de proteção de bens jurídicos. É uma nova faceta, agora amistosa, na relação entre os direitos humanos e do direito penal[32].

Como conclusão: é da junção das peças retroexpostas que se pode obter um quadro suficientemente claro acerca das forças que impulsionam a interna-

30. O Brasil já foi alvo de uma série de condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos, mormente pelo próprio estado em que se encontra o seu sistema prisional. O caso emblemático da Casa de Detenção José Maria Alves (Presídio Urso Branco), alvo de denúncia e condenação pela Corte no ano de 2002, é apenas um marco na ampla história de violações de direitos humanos por parte do Estado brasileiro.

31. Trata-se do princípio da complementariedade do Tribunal Penal Internacional, conforme deduzido da leitura do preâmbulo e do art. 17 do Estatuto de Roma.

32. RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 62, p. 9-55, set.-out. 2006.

cionalização do poder punitivo e a consequente demanda por leis penais universais (unificadas, uniformizadas ou harmonizadas entre si). Viu-se que os processos de globalização contribuem com a percepção de riscos globais, os quais originam uma pauta axiológica de cuidado com potencial universalizante, exigindo a estruturação de uma nova ordem transnacional para fazer frente a estes problemas globais. Além disso, a globalização econômica impõe um consenso, sob a lógica neoliberal, que necessariamente vem carregada de prescrições de padronização transnacional, traduzidas pelo Direito de diversas formas, inclusive por meio de mandados de criminalização, conforme se abordará com mais precisão no capítulo seguinte. Ao mesmo tempo, a universalização de direitos humanos contribui com a noção de que o poder punitivo é meio legítimo e idôneo para estabilização de expectativas relacionadas ao exercício desses direitos, sendo a sanção penal sacada como meio necessário (e às vezes, em alguns discursos, suficiente) para sua eficaz proteção ("princípio" da proibição de proteção insuficiente[33]).

De certo modo, é permitido comparar o movimento pelo qual o Estado-nação recebeu a exclusividade na abordagem punitiva dos conflitos internos ao exercício de sua soberania, a partir da renúncia à vingança pessoal ou familiar e da transferência ao poder punitivo estatal da prerrogativa inalienável sobre a segurança pública, ao movimento que leva a (incipiente) "comunidade internacional" a transferir a um poder punitivo internacional (ainda não tão claramente corporificado em todos os casos) o dever/poder de agir para proteger o extrato consensual de direitos humanos universalmente reconhecidos. Como esta nova ordem internacional não existe, no mundo dos fatos, completamente efetivada,

33. Conforme leciona Raquel Lima Scalcon, o referido princípio possui sua origem mais remota na Alemanha, quando da decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Alemão em 25.02.1975. No Brasil, esta argumentação foi defendida primeiro por Ingo Wolfgang Sarlet e depois por Douglas Fischer, Luciano Feldens e Lênio Luiz Streck, sendo posteriormente utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes ao proferir voto-vista no RE 418.376/MS. O referido "princípio" traz a "ideia baseada na distinção das funções dos direitos fundamentais com direitos de defesa e imperativos de tutela contra terceiros (também denominados deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado). Quando do cumprimento de tais deveres, realizar-se-ia um controle de constitucionalidade a partir do que se denominou 'proibição da insuficiência' (*Untermassverbot*). Esse controle afirmaria o descumprimento ao imperativo de tutela 'sempre que detectado um déficit constitucionalmente ilegítimo de proteção de um dos direitos fundamentais na relação jurídica em causa'" (SCALCON, Raquel Lima. Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização. Podemos manter o legislador ordinário penal na prisão? *Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 167-184, jul. 2009).

ela depende dos Estados para fazer valer seus mecanismos de proteção, o que leva, indubitavelmente, ao estabelecimento de mandados de criminalização internacionalmente forjados, ou seja, a prescrições globais ao legislador pátrio quanto ao conteúdo de leis penais e processuais penais.

3. Demandas internacionais de adequação legislativa: mandados de criminalização

Dada a abundância de documentos internacionais assinados pelo Brasil nas três últimas décadas, não seria conveniente, neste trabalho, comentar todos os mandados de criminalização que constrangeriam o legislador nacional. De qualquer forma, a análise desses compromissos internacionais firmados pelo Brasil, com conteúdo penal, recomendando ou mesmo definindo alterações normativas, revela a existência de dois grandes grupos de tratados, convenções e acordos deste tipo: em um grupo podem ser alistados os tratados de direitos humanos que afirmam a necessidade de criminalização de certas condutas para a proteção desses direitos e, em outro, os tratados de cooperação internacional em matéria penal, inclusive aqueles que versam sobre extradição.

3.1. Mandados de criminalização fundados em tratados de direitos humanos

Para os propósitos deste texto foram classificados como tratados sobre direitos humanos aqueles cuja própria existência está *diretamente* ligada com o objetivo de oferecer efetividade, proteção ou reconhecimento de determinados direitos internacionalmente reconhecidos. São exemplos os tratados que *possuem em sua nomenclatura* esses objetivos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1965), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), entre outros.

Pertencem também a essa categoria os documentos que tratam de *determinadas agressões* aos direitos humanos, como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994), a Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (2003) e tantos outros exemplos de pactos, acordos, tratados e convenções que se originam da tentativa transnacional de combate a delitos tidos como especialmente ofensivos aos direitos humanos.

Os tratados analisados indicam que os documentos que trazem em sua nomenclatura o reconhecimento de determinados direitos humanos contém, de modo substancial, deveres no sentido de *efetivar garantias*, possuindo, portanto, *enunciados oponíveis de forma direta ao Estado*. Significa dizer que detém, como característica principal, a descrição dos direitos dos indivíduos que devem ser respeitados pelo Estado, muitas vezes por meio de uma *prestação negativa* (obrigação de abstenção), típica do modelo de Estado de Direito liberal.

Já no caso dos documentos que tratam de *formas específicas de agressão* a direitos humanos essa lógica se inverte. Seu teor apresenta de modo mais enfático *deveres de proteção estatal*, demandando uma *ação positiva de prevenção e/ou repressão* dessas agressões. Naturalmente, então, esses documentos possuem de modo mais nítido (expresso) mandados de criminalização universal.

Como demonstração do que foi dito, note-se que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assinado em 16 de dezembro de 1966 e promulgado em nosso ordenamento por meio do Decreto 592, de 6 de julho de 1992, traz, em seu art. 2º, inciso 3, alínea "*a*", a determinação segundo a qual os Estados se comprometem a "garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetra por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais". A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada com o Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, igualmente, estabelece, no art. 2º, um dever para os Estados de "adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, *as medidas legislativas* ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades" (grifo acrescentado).

Parece evidente que os referidos Tratados, que apresentam um texto muito comum em outros documentos de mesma espécie, determinam obrigações *abertas* aos Estados. Como consequência, os Estados-parte podem escolher como realizar essas determinações dentro de suas políticas públicas e uma das opções viáveis é justamente o uso do poder punitivo – que tem um apelo simbólico interessante e, embora não haja qualquer comprovação de que produza efeitos concretos e eficientes[34], é comumente uma opção adotada pelos Estados, dados os efeitos políticos que produz.

34. Sobre as dificuldades à eficiência da *deterrence*, ver: BARATTA, Alessandro. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. *Diritti dell'Uomo e Sistema Penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. v. I. p. 335; GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. *Corso di Diritto Pentenziario*. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004. esp. p. 27; VON HIRSCH, Andrew; BOTTOMS, Anthony E.; BURNEY,

No que tange ao segundo grupo mencionado, de Documentos internacionais que tratam de determinadas agressões aos direitos humanos, proliferam nestes exemplos de enunciados deônticos de criminalização. Assim, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, internalizada em nosso ordenamento por meio do Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991, estabelece (art. 4º) o dever para os Estados de "assegurar que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo sua legislação penal", incluindo a obrigação de determinar que a tentativa e a participação (até mesmo a cumplicidade) sejam também abarcadas pela Lei incriminadora. Indo além, declara que cada Estado punirá esses crimes com penas que "levem em conta a sua gravidade". O Tratado ainda estabelece mecanismos de cooperação quando o "suspeito" se encontrar fora do território em que os atos ocorreram, com a autorização de apreensão preventiva e investigação em terra alienígena.

De forma semelhante, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada no Brasil mediante o Decreto 65.810, de 8 de dezembro de 1969, prescreve que os Estados se comprometem a

> [...] declarar, como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.

As determinações de que tais condutas sejam criminalizadas nacionalmente são claras. Dessa forma, há pouco espaço para o Estado que queira cumprir com a obrigação assumida não tipifique as condutas internamente e nos moldes indicados pelo Tratado ratificado. Impera lembrar que a ratificação do tratado ou mesmo a sua publicação em território nacional, ao menos em países da *Civil Law*, como no Brasil, não implica a criminalização automática das condutas na esfera interna, por conta da materialização do princípio da reserva legal que exige instrumento normativo específico para a tipificação de condutas. Por conta dessa condição, não é incomum que o Brasil se obrigue internacionalmente ao cumprimento de tratados internacionais e, consequentemente, à criminalização de condutas, mas falhe em realmente tipificar esses delitos. O exemplo claro é aquele do Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional. Embora ele seja obrigatório ao Brasil desde o ano de 2002, ainda se aguarda pela elaboração de

Elizabeth; WIKSTRÖM, P-O. *Criminal deterrence and sentence severity*: an analysis of recent research. Oxford: Hart Publishing, 1999. esp. p. 45-49.

uma legislação de adaptação do Tratado ao plano interno. Parece evidente que, senão todas, a maior parte das condutas criminalizadas pelo Estatuto de Roma já é tipificada no Brasil. Entretanto, não com o *status* específico determinado pelo Estatuto de Roma ou com a gravidade que lhe é característica, mas com consequências bem menos graves – inclusive com a possibilidade de reconhecimento, pela Lei nacional, de prescrições e outras causas de extinção da pena.

3.2. Mandados de criminalização fundados em documentos de cooperação penal internacional

Num primeiro momento, ao se colacionar, no tópico anterior, o exemplo das Convenções sobre a Tortura e sobre a Discriminação, poderia se criar a impressão de que os mandados de criminalização presentes em documentos internacionais se restringem a delitos contra vida, liberdade sexual ou integridade física. Não é o caso. Tanto na Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2016, quanto na Convenção Interamericana contra Corrupção, promulgada em nosso ordenamento por meio do Decreto 4.410, de 7 de outubro de 2002, são feitas recomendações para criminalização dos atos de corrupção descritos nessas Convenções. Por exemplo, na Convenção Interamericana estabelece-se, no art. V, 1, que cada Estado "adotará as medidas que forem necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os delitos que tiver tipificado nos termos desta Convenção". A Convenção da ONU traz também recomendações incisivas para criação da possibilidade de mecanismos de cooperação do acusado (como a delação)[35]. Não é preciso muito esforço para perceber o impacto desses Documentos na legislação penal nacional e nos recentes processos midiáticos de "combate a corrupção" em nosso país[36].

35. Artigo 37.

36. Na justificativa para aprovação da MP 703, que incluiu a possibilidade acordos de leniência no escopo da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), o Deputado Raul Jungmann assim afirmou: "Os Ministros justificam, ainda, que o anteprojeto apresentado inclui a proteção da Administração Pública estrangeira, em decorrência da necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Esclarecem que, com as três Convenções, o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Para justificar a modelagem inovadora, de responsabilização

Também é notório o impacto de documentos internacionais na tipificação e processamento do delito de lavagem de capitais[37]. A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), internalizada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, estipula de forma explícita o dever para que os Estados criem ou modifiquem sua legislação a fim de contemplar as várias formas de concretização de dissimulação da origem de ativos, como característica intrínseca ao delito de lavagem de capitais[38]. Da mesma maneira, a Convenção das Nações Unidas Contra Corrupção, já citada (promulgada pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006, Convenção de Mérida) estabelece, em seu art. 23, que os Estados adotarão as "medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito" as mesmas práticas. Além disso, o sistema internacional antilavagem conta com uma série de mecanismos regulatórios, concretizados por meio de recomendações, que atuam com notória capacidade de constrangimento nacional[39]. Esses mecanismos influenciam, obviamente, modificações legislativas e alterações de políticas públicas[40].

---

objetiva da pessoa jurídica na esfera cível, alega-se ter escolhido tal via porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção".

37. Conforme declara Maíra Rocha Machado, o impulso pela implementação de estratégias transnacionais de combate à lavagem de capitais pode "assumir formas fortemente despóticas [...] tratados e convenções internacionais, memorando de entendimento (MOUs), instrumentos *soft law,* sanções e contramedidas combinam-se para garantir que todos os países que possuem centros financeiros adotem o mesmo modelo de atuação estatal em face da lavagem de dinheiro [...] sustendo, portanto, que lavagem de dinheiro é a criminalização do capital que não pode atestar uma origem lícita" (MACHADO, Maíra Rocha. Op. cit., p. 120-144).

38. Artigo 6º.

39. O GAFI (Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro), Órgão criado pelos chefes de Estado do G-7 e pelo presidente da Comissão das Comunidades Europeias, em 1989, desenvolveu um programa de adequação calcado em quarenta recomendações, publicadas em fevereiro de 1990. Em fevereiro de 2000, o GAFI lançou um "programa de difusão mundial do sistema antilavagem de dinheiro" pautado na ampliação de países membros e implementação massiva de suas diretrizes. "Para o cumprimento destas tarefas, a atividade do GAFI centra-se basicamente em dois planos. Em primeiro lugar, dedica-se a verificar a adequação os países ao conjunto de padrões por ele formulado. Para os países membros, essa avaliação realiza-se com base nas 'Quarenta recomendações' e mediante um procedimento de avaliação mútua que focaliza a 'pressão dos pares' (*peerpressure*) como elemento fundamental e suficiente para garantir a implementação das recomendações elaboradas pelo GAFI" (MACHADO, Maíra Rocha. Op. cit., p. 128-131). O Brasil alcançou a "plena adequação" às recomendações do GAFI, segundo o relatório emitido pelo próprio Órgão em 2000.

40. Na Exposição de Motivos para criação da Lei 9.613/98 (Lei Antilavagem) consigna-se, após a citação de diversos documentos internacionais assinados pelo Brasil: "8. Portanto,

É verdade que os tratados e acordos que cuidam de modo específico de assistência jurídica em matéria penal, como regra geral, não contém mandados de criminalização. Porém, esses documentos visam a permitir uma coesão transnacional no processamento das atividades jurisdicionais (notadamente a fase de inquérito) incidente sobre os delitos internacionalmente relevantes. A pesquisa destes mecanismos revela que, em termos de garantias processuais, o "corte" produzido pela harmonização de sistemas jurídicos é feito "por baixo", ou seja, gerando um quadro com *menos garantias* do que poderia se supor, tendo em vista o forte grau de consenso que alguns direitos processuais penais adquiriram a partir da universalização de direitos humanos. Como indicado por Antonio Cavaliere, essa experiência é evidente no Direito Penal europeu[41]. Tomando-se como exemplo os tratados que versam sobre extradição, cujo texto não difere significativamente segundo o país com quem o Brasil está tratando, nota-se que estes não cuidam da matéria de incriminação em si, mas estabelecem uma série de deveres "penais". Parece válido o registro da regra geral presente nesses tratados segundo a qual, na hipótese de negativa da extradição, o Estado requerido ficará compromissado a submeter o caso a um processo penal dentro de sua competência[42]. Aliás, mesmo em alguns tratados internacionais que sequer possuem caráter penal é possível reconhecer propostas de cunho incriminador, impondo ao legislador nacional a atividade legiferante em matéria criminal. Por exemplo, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) gozam de peso significativo como forma de orientação ao legislador e como oferecimento de critérios ao poder judiciário. A Convenção 182, assinada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto 3.597, de 12 de setembro de 2000, traz em suas recomendações o seguinte: "12. Os Membros deveriam adotar dispositivos com o fim de considerar atos delituosos as piores formas de trabalho infantil que são indicadas a seguir [...]". Ainda mais, ao justificar o PL 53/2016, que pretende acrescentar o art. 244-C à Lei 8.069/90 (ECA), para tipificar o crime de exploração de trabalho infantil, o, à época, Senador Marcelo Crivella afirmou:

---

o presente projeto se constitui na execução nacional de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a começar pela Convenção de Viena de 1988" (BRASIL. Ministério da Justiça. *Exposição de Motivos 692/MJ*, de 18.12.1996, da Lei 9.613, de 03 de março de 1998).

41. CAVALIERE, Antonio. A influência do direito penal europeu das organizações criminais sobre o ordenamento italiano. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 53-74.

42. Neste sentido, por exemplo, o art. 5º do Decreto 8.431, de 9 de abril de 2015, que promulgou o Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China.

> Com essas providências, pretendemos cumprir um compromisso internacional firmado na "Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação" (aprovada pelo Decreto Legislativo 178, de 14 de dezembro de 1999), no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê, em seu art. 7º, item 1, que todo Estado-Membro deverá adotar medidas necessárias para aplicação e cumprimento da referida convenção, "inclusive a instituição e aplicação de sanções penais"[43].

Jesús-María Silva Sanchez acredita que isso se dê pelo fato de que a justiça penal transnacional é marcada por uma racionalidade fortemente pragmática, calcada no mote fundamental de *eficiência*. São suas palavras:

> Por un lado, la globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente práticas, en el sentido de una abordage más eficaz de la criminalidad. Expressado de outro modo, en este punto la reflexión científica no surge como produto de una aspiración intelectual de unidad de los ordenamentos nacionales contra la criminalidad transnacional. Por ello, no se trata de aquó en primera instancia de discutir las condiciones de posibilidad de una ciencia supranacional del Derecho penal, cuanto de construir concretas respuestas jurídico-penales supranacionales[44].

O fato é que o aumento da densidade normativa do Direito Internacional, tanto no plano dos tratados internacionais de direitos humanos quanto no plano dos tratados internacionais de cooperação penal, implicou também o aumento do poder punitivo nacional e internacional. Esse adensamento normativo é responsável pela especialização de condutas criminais, pela constituição de novas formas de investigação e, especialmente, pela criação de novos tipos penais.

Embora não se discorde da assunção de que essa tendência é inevitável e permite uma melhor lida para com a questão do crime, especialmente aquele de natureza transnacional, parece induvidoso que o que se presencia é um aumento de poder punitivo nacional e internacional constituído a partir de um processo de baixa densidade democrática e altíssimo conteúdo político.

4. Os riscos da tendência à universalização à normogênese nacional

Não parece possível se discutir a utilidade da internacionalização do poder punitivo. Resta evidente que esse ramo do poder e a disciplina jurídica que o

43. BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado 53*, de 2016. Autor: Senador Marcelo Crivella (PRB/RJ). Disponível em: [legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=572680&disposition=inline]. Acesso em: 17.04.2018.

44. SANCHEZ, Jesús-María Silva. Op. cit., p. 66.

conforma, o Direito Penal, não podem andar na contramão de um processo social de internacionalização. Defender o contrário seria negar o real e pleitear que se solucionem problemas complexos, porque internacionalizados, com instrumentos inadequados, porque incapazes de reconhecer as relações de coexistência na sua conformação internacionalmente dinâmica. Conviver com um Direito Penal internacionalizado, portanto, é inevitável.

Entretanto, tampouco é razoável que se deixe de reconhecer que o processo de internacionalização tem consequências perigosas à normogênese penal nacional e, consequentemente, à aplicação do Direito Penal, mormente na pretensão de se controlar um poder punitivo que agora ganha dimensões mais musculosas e contornos imprecisos, porque não mais afeito à soberania clássica do Estado. O processo de internacionalização produziu um fenômeno de transferência de poder nacional para a esfera internacional de forma a se constituir um novo plano de controle social, de matriz agora universal. Diante desse portento, que se conforma em uma rede inexorável de constrangimento penal dos Estados, é de se perguntar que padrões deve seguir o legislador ao construir e adaptar o sistema normativo penal nacional, aqueles constitucionalmente orientados ou outros, que seja, provenientes desse sistema de valores internacional. Em certa medida eles são harmônicos, mas por vezes se contradizem e, nesse plano, qual deve prevalecer?

Enfim, diante da manifestação desse poder punitivo internacional – que, como se viu, existe em plurais vertentes – e especialmente diante da sua capacidade de influenciar a constituição do Direito Penal nacional, é conveniente que se indiquem alguns riscos desse processo que poderiam ser divididos, *grosso modo,* em dois planos: (i) o plano normativo-dogmático; e (ii) o plano político:

(i) Em primeiro lugar, uma das principais consequências da internacionalização do poder punitivo e do Direito Penal é a uniformização desses dois campos em um processo que se poderia denominar de "pasteurização do Direito Penal". Por meio dessa condição, fórmulas gerais de solução de problemas penais tornam-se obrigatórias aos Estados que passam a usá-las como gabaritos penais. São propostas de criação de tipos específicos universalizados (como ocorre com a figura do genocídio ou do terrorismo), de procedimentos penais gerais (especialmente sensíveis às regras de cooperação penal), de tratamentos comuns a problemas específicos (como a proposta de universalização da criminalização das drogas) etc. Em outras palavras, universaliza-se o tratamento dado ao desvio tanto no plano material quanto no plano processual e, de consequência, anula-se a experiência nacional como proposta de lida para com aquele problema interno.

Não se ignora que, em certa medida, essa proposição é uma vantagem, ao constranger o legislador nacional a constituir um sistema normativo apto e eficaz

a permitir a punição de graves crimes. A pretensão do Tribunal Penal Internacional, por exemplo, ao impedir a aceitação de *statutory limitations* à aplicação do Estatuto[45] e ao não admitir vinculações ao Tratado com reservas[46] tem a proposta, justamente, de se evitarem medidas nacionais que esvaziem o Tribunal Penal Internacional de eficiência. De fato, do contrário, as pretensões desse poder punitivo internacional seriam facilmente ignoradas com medidas nacionais simples como adoção de anistias, prazos curtos de prescrição ou imunidades. Ao mesmo tempo, entretanto, essa condição implica consequências de certa gravidade, pois Estados que pretendam se vincular ao Estatuto de Roma e que tenham disposições normativas internas que contrariem o texto do Tratado ficam impedidos de ratificarem o Documento sem alterações no seu sistema normativo nacional ou sem arriscarem violar o tratado no futuro, como, aliás, acontece com o Brasil. De fato, questões como a adoção da prisão perpétua pelo Estatuto de Roma em detrimento da expressa vedação dessa espécie de pena em cláusula pétrea Constitucional nacional não são de solução tão simples quanto faz entender parte da doutrina que trata do tema e jamais são ajustadas sem exercícios teórico-dogmáticos que ficam, para dizer o mínimo, sujeitos a críticas[47].

Entretanto, o principal problema dessa condição é que com a pasteurização das soluções penais obnubilam-se as opções nacionais para se lidar com problemas que são, em geral, embora possam produzir efeitos internacionais, também nacionais. E, dessa forma, ignoram-se idiossincrasias da questão: as condições sociais, históricas, antropológicas que conformam o problema. Enfim, a adoção de uma lógica eminentemente formal, constituída segundo uma perspectiva alienígena, impede que se aerem as soluções jurídico-penais nacionais que tenderiam à valorização de uma lógica material de solução dos problemas[48]. Se os padrões internacionais se tornam obrigatórios, então o legislador nacional tem pouco espaço de manobras para ajustes nacionalizantes que ficam limitados aos limites da medida internacional.

Esse processo se dá tanto no plano processual quanto no material-dogmático. No plano processual, a pasteurização se dá a partir da adaptação de institutos

45. Artigo 29 do Estatuto de Roma.

46. Artigo 120 do Estatuto de Roma.

47. PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 147-187. p. 174-175.

48. Sobre os problemas de uma lógica meramente formal adotada no Direito Penal e do esquecimento de uma lógica material, ver: BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. especialmente p. 117-122.

processuais e investigativos e de procedimentos universalizados que nem sempre atendem às demandas nacionais ou são facilmente adaptáveis ao processo penal interno. De fato, a importação de medidas investigativas especiais que, em outras realidades, podem servir a resolver problemas particulares, na perspectiva nacional podem não ser tão eficientes e, por não serem acompanhadas de um sistema de freios e contrapesos programáticos capazes de controlar abusos, podem terminar desequilibrando a delicada relação de forças existentes no processo penal. Para além de questões prosaicas, tais como aquelas referentes aos problemas linguísticos e de tradução que podem ser extremamente dificultosos quando se tratam de figuras processuais específicas de um sistema processual (como a aproximação de figuras como o *plea bargaining* e a delação premiada)[49], situações como a facilitação de produção de provas no estrangeiro para a acusação e a virtual impossibilidade da realização do mesmo ato pela defesa arriscam de forma evidente a paridade de armas[50], embora seja uma tendência determinada pela demanda internacional de fomento à cooperação penal.

A adoção de procedimentos específicos de normativas internacionais construídas no sentido da cooperação penal obrigatória (como a que ocorre no Estatuto de Roma) pode arriscar a criação de figuras novas no sistema nacional, como a possibilidade de revisão da coisa julgada absolutória no plano penal, passível de ser determinada pelo Estatuto de Roma com base no seu artigo 17, letras "a" e "b", especialmente, que criam uma espécie de revisão criminal *pro societate* a ser realizada pelo Tribunal Penal Internacional quando o Estado tenha exercido jurisdição sobre um caso, mas "the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute". Em outras palavras, a vedação da revisão criminal *pro societate* no Brasil fica relativizada e o legislador precisará criar instrumentos para adaptar o sistema normativo nacional à nova proposta internacionalizante ou optar deliberadamente por violar um tratado internacional.

Outro exemplo interessante é a alteração relativamente recente no capítulo I da Lei de Execução Penal que inverteu uma lógica clássica do procedimento executório da pena brasileiro. Referido capítulo trata do exame criminológico, que historicamente era levado a cabo no sentido de realizar os fins da execução penal,

49. Sobre as questões das dificuldades da tradução de conceitos, ainda que de forma mais específica no plano da Criminologia, veja-se: SOZZO, Maximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2014.

50. Sobre o tema, ver: DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. *A defesa na cooperação jurídica internacional penal*: o auxílio direito e a atuação por meio de redes. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

especialmente a ressocialização (indicada no artigo 1º da Lei[51]), como é perceptível na leitura do texto dos artigos 5º e 6º dessa Lei, que deixam claro que os detentos serão classificados "para orientar a individualização da execução penal" (art. 5º) em trabalho feito por comissão específica que "elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório" (art. 6º). A inclusão do artigo 9º-A na Lei de Execução Penal pela Lei 12.654/2012, que determinou a coleta obrigatória de material genético dos condenados por crimes cometidos com violência de natureza grave à pessoa ou por crimes hediondos[52], e a sua manutenção em banco de perfis genéticos, muda essa lógica, pois, além de reviver uma triste inspiração lombrosiana, o exame criminológico agora se transmuta de um exercício de individualização da pena em favor do apenado para uma espécie de produção de prova antecipada e preventiva contra o próprio réu. Essa opção normativa, esclareça-se, reverbera uma tendência internacional à criação de bancos de dados de perfis genéticos, comum em países europeus e na América do Norte[53]. A questão, como se sabe, é, inclusive, atualmente debatida quanto à sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal[54].

No plano dogmático, ademais, o problema também se evidencia por meio de uma internacionalização da ciência penal. A adoção desequilibrada de racionalizações penais estrangeiras como forma de solução de problemas penais arrisca uma desnaturação dogmática e epistemológica da própria ciência penal. A "germanização"

51. "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a *harmônica integração social do condenado e do internado*" (grifou-se).

52. É importante mencionar que o número de condenados por crimes de roubo, homicídio e latrocínio (cometidos, portanto, com "violência de natureza grave à pessoa") somado ao número de condenados por crimes de tráfico de drogas (crime assemelhado a hediondo) compõe cerca de 65% da massa carcerária nos dias de hoje, segundo os dados institucionais do ano de 2014. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, INFOPEN – junho de 2014. p. 69. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 28.04.2018.

53. Sobre o tema, veja-se: SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. In: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 3, p. 518-529, set.-dez. 2013; SCHIOCCHET, Taysa (Coord.). *Bancos de dados genéticos para fins de persecução criminal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

54. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Recurso Extraordinário 973.837*. Entrada: 30.05.2016.

do Direito Penal brasileiro é reconhecida há muito[55] e pode produzir dificuldades teóricas graves ao substituir conceitos importantes reconhecidos na lei, doutrina e jurisprudência nacionais por outros construídos sob a ótica estrangeira, dando novo sentido, alcance e dimensão a estruturas tradicionais da dogmática. Embora isso sirva, certamente, à ampliação da dita eficiência do sistema, desestabiliza, por exemplo, uma Teoria do Delito construída como sistema gramatical de racionalização do poder punitivo. Exemplos dessa tendência brotam na doutrina e na jurisprudência aos borbotões e tendem a ser adaptadas pelo legislador como soluções eficientes aos problemas nacionais, como aconteceu com o anteprojeto de Código Penal apresentado ao Senado no ano de 2002 (Projeto de Lei do Senado 236, de 2002). Veja-se que embora a imputação objetiva seja um critério interessante e central no sistema funcionalista penal, ela pode ser problemática diante do critério causalista adotado no atual Código Penal nacional, motivo pelo qual deve ser usada com parcimônia e de forma complementar, também porque extremamente casuística[56]. A Teoria do Domínio do Fato, surgida na Alemanha, tem sentido na lógica funcionalista do Direito Penal daquele país e segundo os limites por lá amplamente debatidos, mas pode implicar um uso inadequado da determinação da autoria de um crime com o fito de apenas se facilitar a condenação de acusados sem provas específicas de sua participação, como parece ter ocorrido na jurisprudência brasileira[57]. Figuras como a cegueira deliberada e o seu espelhamento forçado no dolo eventual, como feito de forma aparentemente equivocada na jurisprudência nacional, criam riscos de uma aproximação exagerada de institutos da *Common Law* ao Direito Penal nacional que indicam um uso meramente instrumental de figuras alienígenas[58] como forma de facilitação da condenação de acusados. Na medida em que essas figuras venham a ser implementadas no sistema jurídico nacional por uma opção internacionalizante do legislador (o que seria obrigatório por conta das obrigações assumidas pelo Brasil, ao menos em certas espécies típicas) problemas dogmáticos poderiam surgir na aplicação e interpretação da norma.

Nesse sentido, já há alguns problemas delicados que esperam solução. A vinculação brasileira ao Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional,

55. Veja-se, por exemplo, no texto histórico de Soler: SOLER, Sebastian. Causas de justificação da conduta. *Revista de Direito Penal*, n. 5, janeiro-março de 1972. p. 11.

56. PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. v. I. p. 451.

57. Sobre o tema, ver: GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a Distinção entre Autor e Partícipe no Direito Penal. *Revista dos Tribunais*, v. 933, julho de 2013. p. 61 e seguintes.

58. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada "cegueira deliberada"*. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

ainda carece de normativa de regulação e harmonização específicas. Por conta disso, ainda não se sabe como a legislação irá resolver as várias dificuldades de violação da taxatividade da Lei penal inerentes às figuras como o crime contra a humanidade e os crimes de guerra ao definirem condutas que implicam a analogia da Lei penal para o seu funcionamento;

(ii) Uma outra dimensão problemática para o processo de pasteurização do poder punitivo é referente às políticas criminais adotadas por um país que são, em geral, criadas pelo legislador a partir das demandas nacionais. A assunção de obrigações internacionais específicas de lida com certas espécies criminosas implica a adoção de políticas criminais dedicadas e cujas consequências, diante da urgência de se mostrar um Estado inserido no plano político internacional e cooperativo no âmbito da justiça penal, não são pensadas *a priori* (e de certa forma, sequer podem sê-lo, pois vêm prontas da matriz internacional). Isso acontece no plano de políticas criminais pontuais (como no caso da repressão das drogas ou no tratamento dado ao crime organizado) ou generalizadas (certas espécies de crime não poderiam admitir qualquer solução, como a opção pela anistia, vinculando o legislador à adoção de outras opções – em geral, punitivas), impedindo que os Estados adotem posições específicas em certas medidas e que repensem suas posições nacionais de acordo com lógicas também nacionais.

De fato, para além de certo uso retórico (simbólico) de alguns tratados internacionais de natureza penal, a adoção de medidas particulares pode implicar desde um processo de superencarceramento até a vinculação inadequada de receitas financeiras que seriam muito melhor utilizadas em medidas preventivas ou de controle. A título de exemplo, verifique-se que a política criminal antidrogas foi incorporada nacionalmente a partir da década de setenta justamente na toada da luta internacional contra o fenômeno[59]. Os resultados dessa política de luta foram, como se sabe, desastrosos e a dificuldade de mudança da lógica levou à criação de uma nova Lei para a temática em 2006 que tendeu a ainda piorar a questão no plano da política criminal nacional.

Processo similar se deu com a questão do crime organizado. Para além de ser discutível a materialização do fenômeno no plano nacional[60], a própria definição de "crime organizado" foi, por muito tempo, postergada na legislação nacional

59. Sobre o tema, veja-se: DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990; DE CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*: um Estudo Criminológico e Dogmático. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

60. Sobre a crítica ao conceito de crime organizado no plano nacional, veja-se: DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Crime Organizado*. Disponível em: [icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/crime_organizado.pdf]. Acesso em: 27.04.2018.

pelas notórias dificuldades materiais inerentes à definição da espécie que precisariam ser enfrentadas pelo legislador nacional. Note-se que embora se fale em organização criminosa desde, pelo menos, a Lei 9.613/1998 (no artigo 1º, VII, da Lei de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores), por conta especialmente das obrigações assumidas pela assinatura da Convenção de Viena de 1988[61] (Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988), e apesar da assinatura da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, foi apenas em 2013, com a Lei 12.850/2013, que o conceito acabou tipificado de forma clara. Entretanto, para desapontamento da doutrina, não parece ter assumido uma forma mais complexa do que uma espécie de quadrilha ou bando para a prática de crimes mais graves. Note-se que, até então, embora o Superior Tribunal de Justiça, ao arrepio da legalidade, aceitasse a definição convencional de 2000 para que se definisse o conceito de crime organizado[62], o Supremo Tribunal Federal rejeitava essa possibilidade[63], constrangendo o legislador nacional à adoção de uma definição que resolvesse a questão nacional e ainda estivesse harmônica com o que os tratados internacionais demandavam.

Interessa especialmente mencionar que as políticas criminais universalizadas que acabam adotadas em blocos pelos Estados são produzidas a partir de conceituações genéricas e generalizantes tanto do crime quanto do criminoso. Consensos sobre estereótipos, então, compõem as noções de crime em determinado momento espaço-temporal e conformam as respostas universalizantes para o fenômeno do desvio apresentadas em políticas criminais internacionais. Esse processo não é novo e já foi bem identificado na doutrina mais crítica sobre a questão, com foco especial na experiência latino-americana[64].

Segundo Jesús-María Silva Sánchez, o modelo de universalização do poder punitivo se constrói sobre um paradigma novo de crime que substitui o paradigma antigo, do Direito Penal clássico. Nas palavras do autor:

---

61. Segundo reconhecido, inclusive, os órgãos institucionais brasileiros como o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Veja-se em: [www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/sobre-a-lavagem-de-dinheiro]. Acesso em: 29.04.2018.

62. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *HC 77.771/SP*. Relatora Min. Laurita Vaz, publicação em 30.05.2008.

63. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.835*. Relator Min. Celso de Mello. Decisão em 13.10.2015.

64. DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004. especialmente p. 157 e seguintes.

> [...] o paradigma do Direito Penal clássico é o homicídio de um autor individual. Não parece desarrazoado sustentar que a maior parte das garantias clássicas do Direito Penal adquire o seu fundamento nessa constatação. O paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças). A delinquência da globalização é delinquência econômica, à qual se tende a assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções, ou é criminalidade pertencente ao âmbito da classicamente denominada "legislação excepcional", à qual se tente a assinalar menos garantias pelo enorme potencial de perigo que contém [...].[65]

Assim, enquanto uma política criminal baseada em um paradigma de homicídio, inerente ao Direito Penal clássico, é garantista por excelência e naturalmente dependente do modelo político baseado na soberania, uma política criminal que se sustente no plano da globalização – internacionalizada, portanto – terá como paradigma um novo tipo de delito, o delito econômico, ao qual se reserva um modelo menos pleno de garantias. E, portanto, uma política criminal internacionalizada tende a resolver os seus problemas penais seguindo esse novo paradigma de menor amplitude garantística e de ampliação do poder punitivo. É essa a perspectiva que deve terminar, portanto, orientando o legislador em tempos de universalização.

O problema é exatamente esse: o delito universalizado não é exatamente o delito econômico organizado e mesmo essa espécie é variável de acordo com cada ambiente onde é cometido. Entretanto, o processo de universalização da política criminal implica uma opção irradiante para o plano nacional que o modifica no sentido de aumento do poder punitivo e que tendem a rejeitar outras opções menos violentas que possam, aos olhos nacionais, serem usadas para a solução dos problemas.

Há poucas dúvidas de que, no plano internacional, a evitação e prevenção de crimes sempre ficaram em segundo plano. Veja-se o exemplo do genocídio: embora se trate de uma Convenção para a *Prevenção* e Repressão do Crime de Genocídio, o texto da Normativa dá evidente prioridade à repressão e não à prevenção. Nas palavras de Reisman:

> O movimento internacional dos direitos humanos celebrou os julgamentos de Nuremberg como uma vindicação dos direitos humanos e como a pedra fundamental da instalação de um regime de proteção internacional. A celebração tende a ofuscar o fato de que não foram feitos esforços para parar ou

65. SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedade pós-industriais. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 93-94.

> prevenir o genocídio que levou aos julgamentos de Nuremberg. O precedente de Nuremberg tampouco evitou, mais tarde, atrocidades nos Bálcãs, Camboja, Ruanda e Sudão, para mencionar alguns. Nuremberg determinou, entretanto, um irônico precedente. Em cada um desses assassinatos em massa, pouco ou nenhum esforço foi feito para preveni-los ou pará-los; pelo contrário, a estratégia preferida sempre foi "nurembergiana" – esperar que os assassinatos em massa parassem por si sós e, então, estabelecer tribunais penais.[66]

Se é verdade que a perspectiva internacionalizante segue sempre no sentido do aumento do punitivismo e da "ampliação extraterritorial das leis estatais[67]", e se esse modelo constrói uma rede inexorável de constrangimento punitivista aos Estados e, consequentemente, ao legislador (como reconhece a doutrina na existência de mandados internacionais de criminalização), então é de se imaginar que a política criminal internacionalmente construída servirá apenas a aumentar a eficiência da validade da norma penal incriminadora, nacional ou internacionalmente. Mas pouco fará para lidar com o problema do crime para além da punição, ignorando-se os fatores criminógenos. Ao fim das contas, o *perpetuum mobile* determinado por essa equação é o recrudescimento do sistema punitivo, constituindo-se um Estado de polícia, sem que se diminua a criminalidade, sustentado pela fé na prevenção geral.

Nesse contexto, impedem-se medidas locais que adotem outras posições diante do desvio, o que contraria as noções mais básicas de uma política criminal eficiente. De fato, uma resposta adequada à criminalidade obriga o legislador a dar atenção particular às condições locais do fenômeno criminal, tanto buscando e reconhecendo fatores criminógenos quanto definindo estratégias de combate à violação dos direitos humanos, neutralizando, então, as determinações, ainda que não determinantes isoladamente, da criminalidade[68]. Para isso é fundamental que as políticas criminais levem em consideração, segundo Jorge de Figueiredo Dias, o *se* e o *como* da repressão penal[69], condição para a qual o contexto local é fundamental. Se, de fato, em certas condições, a repressão penal é efetivamente

66. REISMAN, W. Michael. Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder. In: *Case Western Reserve Journal of International Law* (2007-2009), n. 40, p. 60 (tradução livre).

67. SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. Op. cit., p. 103.

68. MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 546.

69. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 156.

necessária, em outras, caminhos diversos, tais como reparações ou comissões de verdade, serão mais eficientes segundo critérios de ordem histórica e política que conclamam a soluções particulares para casos específicos[70].

Daí que a descentralização das opções conformadoras das políticas criminais é essencial. O desenho do pacto social moderno, especialmente diante das características do processo de globalização, demanda respostas complexas, conglobantes de uma "estratégia jurídica, política, econômica e cultural[71]" capaz de um controle democrático da criminalidade e que redefinam "de maneira correta a relação entre economia e desenvolvimento humano[72]".

Nesse sentido, escapar da lógica formal de aplicação obrigatória da pena, conforme determinada pelos assim chamados, embora discutíveis, mandados internacionais de criminalização, em favor de opções nacionais e comunitárias que deem interpretações holísticas ao fenômeno do crime, mais adequadas à recuperação do tecido social rompido pela violência do desvio, pode ser uma opção além de viável, necessária ao Direito Penal democrático. Opções restaurativas, comissões de verdade, variáveis de controle parapenal etc., são apenas algumas das medidas que não precisam ser tomadas como "second best"[73] na lida com o crime, mesmo diante de ordenações internacionais que determinam a solução pela pena.

5. Conclusões

O presente texto pretendeu demonstrar como existe uma tendência internacional, produzida apenas recentemente, mas de forma contundente, ao recrudescimento do poder punitivo e como essa perspectiva pode constranger o

70. Entre tais critérios, por exemplo, seria essencial perquirir pelas divisões quantitativas de minorias em uma sociedade pós-conflitual, se mais de um grupo esteve envolvido nas violações de direitos humanos, se houve mudança de grupos no poder e se aqueles que estão atualmente no governo não são também responsáveis por atrocidades, quanto tempo se passou desde a ocorrência dos conflitos etc. MINOW, Martha. *Between vengeance and forgiveness*: facing history after genocide and mass violence. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998. p. 133-135.

71. BARATTA, Alessandro. Ecologia, economia, democracia e il Patto Sociale della Modernità. In: *Dei Delitti e Delle Pene*, 1-2, Ed. Scientifiche Italiane, 2000. p. 22 (tradução livre).

72. BARATTA, Alessandro. Ecologia, economia, democracia e il Patto Sociale della Modernità. In: *Dei Delitti e Delle Pene*, 1-2, Ed. Scientifiche Italiane, 2000. p. 19 (tradução livre).

73. LAFER, Celso. Justiça, História, Memória: reflexões sobre a Comissão da Verdade. 2012. *Exposição apresentada no seminário internacional História Contemporânea*: Memória, Trauma, Reparação. Rio de Janeiro: IH/IFCS (UFRJ), 10 de maio de 2012.

legislador penal nacional. Isso ocorre, tanto pelas ordens internacionais determinadas em uma ampla rede normativa internacional de criminalização, que obriga os Estados a aumentarem seu poder punitivo para estarem de acordo com as políticas internacionais penais, quanto pela construção de um arcabouço institucional internacional capaz de exercer ele mesmo o poder punitivo (como ocorre, por exemplo, com o Tribunal Penal Internacional).

Essa estrutura é determinada pela ampla conclusão de um sistema de valores internacionais que reforça as matrizes do recente processo de globalização econômica a movimentar as relações internacionais. Em uma gramática praticamente unívoca, esses valores parecem se representar em conceitos universalizantes que demandam a proteção penal e que são imperativos para qualquer país que queira operar no tabuleiro internacional de modo minimente eficiente. Em um mundo globalizado, esse plano de valores compete com as orientações constitucionais de um país, adote-se o modelo monista ou dualista, o que pode implicar choques importantes a serem resolvidos pelo titular do poder legiferante. Importa lembrar que, embora essa condição possa produzir problemas que arriscam até mesmo sistemas estáveis de garantias penais internos, esse fenômeno é inexorável e constrange os países a se adequarem às novas plataformas punitivas internacionais se quiserem realmente participar de forma eficiente das relações internacionais contemporâneas. Nessa perspectiva, parece haver pouco o que se fazer contra isso, tudo indica, senão se adequar normativamente a essa nova realidade.

Enfim, a presente pesquisa permite arriscar algumas conclusões sobre o tema:

(i) Há uma clara tendência à universalização de conceitos penais na contemporaneidade. Esse processo cria limites, tanto positivos quanto negativos ao legislador nacional. No plano positivo, o legislador precisa adaptar o sistema normativo para suportar as pressões internacionais que são exercidas sobre o poder punitivo e sobre o Direito Penal nacional, criando novos tipos, novos procedimentos e aumentando o processo de cooperação penal. No plano negativo, o legislador está constrangido a não poder adotar certas medidas que representem opções descriminalizantes ou não penais para certas espécies criminosas;

(ii) Essa universalização alcança qualquer país que queira ser minimamente ativo no plano internacional. De fato, essa experiência internacional totalizante criou situações delicadas em vários casos, mas as respostas penais nacionais aos imperativos internacionais tende a ser de submissão, talvez, justamente, pela demanda dos Estados de aumento de sua participação no tabuleiro político e econômico internacional. Não é fácil ou simples rejeitar as pretensões penais universais, pois isso pode implicar consequências desastrosas: países que não cooperam com o modelo não são aceitos ou são considerados párias e isso

influencia de forma direta as questões de relações internacionais, especialmente, no que diz respeito a transações comerciais e financeiras;

(iii) Entretanto, a internacionalização do poder punitivo pode produzir problemas importantes para a gestão do crime no plano nacional. De fato, a tendência à internacionalização normativo-dogmática revela que a adoção de institutos internacionais, sejam eles processuais ou materiais, embora inevitável, precisa ser realizada com parcimônia e cautela. O uso de figuras internacionais implica, tanto por parte do legislador quanto do operador do Direito, um cuidado ampliado com a comparação como método e com o fim a que se destina a importação da experiência universalizada. Porque extremamente sensível ao desequilíbrio de seus institutos clássicos, a justiça penal demanda um tratamento que não faça da importação de conceitos um mero transplante – o que sempre pode produzir, como se sabe, anomalias sistêmicas graves e rejeições[74]. A experiência europeia, porque muito avançada nesse plano, serve de exemplo. Em certos temas, como fica evidente na perspectiva identificada por Cavaliere, especialmente no que tange aos crimes de terrorismo e crime organizado, os países terminam obrigados a usar limites menores de proteção do indivíduo e garantias constitucionais em favor de um conjunto de regras universalizantes determinadas por padrões internacionais[75]. Nesse sentido, vale apontar o que aconteceu na corajosa experiência timorense. No caso da antiga colônia portuguesa, a reorganização determinada pela atuação das Nações Unidas implicou a adoção de um estatuto de crimes internacionais a ser aplicado para fatos que já haviam sido cometidos em território timorense. Depois de anos aplicando a normativa *ad hoc*, as cortes timorenses reconheceram a clara violação da anterioridade da Lei penal e, por conseguinte, passaram a rejeitar as medidas internacionais em favor da adoção da legislação portuguesa que vigeu na ilha até meados da década de setenta[76], em um processo que ensejou poucos problemas práticos, mas prestigiou de forma evidente os princípios garantistas do Direito Penal. É de se ter cuidado, portanto, para que, no futuro, a opção brasileira não precise ser suplantada por medidas que afastem as normativas internacionalizadas *a posteriori*, criando dissabor internacional, em favor da garantia de direitos individuais;

(iv) No plano da política criminal, também essa tendência constrange o legislador nacional a adotar posições punitivistas para a solução de diversos problemas

74. Sobre o tema dos "transplantes jurídicos": LEGRAND, Pierre. The Impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.

75. CAVALIERE, Antonio. Op. cit., p. 53-74.

76. TIMOR LESTE. Tribunal de Recurso. *Processo 36/CO/2010/TR*. Relator Juiz Rui Manoel Barata Penha. Decisão de 28.05.2010.

que, em certa medida, sequer assolam os territórios de países hegemônicos no plano internacional, responsáveis maiores pela produção das políticas criminais internacionais, porque muito mais estáveis econômica e socialmente e, portanto, menos sujeitos a graves violações de direitos humanos. Nesse sentido, escapar de uma lógica penal internacional que se centraliza na aplicação da pena como critério de solução de problemas penais parece ser um imperativo de gestão adequada do crime que deve ser reconhecido pelo legislador e deve servir de critério importante de orientação da sua atuação. Há indicação, portanto, de que os mandados internacionais de criminalização precisam ser revistos nessa seara e, por vezes, inclusive, rejeitados para que se consiga lidar com o crime de uma forma efetivamente eficiente. Pois eficiência na gestão da criminalidade não implica, necessariamente, o aumento do poder punitivo.

É de se lembrar que, se políticas criminais adequadas precisam necessariamente ser pensadas localmente, levando em consideração as condições estruturais de uma sociedade, como defendem BARATTA[77], MOLINA[78] etc., então é certamente duvidoso que uma política criminal adotada internacionalmente possa dar conta dos problemas nacionais. Nesse sentido, é forçoso concluir-se que a existência de mandados internacionais de criminalização pode ser contraproducente no que tange à lida com o crime e, mais do que isso, pode representar problemas graves de ordem sócio-política por impedir, especialmente em países em desenvolvimento, a adoção de medidas eficientes de gestão de problemas sociais que possam, como efeito reflexo, servir à diminuição da criminalidade.

6. Referências

AMBOS, Kai. *Pena sem soberano? Ius puniendi* e função do direito penal internacional: dois estudos para uma teoria coerente do direito penal internacional. Trad. Eneas Romero de Vasconcelos, Gustavo Badaró, Julia Magalhães Jeuken. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

BARATTA, Alessandro. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. *Diritti dell'Uomo e Sistema Penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. v. I. p. 327-345.

77. Sobre o conteúdo de uma política criminal adequada, veja-se: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale*. Bologna: Il Mulino, 1982; BARATTA, Alessandro (a cura di). Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. *Dei Delitti e Delle Pene*: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, anno III, n. 3, p. 443-473, settembre-dicembre, 1985.

78. DE MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*: uma introdução a seus fundamentos teóricos. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 275-277.

BARATTA, Alessandro (a cura di). Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. *Dei Delitti e Delle Pene*: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, anno III, n. 3, p. 443-473, settembre-dicembre, 1985. BARATTA, Alessandro (a cura di). Ecologia, economia, democracia e il Patto Sociale della Modernità. *Dei Delitti e Delle Pene*, 1-2, Ed. Scientifiche Italiane, p. 9-24, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAZELAIRE, Jena-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional*: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia. Barueri, SP: Manole, 2004.

BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Terra e Paz, 1999.DE CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*: um Estudo Criminológico e Dogmático. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia:* uma introdução a seus fundamentos teóricos. São Paulo: Ed. RT, 1992.

DEL GROSSI. *A defesa na cooperação jurídica internacional penal*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2014.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua Criminologia.* Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga.* Rio de Janeiro: Revan, 1990;

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DISSENHA, Rui. *Por uma política criminal universal*: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Curitiba: IFDDH, 2016.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Crime Organizado*. Disponível em: [icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/crime_organizado.pdf].

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a Distinção entre Autor e Partícipe no Direito Penal. *Revista dos Tribunais*, v. 933, julho de 2013.GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena.* Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. *Corso di Diritto Pentenziario.* Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004.

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAFER, Celso. Justiça, História, Memória: reflexões sobre a Comissão da Verdade. 2012. *Exposição apresentada no seminário internacional História Contemporânea*: Memória, Trauma, Reparação. Rio de Janeiro: IH/IFCS (UFRJ), 10 de maio de 2012.

LEGRAND, Pierre. The Impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo*: o problema da chamada "cegueira deliberada". Universidade Federal do Paraná. Tese de Doutorado. 2017.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. INFOPEN, junho de 2014.

MINOW, Martha. *Between vengeance and forgiveness*: facing history after genocide and mass violence. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

ONU. *Declaração do Rio sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente*. Disponível em: [www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf].

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. v. I.

PIERRE, Dardot; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 14, n. 62, p. 9-55, set./out. 2006.

REISMAN, W. *Case Western Reserve Journal of International Law* (2007-2009), n. 40.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de janeiro: Editora Revan, 2004.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedade pós-industriais. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. El derecho penal ante la globalizacion y la integracion supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, p. 65-78, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SCALCON, Raquel Lima. Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização. Podemos manter o legislador ordinário penal na prisão? *Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul./2009.

SCHIOCCHET, Taysa (Coord.). *Bancos de dados genéticos para fins de persecução criminal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 3, set.-dez. 2013.

SOLER, Sebastian. Causas de justificação da conduta. *Revista de Direito Penal*, n. 5, jan.-mar. 1972.

SOZZO, Maximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC.

TIMOR LESTE. Tribunal de Recurso. Processo 36/CO/2010/TR. Relator Juiz Rui Manoel Barata Penha. Decisão de 28.05.2010.

VOGUE, Joachim R. La internacionalización del Derecho Penal y del Processo Penal. *Revista Penal,* n. 22, Julio, 2008.

VON HIRSCH, Andrew; BOTTOMS, Anthony E.; BURNEY, Elizabeth; WIKSTRÖM, P-O. *Criminal deterrence and sentence severity*: an analysis of recent research. Oxford: Hart Publishing, 1999.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Competência para os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, de Haroldo Valladão – *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/243-255 (DTR\2012\698);
- Direitos humanos e o direito internacional penal, de Hélvio Simões Vidal – *RT* 877/467-483 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/727-750 (DTR\2008\686);
- Justiça penal internacional: do relativismo ao universalismo de valores?, de Tupinambá Pinto de Azevedo e Fernanda Figueira Tonetto – *RBCCrim* 120/159-199 (DTR\2016\20118); e
- O processo de modificação do princípio de jurisdição universal na espanha: um novo retrocesso na luta contra a impunidade, de Javier Chinchón Álvarez e Claudia de Miranda Avena – *RCP* 13/7-47 (DTR\2010\622).