Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 25 • vol. 129 • março / 2017

Dossiê "Encarceramento em Massa"

Editora-associada – Érica Babini L. do Amaral Machado

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 129 • março / 2017

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Fernanda Regina Vilares

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

EDITORA-CHEFE – Fernanda Regina Vilares

EDITORES-ASSISTENTES – Ana Carolina Carlos de Oliveira, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Leonhardt, Pedro Castro e Vinicius Gomes de Vasconcellos.

EDITORA-ASSOCIADA – Érica Babini L. do Amaral Machado

EDITORES-EXECUTIVOS – Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Ada Pellegrini Grinover (USP – São Paulo/SP); Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália); Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP); Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia); Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal); Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha); Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha); Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP); Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP); Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha); Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha); Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha); Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha); Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal); Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha); David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália); Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha); Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá); Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha); Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha); Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha); Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile); Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) ; João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal); Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal); José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha); José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal); Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina); Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR); Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha); Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha); Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR); Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal); Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal); Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia); Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina); Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP); Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha); Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS); Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal); Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile); Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai); Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR); Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha); Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália); Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha); Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Adriana Borghi (UMC – Mogi das Cruzes/SP); Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt/ALE); Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS – Porto Alegre/RS); Camilla Marcondes Massaro (PUCC – Campinas/SP); Carla Silene Bernardo Gomes (CCPPMG – Belo Horizonte/MG); Érika Mendes de Carvalho (UEM – Maringá/PR); Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS – Porto Alegre/RS); Felipe da Veiga Dias (Faculdade Meridional – Passo Fundo/RS); Guilherme Francisco Ceolin (UNOCHAPECO – Chapecó/RS); Helena Lobo da Costa (USP – São Paulo/SP) ; Jônicas Marques Coura Aragão (UFCG – João Pessoa/PB); Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Leonardo Massud (PUCSP – São Paulo/SP); Luís Carlos Valois (TJAM – Manaus/AM); Oliveiros Guanais (Universitat Pompeu Fabra – ESP); Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS – Porto Alegre/RS); Sérgio Salomão Shecaira (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE DOSSIÊ)

Ana Claudia Cifali (PUCRS – Porto Alegre/RS); André Carneiro Leão (UFPE – Recife/PE); Bruno Tadeu Buonicore (Goethe Universität Frankfurt am Main - ALEM); Carolina Amorin (PUCSP – São Paulo/SP); Clara Masiero (UNISINOS - Rio dos Sinos/RS); David Leal da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS); Eduardo Saad Diniz (USP – São Paulo/SP); Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS); Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR); Hugo Leonardo Rodrigues Santos (UFAL – Arapiraca/AL); Ísis de Jesus Garcia (UFSC – Curitiba/SC); Karina Vasconcelos (UNICAP – Recife/PE); Leandro Ayres França (PUCRS – Porto Alegre/RS); Luís Carlos Valois (TJAM – Manaus/AM); Manuela Abath Valença (UnB – Brasília/DF); Marcus Alan Gomes (UFPA – Belém/PA); Paula Rocha Wanderley (Associação Caruaruense de Ensino Superior– Caruaru/PE); Pedro Jorge Costa (MP – Recife/PE); Plínio Nunes (USP – São Paulo/SP); Rosane Teresinha Carvalho Porto (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS); Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho (PUCRS – Porto Alegre/RS)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (FDR/UFPE – Recife/PE); Bruna Azevedo (CUT – Uberlândia/MG); Bruna de Carvalho Santos Pineschi (PUCSP – São Paulo/SP); Camila Damasceno de Andrade (PPGD/UFSC – Florianópolis/SC); Carolina Costa Ferreira (UniCEUB – Brasília/DF); Cristhovão Fonseca Gonçalves (Faculdade Sete de Setembro – Paulo Afonso/BA); Daniel Aquino de Sousa (PUCSP – São Paulo/SP); Danilo José Viana da Silva (PPGD/UFPE – Recife/PE); David Garland (New York University - EUA); Flora Sartorelli Venâncio de Souza (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Guilherme Lucchesi (PPGD-UFPR – Curitiba/PR); Hamilton Gonçalves Ferraz (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Letícia Burgel (PUCRS – Porto Alegre/RS); Luciano Oliveira (UNICAP – Recife/PE); Maximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral - ARG); Patrick Luís Tavares (CEM01 – Brasília/DF); Paulo Maycon Costa da Silva (Universidade de Coimbra - PT); Ricardo C. de Carvalho Rodrigues (Estácio do Recife – Recife/PE); Ronny Peterson Nunes dos Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Sirlene Nunes Arêdes (FMC – Belo Horizonte/MG)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN.1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 129 • março / 2017

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação (editora-chefe)
Fernanda Regina Vilares

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



© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

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

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [03-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [24.01.2017]



ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 129 • março / 2017

Coordenação (editora-chefe)
Fernanda Regina Vilares

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.º Vice-Presidente
Alexis Couto de Brito
2.ª Vice-Presidente
Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário
Renato Stanziola Vieira
2.º Secretário
Carlos Roberto Isa
1.º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
André Adriano Nascimento e Silva
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

André Pires de Andrade Kehdi
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

Ouvidor

Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali
Comunicação e Marketing
Humberto Barrionuevo Fabretti
Convênios
João Paulo Martinelli
Cooperação Jurídica Internacional
Silvia Steiner
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies S. Santos
Iniciação Científica
Natália Macedo Sanzovo
Journal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Daniela Skromov
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias
Frederico Normanha de Almeida
Núcleo de Pesquisas

Maíra Zapater
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Fernanda Regina Vilares
Revista Liberdades
Ivan Luis Marques da Silva
Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi

Presidentes das Comissões Organizadoras

23.º Seminário Internacional
Alexis Couto de Brito
21.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente
Rafael Serra de Oliveira

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 129 • março / 2017

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrativos Editoriais: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção, Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Bryan Macedo Ferreira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Estagiários: Larissa Gonçalves de Moura e Sthefany Moreira Barros

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Dossiê especial – Encarceramento em Massa

Editorial Dossiê "Encarceramento em massa": do conceito à prática – Um enfrentamento criminológico da política criminal a partir da realidade marginal

Érica Babini L. do Amaral Machado 17

Análise estatística da reincidência penal brasileira e a função preventiva especial positiva da pena privativa de liberdade

Statistical analysis of Brazilian criminal recidivism and the preventive special positive function of the prison sentence

Bruna de Carvalho Santos Pineschi e Daniel Aquino de Sousa 39

O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino

The modern penal control: coloniality of power and female imprisonment

Camila Damasceno de Andrade 69

Nas redes da proibição: crack, polícia e segurança pública na Grande Recife

In the networks of prohibition: crack, police and public security in greater Recife

Cristhovão Fonseca Gonçalves..... 107

O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil

Legislative impact assessment as possible way to avoid mass incarceration in Brazil

Carolina Costa Ferreira 137

Tendências do processo de administração da pobreza em um governo antipobre

Tendencies in the poverty management process in an anti-poor government

Danilo José Viana da Silva e Alexandre Ronaldo da Maia de Farias 181

Penal power in America: forms, functions and foundations
Poder punitivo na América: bases, formas e funções
David Garland 217

A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ
The responsibility of the Brazilian judiciary in the juvenile mass incarceration: a case study on the HC 346.380-SP, STJ
Flora Sartorelli Venâncio de Souza e Hamilton Gonçalves Ferraz 257

As plantas do jardim de Hulsman: discutindo o abolicionismo penal e o abolicionismo carcerário
Hulsman´s plant garden: discussing penal abolishment and prison abolishment
Luciano Oliveira 285

¿Más allá de la 'tesis de la penalidad neoliberal'? Giro punitivo y cambio político en América del Sur
Beyond the 'neoliberal penality thesis'? Policial change and ounitive turn in South America
Máximo Sozzo..... 321

Continuidade autoritária: as bases para o grande encarceramento
Authority continuity: the basis for the great jail
Ricardo C. de Carvalho Rodrigues 349

Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana
Privatization of prisons in Brazil: analysis in the light of a potential retreat of the American experience
Ronny Peterson Nunes dos Santos..... 375

Direito Penal

O bem jurídico-penal europeu e a competência legislativa em matéria penal da União Europeia
The european criminal legal object and the law-making competence in criminal matters of European Union
Paulo Maycon Costa da Silva..... 409

Âmbito constitucional de aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador

Constitutional spheres of application of Criminal Law and Administrative Law

Sirlene Nunes Arêdes 435

A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470

The willful blindness theorie in the Criminal Action 470

Letícia Burgel 479

Crime e Sociedade

Direito penal para "menores". Discursos de expansão e redução propagados pela imprensa

Criminal law for "minors". Discourses of expansion and reduction spread by the press

Guilherme Brenner Lucchesi, Bruna Gabriela Tavares e Azevedo e Patrick Luis Tavares de Oliveira 509

Índice Alfabético-remissivo

Autores 545

Temas 547

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 551

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 561

Condições para Submissão (*CheckList*) 567

Edital – Chamada de artigos – Dossiês 2017 569

Editorial Dossiê "Encarceramento em massa": do conceito à prática – Um enfrentamento criminológico da política criminal a partir da realidade marginal

Érica Babini L. do Amaral Machado

Editora-associada do dossiê "Encarceramento em massa" na RBCCRIM. Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e Professora do Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação da UNICAP. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.
ericababini@hotmail.com

Área do Direito: Penal

O Dossiê "Encarceramento em massa" apresenta um panorama geral de discussões sobre a questão que, não obstante ter se tornado um fenômeno mundial, guarda contornos específicos a depender de localidades. Os textos apresentados variam conforme o conceito, pois, enquanto categoria analítica, ora trata de números puros – a vertente quantitativa da matéria – ora de elementos qualitativos que dizem respeito aos efeitos atuais (e prolongados) da política de aprisionamento.

Do ponto de vista quantitativo, o número de pessoas presas atingiu níveis inimagináveis no século XX em vários países do globo, tendo a virada punitiva o marco nos Estados Unidos da América do Norte – EUA que chega a manter a maior população carcerária do mundo; seguidos de China, Rússia e Brasil. Esse último, com cerca de 622 mil presos, de acordo com os últimos (BRASIL, 2016).

Ocorre que até mesmo na tradição anglo-saxônica, onde foi cunhado o termo, é imperioso discutir o alcance do significado encarceramento em massa,[1]

1. Sim, porque até mesmo há de se questionar se são os índices da população encarcerada suficientes para indicar que determinada sociedade convive com o encarceramento em massa. Problematizando essa questão D. Nelken aponta que uma sociedade pode apresentar baixos índices de encarceramento e ser muito punitiva, como é o caso da Itália com processos de longa duração, a ponto de, mesmo com a absolvição,

até porque recentemente há um ar de esperança na mudança da política criminal com a queda dos níveis de aprisionamento nos EUA (SIMON, 2014).

David Garland e Maximo Sozzo[2] argumentam como se dá o crescimento da população encarcerada nos EUA e na América do Sul respectivamente, debatendo, a partir de perspectivas teóricas próprias, as possíveis causas da virada punitiva nas regiões. Não obstante as análises situadas, destaca-se em ambos os textos a vertente epistemológica do conceito encarceramento em massa, uma vez que pontuam a necessidade de interpretação do fenômeno a partir de lentes teóricas que levem em conta dados das realidades locais.

Nesse sentido, a interpretação social muito comum de tomar o encarceramento em massa como um modo funcional do governo neoliberal, incluindo elementos de raça e classe ao lado do aprisionamento, tal qual outros sistemas de estratificação e segregação, como explica L. Wacqüant (2003), é necessária mas insuficiente.

Na perspectiva de David Garland, a punição na América do Norte não é uma simples forma de retribuição, opressão racial ou governança neoliberal. Ele também leva em conta os efeitos sociais do fenômeno que passaram a ser não mais o encarceramento de pessoas individualmente, mas a normalização do aprisionamento sistemático de grupos de população, o que nos EUA é o de jovens negros (GARLAND, 2001). Assim, aponta que não seria o encarceramento em massa o resultado de uma construção política institucional racionalmente deliberada, mas o saldo de um conjunto de outras políticas e decisões associadas pelo realinhamento social, político, cultural e econômico da queda do Estado de bem estar social e as inseguranças de um governo neoliberal que implicam novos padrões de "controle social informal e ação estatal", em que o poder punitivo enfatiza o controle acima de qualquer outra coisa e visa "minar a capacidade da sociedade de realizar o controle social, e não no sentido de incentivar essa capacidade vital do grupo coletivo".

Isto é, o autor discute o modelo de penologia norte-americano e pondera que as causas também podem ser explicadas a partir da categoria analítica desenvolvida em "Cultura do Controle" (GARLAND, 2008) de que há uma ligação entre os padrões das estruturas sociais e econômicas de crime e punição a partir da análise do controle social (formal e informal).

já ter sido o percurso processual uma pena em si. Ou seja, há muitos outros indicadores para mensurar a punitividade... (NELKEN, 2005).

2. Na verdade, Sozzo já apresenta essa preocupação desde outrora, quando aponta a necessidade de evitar dependências culturais, devendo considerar, necessariamente, a realidade sociopolítica concreta do continente latino americano (SOZZO, 2003).

No texto deste dossiê, Garland enfatiza que debilidades do controle social informal, decorrentes do modelo neoliberal, onde surgem novos riscos, altos índices de criminalidade, medos – "onde armas são artefatos rotineiros nas interações sociais", demandas por controle da violência etc., implicam novas formas de a coletividade reagir ao delito e consequentemente o próprio Estado em realizar o controle social formal. O sentido do encarceramento em massa está assentado nessas perspectivas.

Ainda na seara epistemológica do conceito, mesmo considerando a insuficiência de dados quantitativos para discutir encarceramento em massa, Maximo Sozzo apresenta um panorama do giro punitivo nos países da América do Sul e indica que, para além da interpretação de Wacqüant, é preciso levar em conta "processos endógenos que se inscrevem em trajetórias peculiares".

M. Sozzo descreve avanços e quedas nos índices de aprisionamento nos governos de esquerdas dos países do cone sul, argumentando existir uma ambivalência entre um populismo penal e a queda das taxas de encarceramento, resultado de uma série de variáveis políticas que vão desde "a) composição heterogênea da aliança governamental [...] e) o peso das visões difundidas entre os atores penais e reproduzidas em suas culturas institucionais".

Para ele, não se trata somente de uma herança neoliberal, em que crises de legitimidade, gestadas em crises econômicas, impulsionam programas de "mão dura" e a politização da questão do delito e da pena, em busca de consensos políticos e eleitoreiros. Exemplificando com dados da Venezuela e Bolívia, M. Sozzo sustenta a hipótese de que "o peso de causas próximas são as que permitem compreender mais detalhadamente a produção do giro punitivo", de modo que não basta somente tratar em termos de um legado neoliberal.

Como se percebe, o conjunto destas discussões que envolvem o conceito de encarceramento em massa, evidencia o imperativo epistemológico de se pensar localmente para evitar novas dependências culturais (DEL OLMO, 2004), levando em conta, especialmente, que "nossa região marginal tem uma dinâmica que está condicionada por sua dependência e nosso controle social está a ela ligado" (ZAFFARONI, 2003, p. 66).

É exatamente essa a trilha do trabalho de Camila Damasceno: "entendendo que a mera absorção dos saberes nascidos nos países centrais não é capaz de dar conta das singularidades do controle punitivo nas sociedades periféricas". Trata da necessidade de uma análise decolonial, como uma espécie de resistência acadêmica livre de eurocentrismos, para compreender o crescimento do encarceramento feminino no Brasil, porquanto a origem do controle penal moderno implicou processos de hierarquização de raças, classe e gênero na configuração do poder mundial.

Exatamente, a partir da daqui, como indica Dussel, é preciso negar "o mito civilizatório e a inocência da violência moderna" (2005, p. 61), pois, a matriz colonial não deixou de existir, na medida em que se verificam relações assimétricas. Se o colonialismo, enquanto soberania política e econômica se extinguiu; a colonialidade, como resultado desse outro que define padrões de cultura, trabalho e relações intersubjetivas, se mantém (BRAGATO, 2016).

Nesse sentido, tendo o controle penal origem na modernidade liberal e aperfeiçoamento na construção da ideologia da defesa social, no século XIX, a partir do positivismo criminológico, sua expansão para as Américas se dá no momento da expansão colonial, fazendo com que a América Latina adentrasse na modernidade explorada e espoliada, tendo que se adequar ao mito da superioridade da civilização moderna. Porém, se a modernidade significou a emancipação da Europa, foi sacrificial em relação aos explorados, de modo que é possível "chama-los de bárbaros com relação às nossas regras de razão" (DUSSEL, 2005, p. 63).

O texto de Camila Damasceno vai além da lupa decolonial porque discute

> outro instrumento de dominação social universal, mais antigo, inclusive, do que os elementos de raça e classe [...]. Trata-se da organização social de gênero que toma as diferenças biológicas entre homem e mulher como critério para hierarquiza-los socialmente.

Tomando por base a interseccionalidade de entrelaçamento entre raça, gênero, classe e sexualidade, aponta como o colonialismo se mantém com abordagens teóricas falocêntricas em desfavor de mulheres não brancas e com isso o imperialismo impõe seus costumes, colocando a subjetividade da mulher do terceiro mundo subjugada à do colonizador.

Nesse sentido, a mulher oprimida é o outro, tal qual o é no mundo periférico "o índio sacrificado, o negro escravizado, [...] a criança e a cultura popular alienadas etc." (DUSSEL, 2005, p. 65). Como "outro", considerando que subsiste "um *continuum* metódico punitivo, desde a colonização, o mercantilismo e a escravidão, até a globalização do capitalismo" (ANDRADE, 2012, p. 108); o controle tem que existir.

Na linha da interseccionalidade, com que discute Camila, é indispensável ponderar que está se tratando do corpo da mulher negra "marcado simultaneamente pelo sexismo, pelo racismo, e também pelo classismo [...] que se materializa no Brasil contemporâneo nas figuras da mulata e da empregada doméstica" (BERNARDES, ALBUQUERQUE, 2016, p. 723) ou quando fora do mercado lícito, na mulher criminosa. Ou seja, a evidência empírica do que está

dito, aponta a autora, está no crescimento exponencial[3] do aprisionamento de mulheres negras e que contrariam as normatizações do papel de mulher da cultura patriarcal, que solteiras, desempregadas e mães, adentram no mercado do tráfico e outras formas definidas como ilícitas de aquisição de renda.

A par de tudo o que foi dito, na realidade brasileira alguns operadores analíticos devem ser fazer presentes em qualquer interpretação: o fato de possuir heranças violentas e autoritárias que marcam a sociabilidade, profundas desigualdades econômicas e a inflexibilidade da hierarquia social, bem como a vivência de regimes autoritários. Ou seja, dois elementos[4] são fundamentais de se levar em conta: a escravidão, enquanto estrutura que unifica toda a história e instituições brasileiras e a cordialidade (HOLANDA, 1956, p. 209) que indica uma sociabilidade de aceitação pacífica da violência, incorporando-a como uma prática, à cultura.

Desse modo, não se pode perder de vista que no Brasil o Estado nunca consolidou o monopólio sobre a violência física e nunca conseguiu estatuir leis confiáveis, que mediassem as relações entre os indivíduos. O resultado foi que, em lugar de uma reversão das relações agressivas, o que existiu, ao longo de toda sua história, foi a persistência de valores que cultuam a força como alternativa amplamente utilizada entre a população para solucionar conflitos (LIMA, 2013, p. 5).

Aqui, o ciclo de autoritarismo não foi rompido. Ricardo de Carvalho enfatiza esse processo de transição e as bases do encarceramento em massa, no seu texto. Apresenta o dilema do novo regime democrático, após "superação" do autoritarismo, de ter o monopólio da violência e fazê-la dentro da legalidade, cujo resultado é a "falta de controle das formas de coerção".

3. No período compreendido entre os anos de 2000 e 2014, enquanto o do encarceramento masculino aumentou 220,20%, o número de mulheres encarceradas no Brasil aumentou em 567,4 %. Dados do Infopen. Ministério da Justiça.

4. É bem sabido o problema das fontes (cartas e relatos de viajantes) com as quais trabalha Sérgio Buarque, bem como a forma como pensa o papel da tradição, especialmente as heranças coloniais que aponta marcarem, sobremodo, a sociedade brasileira na passagem para a modernização em 1930. Por outro lado, a crítica de Jessé de Souza do contínuo uso da obra de Sérgio Buarque de Holanda como uma forma de empobrecer o debate no país e o essencialismo que aquele autor expressa colocando o argumento do homem cordial como um encaixe conservador das elites, deixa a problemática da análise da categoria punitivismo no Brasil ainda mais confusa. Sem, porém, querer adentrar no debate epistemológico das ciências sociais, é preciso considerar essas categorias, no mínimo, constitutivas da sociedade brasileira.

Os avanços democráticos de eleições livres não foram suficientes para conter o sentimento de medo e insegurança ante o crescimento da criminalidade,[5] pois diante de estatísticas criminais oficiais que demonstravam o crescimento das modalidades de violência individual urbana – homicídio, roubo à mão armada, sequestros e estupros – só cabia à população a exigência de políticas de segurança pública.

Na década de 80, o influxo de crimes violentos foi ascendente,[6] não somente no Brasil, como em várias capitais mundiais.[7] Alba Zaluar (1989) mapeou que entre 1980-1991 foram vitimados 722 jovens de 13 a 25 anos em Cidade de Deus, conjunto habitacional popular no Rio de Janeiro, na "guerra perversa" contra as drogas.

A exemplificação da transição democrática inacabada é marcada em episódios violências de proporções internacionais. No mesmo período da superação dos arbítrios militares, conviveu-se com o massacre do Carandiru, da Candelária, de Vigário Geral, de Corumbiara e El Dourado dos Carajás, todos eles emblemáticos, para não mencionar os extermínios diários que têm em comum a presença de agentes do Estado, supostamente encarregados de fazer cumprir a recém Constituição Federal e seus direitos fundamentais, emblematicamente postos no núcleo intangível do art. 5.º (dentre outros) (BELLI, 2004).

---

5. As estatísticas criminais são matéria controvertida. No entanto, diversas análises apontavam para uma tendência mundial de crescimento de crimes relativos à integridade física dos indivíduos, de modo ser esta uma afirmativa relativamente consensual na sociologia criminal. (ADORNO, 1999).
6. Não se olvida o fato de que a construção de estatísticas, não obstante pretender ser neutra, uma ferramenta científica para o conhecimento da realidade social, é resultado de uma construção com visões particulares, como os números oferecidos a seguir que, em sua maioria resultam de registros oficiais da Polícia Civil, "cujas práticas e percepções particulares da criminalidade moldam a elaboração dos registros". Além das implicações das cifras ocultas (CALDEIRA, 2000, p. 9). Também são problemáticas as fontes que servem de subsídio para mensurar os dados, por exemplo, os números de homicídio. Os registros de mortalidade no Sistema de Informação sobre Mortalidade/SIM abrange, estima-se, 75% dos casos, com grandes déficits regionais. Há uma elevada proporção em causas mal definidas, inflacionando categorias de análise, levando à indefinição quanto à natureza da violência. (ADORNO, 1999).
7. Por exemplo, Washington em 1990 tinha uma taxa de 77,8 homicídios/cem mil habitantes; em 1986, este mesmo delito é registrado no Rio de Janeiro na variação de 50/cem mil habitantes (ADORNO, 1994).

Assim, o crescimento da criminalidade é marcado pela migração rural-urbana e pela retenção de bolsões de conflituosidade social, de modo que a segurança pública passou a ser uma demanda da opinião pública, imersa em sentimentos de insegurança, apoiado pelos meios de comunicação de massa (GOMES, 2015).

Neste cenário, a população assustada e imersa no medo, considerando que a "fala do crime é contagiante", reage com a demanda de mais segurança pública e no sentido da autoproteção, materializada na simbologia do muro, uma estratégia que simbólica e materialmente tem efeitos semelhantes "elas estabelecem diferenças, impõem diversas distâncias, constroem separações, multiplicam regras de evitação e exclusão e restringem os movimentos" (CALDEIRA, 2000, p. 9).

A resposta a este quadro é a expansão do modelo repressivo e as instituições de controle. Cenário que permanece até os dias atuais. O plano de Governo de Fernando Henrique Cardoso, na sua primeira gestão (1995-1998), já mencionava os desafios que ainda não foram superados: descrédito nas instituições públicas, ciclo crescente de impunidade, sistemática violação de direitos humanos, ações de grupos de extermínios e tráfico e uso de entorpecentes, além de reconhecer, na esfera judicial, o congestionamento e a morosidade da justiça; lançando, para a retomada do controle da criminalidade, programas de lei e ordem (ADORNO, 1999).

Do fim ao cabo o que se tem é uma tradição histórica de prevalência da ordem privada sobre a pública e a fragilidade da ordem legal, onde a subjetividade no cumprimento da função pública resulta em arbítrio, de modo que a democracia se depara com "traços do passado autoritário resistentes às mudanças" (ADORNO, 1994, p. 121) e termina por contaminar todas as instituições do sistema de justiça criminal, desde a polícia até o Judiciário.

Prova disto é manter a realidade brasileira níveis elevados de negação de garantias processuais, com atos seja da alta Corte Judicial do país, em que o Supremo Tribunal Federal distorceu princípio constitucional da presunção de inocência (HC 126.292/SP); até o primeiro grau de jurisdição, a exemplo da noticiada ordem judicial de busca e apreensão coletiva na cidade do Rio de Janeiro, à justificativa de uma situação de Estado de Exceção.[8] E mais, os elevadíssimos percentuais de presos provisórios que ultrapassam o patamar de 50% de pessoas presas (FBSP, 2016).

8. [www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus].

Aqui se pede licença ao recurso da transcrição da conclusão de Ricardo de Carvalho:

> O estado da arte da violência ilegal no Brasil nos transforma num país 'bipolar', onde as contradições entre as prescrições legais de respeito aos direitos e garantias de inspiração democrática convivem com as práticas autoritárias e a alta letalidade da violência policial, por exemplo. [...] Tudo isto nos sugere que a democracia ainda não se transformou num valor absoluto que, em si mesmo, pode convencer qualquer um de abrir mão de seus autoritarismos cotidianos, institucionalizados e normalizados.

Apesar de a necessidade de lupas locais de interpretação, ainda sim é possível manejar argumentos da teorização estrangeira. É exatamente o que faz Danilo Viana da Silva: cotejar aquelas teorias com a realidade pela qual passa a sociedade brasileira no ano de 2016, com os processos de impeachment e suas consequências.

Com o que denomina de reconfiguração de campos de poder, aposta o autor, que a deterioração de direitos sociais implicará no crescimento do Estado policialesco, tal como problematiza Wacqüant (2007, p. 126) de que

> a prisão é usada "para regular, se não perpetuar, a pobreza e para armazenar os dejetos humanos do mercado. Neste aspecto, a operação gargantuélica das casas de punição converge para – e complementa – a agressiva redução dos programas de bem-estar".

A preocupação de Danilo é apontar que os argumentos do governo que denomina "antipobre" para convencimento da população sobre a troca dos gastos públicos (menos investimentos em políticas públicas e mais aprisionamento) são estratégias retóricas para acúmulos de poder simbólico[9] para fins de legitimação.

Segundo o autor, argumentos do campo jurídico e universitário, utilizados pelos advogados do impeachment, assim como de alguns Ministros de Estado implicaram efeitos performativos, o que "corresponde a uma eficiente estratégia de dissimulação dos interesses particulares mediante uma retórica do 'bem comum' e do 'interesse comum.'", levando à "a construção da realidade por meio do discurso".

Trata-se, aqui do *habitus*, uma categoria sociológica discutida por Bourdieu (2004) que consiste em um sistema de disposições duráveis, "estruturas es-

9. "Um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnosiológica: o sentido imediato do mundo" (BOURDIEU, 2010. p. 8).

truturadas" predispostas a funcionar como "estruturas estruturantes", isto é, como princípio de geração e estruturação de práticas e representações que podem ser objetivamente "regulamentadas" e "regular" sem que o produto – obediência a regras – seja assumido conscientemente, mas que ao final das contas visa o controle de operações específicas necessárias para atingir determinado objetivo. É como uma forma de fazer com que os conteúdos se adaptem aos propósitos da estrutura que estrutura, sem no entanto assumir isto.

O efeito específico de mobilização dos campos de poder acadêmico, jurídico e da mídia, como argumenta Danilo, é o reconhecimento e da ignorância e da arbitrariedade dos discursos que foram manejados no impeachment; uma realidade que permite criar a aparente legitimidade das ações governamentais; tal como o poder simbólico, só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão "sujeitos ou mesmo que o exercem" (BOURDIEU, 2010, p. 8).

A proposta crítica de Bourdieu consiste em desmistificar as formas eufemizadas, mascaradas, do poder simbólico, como uma "tomada de consciência do arbitrário, revelando a verdade objetiva, aniquilando a crença" (2010, p. 15), uma destruição das ortodoxias, o que implica reconhecer a ênfase governamental no processo de encarceramento em massa, assim como estabelece a política neoliberal, para aqueles considerados "os consumidores falhos são os novos impuros já que o novo critério de pureza, ou de reordenamento, é a aptidão e a capacidade de consumo" (BATISTA, 2003, p. 79).

Os estranhos, não incluídos no mercado, não se encaixam no mapa estético do mundo, poluem-no, produzindo mal-estar e insegurança, devendo ser retirados de circulação. Os estranhos são os pobres que ameaçam a propriedade, cuja vida não é alvo de preocupação. Neste sentido a fórmula parece ser perfeita para um projeto neoliberal: excluir os pobres de cena + acalmar a insegurança dos que têm a propriedade ameaçada = punir cada vez mais a violação à propriedade. Não é por acaso que a destruição do Estado Social é concomitante e complementar ao avanço do Estado penal (WACQUANT, 2001, p. 7).

Nesse contexto, o Estado, aproveitando-se da função simbólica do Direito Penal, torna-se máximo, ao passo que torna-se 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" (ANDRADE, 2003, p. 27).

Diante desta batalha, restam implicações para a cidadania, e o Estado que era suscitado a manter a ordem jurídica, é seu maior violador. Trata-se, então,

de um embuste. Nas palavras de Zaffaroni (2001, p. 14): "sempre se soube que o discurso jurídico-penal latino-americano é falso".

Com base no cenário apresentado, os próximos textos aventam o processo de encarceramento em massa a partir de práticas da criminalização primária e secundária.[10]

Carolina Costa Ferreira brinda-nos com uma preocupação pragmática acerca da produção legislativa no país. Demonstra como a produção normativa entre 1940 e 2015 levou ao aprisionamento em massa, colocando a pena privativa de liberdade como o cerne da administração penal.

Entende a autora que o *Estudo de Impacto Legislativo* – EIL – pode ser um instrumento ótimo, como estratégia metodológica, para basilar a política criminal, enquanto política pública, evitando que a produção legislativa seja absolutamente submetida ao populismo penal.[11] No entanto, discute ser escassa a produção acadêmica sobre processo legislativo, o que leva à produção leis sem nenhuma base empírica e teórica.

Com esse vazio, apresenta instrumento da Comissão Europeia para elaboração de leis no âmbito daquele bloco político e traz as experiências de Portugal e Reino Unido para ponderá-las na esfera brasileira, com a proposta de qualificar o debate legislativo a partir de dados, a fim de que as opções político criminais sejam efetivamente fundamentadas.

O principal objetivo da autora é incentivar a reflexão de uma agenda para a política criminal legislativa que tenha o condão de levar à descarcerização, levando em conta não somente resultados que o IPEA já apontou como necessários, em pesquisa mencionada no texto, mas também

> (i) apresentar articulação e definição conceituais na criminalização primária; (ii) promover a discussão de sua aplicação, considerados os princípios constitucionais previstos na Constituição e a sistemática de tutela de bens jurídicos relevantes, projetados na criminalização secundária e (iii) por

10. Criminalização primária está vinculada à lei penal no processo de definição de condutas proibidas, ao passo que a secundária é a passage do plano normative para o prático com imputação a alguém do rótulo de criminoso, porque praticou conduta descritva na norma proibitiva. Esse processo de criminalização é dinâmico, portanto, que vai desde o Poder Legislativo, passando pela polícia até a execução da pena, passando pelo Ministério Público e Judiciário. Descrição pormenorizada em ZAFFARONI; BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2003.

11. Apesar ainda não superada da ambiguidade conceitual do termo populismo penal, a autora aborda-o como instrumento de utilização eleitoreira de parlamentares, que aproximando-se dos discursos da vítima, submetem a política criminal à opinião pública baseada na lógica da defesa social.

meio dos dados do sistema carcerário brasileiro, possibilitar a avaliação de seus efeitos na criminalização terciária.

Por fim, aponta a responsabilidade da criminologia crítica e a resistência acadêmica como elementos fundamentais para a construção dessas estratégias, devendo ser o EIL "instrumento de enfrentamento, de combate aos discursos punitivos e vazios".

Trabalhando com a vertente da criminalização secundária, Flora Sartorelli Venâncio de Souza e Hamilton Gonçalves Ferraz indicam a responsabilidade do Poder Judiciário brasileiro no processo de encarceramento em massa juvenil. Os autores fazem estudo de caso do HC 348.360/SP que, julgado no STF, apontou a execução imediata de sentença de imposição de medida socioeducativa de internação para fins de proteção do próprio adolescente em conflito com a lei, independentemente do princípio de presunção de inocência.

Segundo os autores, há no país um processo de encarceramento em massa juvenil (o aprisionamento juvenil cresceu 543,36% entre 1996 e 2013) muito maior que a do sistema de adultos (no mesmo período, teve o aumento de 390,79%), com uma peculiaridade relevante: enquanto no adulto é o Poder Legislativo o ente que promove políticas criminais expansionistas; no sistema de adolescentes o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA é uma legislação de vanguarda que coloca a privação da liberdade como hipótese excepcionalíssima; ou seja, é o Poder Judiciário o ente que leva a cabo esse modelo encarcerador. Ocorre que, sendo essa a última instância de garantia de proteção de direitos individuais, quando não resiste ao populismo punitivismo, termina abrindo portas ao modelo autoritário (CARVALHO, 2010).

Identificam os autores três pontos fundamentais no trato das questões do sistema juvenil: a) há uma crença no bom funcionamento do sistema socioeducativo, b) a racionalidade punitiva do sistema de justiça juvenil é orientada por uma hermenêutica menorista, c) há uma ambiguidade no texto normativa que autoriza as práticas anteriores.

Se aqui é possível ponderar esses pontos, poder-se-ia dizer, de trás para frente (c), que o ECA quando entrou em vigor em 1990 conviveu com altos índices de violência no país, como já apontado e, portanto, com demandas sociais punitivas, de modo que atender às orientações internacionais da Convenção Internacional da Criança da ONU de colocar a privação de liberdade como medida breve e excepcional, não foi uma tarefa fácil.[12] Isso resultou numa legislação repleta de ambiguidades.

12. O exemplo disso é a ambiguidade legal das hipóteses autorizadoras de imputação de medida socioeducativa de internação, nos termos do art. 122 do ECA.

Além disso, (b) a cultura menorista é a racionalidade da justiça juvenil que opera como uma espécie de metarregra, como indicam os autores, de modo que o argumento de "proteção do adolescente" prevalece. Ocorre que, sendo como aponta Zaffaroni (2003) – o sistema infracional funciona como um braço do Direito Penal, como um subsistema, destinado a operar com punição a menor, razão pela qual goza de maior discricionariedade e arbitrariedade – o resultado será trabalhar com técnicas (ilícitas) subterrâneas (ANIYAR DE CASTRO, 2005) normalizadas em termos estatais dado o fim que promete cumprir. Afinal, o que é o melhor para o adolescente? Ou nas palavras de Agostinho Ramalho (1994): "quem me salva da bondade dos bons".

Um dos resultados da abertura legislativa do ECA é autorizar práticas perversas (MACHADO, 2014) e odiosas – como a de imputar a medida socioeducativa não pelo ato infracional praticado, mas questões referentes à sociabilidade do adolescente, assim como exemplifica a partir do estudo de caso apresentado pelos autores.

Esses achados não se diferenciam de outras pesquisas da mesma natureza, em que, por exemplo, a representação social da magistratura acerca da categoria "trajetória desviante" em sentenças de adolescentes do sexo feminino em cumprimento de medida socioeducativa de internação em Brasília, é assim percebida:

> Para os/as magistrados/as, a "trajetória desviante" das adolescentes inicia-se com a desestrutura familiar e perpassa a evasão escolar e o uso de drogas. Todos esses elementos, junto ao ato infracional, compõem uma espécie de "carreira de indisciplinas" dessas garotas. Percebe-se, ainda, nas falas dos/as julgares a frequente referência a termos como "personalidade", "estímulo infracional", "instinto", perfazendo uma imagem da mulher delinquente com o qual a criminologia tradicional sempre operou (MELLO; VALENÇA, 2016, p. 143).

Enfim, na lógica do fluxo do processo de rotulação (SCHUR, 1971) (que depende do grau de reação social para atribuição de um *status*), a atuação "bom pai de família" (GARCÍA MENDÉZ, 1998) será guiada pelos valores pessoais,[13] os quais funcionam como modelos do entendem por famílias, educação, vínculos sociais da juventude brasileira, comunidade etc.

13. Em geral, o perfil da magistratura são homens, que ingressaram na magistratura com cerca de 34 anos, contando, em 2013, com média de 45 anos, com cerca de 10 anos de atividade na magistratura. São pessoas que se declaram majoritariamente (80,9%) brancas, contraponto a 19,1% de negros; pessoas que já têm filhos, independente-

Nesse contexto, há dois cenários: o perfil da magistratura brasileira com determinadas opiniões e a realidade dos jovens que habitam as periferias brasileiras, que têm, nas drogas e no desvio, uma trajetória tentadora, que somada ao ambiente de arbítrio e insegurança – padrão de violência e negação de direitos fundamentais – faz destes jovens excluídos morais – destituídos dos direitos civis mínimos, desencaixados do padrão social posto – têm que ser neutralizados, ou eufemisticamente, dito como protegido, num sistema cuja única capacidade é a mortificação da esperança juvenil, e não sujeitos de direitos.

Por fim (c), há no sistema juvenil a crença de que "a internação seria um bem ao adolescente, considerando que estaria de acordo com sua proteção integral", como apontam os autores, a ponto de ter sido justificativa para violação da garantia constitucional da presunção de inocência.[14]

No entanto, essa ingenuidade por parte de argumentação de magistrados ou é maldosa ou é alienada. Maldosa porque é indiferente ao que é público sobre o sistema de medidas socioeducativas, em que a superpopulação é por si só suficiente para chegar à conclusão da antiga premissa criminológica de que "Nothing Works";[15] ou é alienada porque desconhece das pesquisas realizadas pelo próprio órgão do Judiciário, porquanto recente pesquisa do CNJ (2015) assim concluiu:

> O Estado, no exercício da proteção e diretos, falha na consagração dos direitos mínimos à cidadania e na execução das medidas socioeducativas, faz das unidades de internação depósitos de contenção de adolescentes demonizadas em suas trajetórias, rotuladas como incapazes de viver socialmente. Sob esse prisma, a medida socioeducativa de internação tem o mesmo sentido da prisão: castigo.

Enfim, encerram os autores, argumentando que é o Poder Judiciário protagonista no encarceramento em massa juvenil e que é elementar, apesar de

---

mente de homem (78,5%) ou mulher (70,7%). Quanto ao estado civil, 64,1% dos magistrados e 39,5% das magistradas são casados. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

14. Observe que a decisão em comento foi anterior à decisão do STF que relativizou a garantia constitucional da presunção de inocência no HC 126.292/SP.

15. Expressão utilizada na década de 70 a partir do trabalho publicado de Robert Martinson, que identificou que os objetivos de reabilitação e ressocialização não haviam cumpridos suas funções, especialmente porque os índices de reincidência aumentavam. (MARTINSON, 1974).

insuficiente, reconhecerem, pelo menos os magistrados e operadores do direito que a responsabilização juvenil tem caráter punitivo.

Ainda na vertente da criminalização secundária, Cristhovão Fonseca Gonçalves aborda como o modelo de segurança pública de Pernambuco, instituído em 2007, tem sido determinante no processo de encarceramento em massa. Discute que, apesar do Pacto pela Vida dirigir-se a crimes violentos letais intencionais (CVLIs), uma de suas diretrizes é vinculada ao incentivo às polícias no combate ao tráfico de drogas, por entender que a maior causa de homicídios está vinculada com esse mercado. Nesse sentido, o índice de aprisionamento por esse delito atingiu níveis exorbitantes no período subsequente à instituição do "bônus crack".

Apresentando pesquisa qualitativa, o autor discute efeitos de uma política criminal baseada em produtividade, que é, em realidade, o aprisionamento seletivo da população por incentivo financeiro do Estado. Trata-se, claramente, da execução de uma política criminal baseada no gerencialismo, em que o risco deve ser administrado sob à lógica da eficiência, o que faz com que o perfil individual seja o critério reitor da persecução penal. Afinal, metas devem ser asseguradas e segmentos da ordem social indesejados devem ser identificados, classificados e administrados (DIETER, 2012).

Como se vê, os textos dialogam entre si e indicam abordagens necessárias nas pesquisas na área das ciências criminais.

Considerando toda essa complexidade da vida pública brasileira, Luciano Oliveira discute o abolicionismo penal e carcerário e provoca a criminologia crítica questionando as conclusões de Louk Hulsman. Parte ele da necessidade de mudanças – como, por exemplo, uma alternativa à pena privativa de liberdade enquanto pena normalizada por excelência – como uma questão fundamental, ainda que esbarre em "interesses consolidados, instituições dominadas pela inércia, burocracias temorosas de perder suas função e – elemento a não ser minimizado – hábitos mentais longamente enraizados [...]".

A preocupação do autor é ponderar até que ponto é possível acatar as teses abolicionistas de Louk Hulsman (pensadas numa realidade holandesa de baixos índices de violência e aprisionamento) no Brasil. Na questão de abolir o sistema penal, que na perspectiva de Hulsman (1993, p. 179) é "a abolição da justiça criminal na pessoa", Luciano Oliveira confronta o que denomina de "lirismo de Hulsman" com a realidade violenta e homicida no Brasil. Aponta que propositadamente Hulsman não trata de "criminalidade violenta" – "sequestro, latrocínio, estupro, homicídio, etc., ou mesmo ‹execuções›". Mas esses crimes são reais e provocam revolta nos indivíduos. De fato, em 2013, 75.893 crianças e adolescentes entre 1 e 19 anos foram mortas, sendo, no início da vida,

por causas naturais, e a partir dos 14 anos por causas externas (WAISELFISZ, 2015) e

> os homicídios que, representando algo em torno de 2,5% do total de mortes até os 11 anos de idade das vítimas, inicia um violento crescimento na entrada da adolescência, aos 12 anos de idade, quando pula para 6,7% do total de mortes; para 14,0%, aos 13 anos, para 25,1%, aos 14, e assim seguindo, até alcançar seu pico de participação, aos 17 anos de idade, quando atinge a marca de 48,2% da mortalidade, caindo posteriormente (WAISELFISZ, 2015, p. 62).

Em 2014, segundo os registros do Ministério da Saúde, 59.627 pessoas sofreram homicídio no Brasil, o que representa cerca de 10% de homicídios ocorridos no mundo e "equivale a uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,1" (BRASIL, 2016b), indicando ser o maior número na história do país. Em 2015, o país, após pequeno decréscimo convive com o número de 58.492 mortes violentas intencionais, onde 54% são jovens e 73% são pretos e pardos, registrando mais mortes do que a guerra na Síria no mesmo período. Isso sem mencionar 45.460 casos de estupro e tantos outros de latrocínio, lesão corporal seguida de morte etc. (FBSP, 2016).

Esses crimes abalam a sociedade e provocam sentimentos de rebeldia. O que esperar da atitude de uma mãe ao ver o filho de 10 anos de idade ser morto por policiais na frente de sua casa? O relatório da Anistia internacional (2015) concede voz aos familiares das vítimas.

Diante de toda essa realidade, em que o sentimento de desamparo, injustiça e descrença nas instituições públicas[16] emergem da coletividade, é quase inexorável que a reação social seja a prática do linchamento.[17]

Ante esse cenário, Luciano aponta não ser possível falar de abolicionismo penal no Brasil, o que não significa que as teses de Hulsman sejam por tudo impertinentes para este rincão como, por exemplo, alternativas à normaliza-

16. A relação de confiança com as instituições públicas é um elemento de legitimação institucional que, segundo Lappi-Seppälä (2008), está relacionada com as taxas de encarceramento; de modo que quanto menos legítimo o governo, porque recebe menos confiança da população, diante do medo que ocasiona maior demanda pela punição, maior o recurso propagandístico e eleitoreiro da pena para ganhar legitimidade entre a população.

17. "o crescimento acelerado da criminalidade urbana violenta e as dificuldades das instituições públicas de controle social em garantir segurança pública parecem estar na raiz da ação dos litigantes, sejam vítimas, agressores ou testemunhas dos acontecimentos" (ADORNO, PASINATO 2007, p. 151).

da pena privativa de liberdade. Assim, numa síntese brilhante, provoca que mudança é um processo em construção "apesar do encarceramento em massa – ou, talvez, graças justamente a essa massificação [...]". A explicação do seu porquê, remeto o leitor ao texto.

Como se vê, a discussão epistemológica do conceito de encarceramento em massa é fundamental e mais ainda a apropriação de seus elementos a partir de uma lupa teórica local, de modo que a criminologia marginal apresenta conceitos novos – "poder configurador, policização, sistema penal subterrâneo, vulnerabilidade, autoritarismo *cool*" (ANDRADE, 2012, p. 109) etc. para compreender a especificidade da realidade marginal (PRANDO, 2006) que até então não são objeto de estudo na criminologia europeia.

Até aqui falou-se sobre a questão quantitativa do conceito de encarceramento em massa, problematizado à luz da literatura local. Mas, se a adaptação teórica do conceito deve ser feita a partir dos números, as reflexões qualitativas à luz de uma realidade local são ainda mais prementes; porque as respostas às questões – "que tipos de prisão o encarceramento em massa produziu? Que tipos de presos mantém? O aprisionamento é necessário para garantir uma queda da criminalidade?" (SIMON, 2014, p. 5) – são mais estarrecedoras em termos de dignidade humana.

Nesse sentido, Ronny Peterson Nunes dos Santos traz a discussão sobre a privatização de presídios no país, tendo como ponto de partida o fato de os EUA estarem vivenciando um processo de desaceleramento da contratação com particulares para gestão prisional; e como tal, essa política criminal poderá vir a afetar a realidade brasileira.

Argumenta que os EUA têm apostado na tendência de redução da população encarcerada e que isso implicará menos estabelecimentos, devendo a administração federal deixar de contratar com particulares que segundo a recomendação oficial, mantém estabelecimentos com maiores violações de direitos.

Os EUA vêm enfrentando questões de violação de direitos humanos nas prisões, como incapacidade de atendimento à saúde à população que se tornou velha, inexistência de programas de reabilitação que se tornou uma justificativa desatualizada, e portanto, impossibilidade de interromper a monotonia prisional, o que leva à assunção de uma cultura prisional e uma total incapacidade, além de altos níveis de reincidência, sem mencionar impossibilidade de dar conta de questões mentais.

Em julgamentos importantes na Corte Americana (*Brown v. Plata; Coleman v. Schwarzeneger)*, os juízes argumentaram que se dignidade humana e segurança pública não caminham juntas, a prisão torna-se uma espécie de tortura e

esse tipo de inumanidade é uma herança de práticas escravocratas, o que Jonathan Simon denominou de "*moral shame of mass incarceration*" (SIMON, 2014, p. 10). O conjunto dessas evidências levou a Alta Corte Judicial Americana a recomendar o governo a reduzir as políticas criminais.

Uma ironia aqui prevalece. De um lado, os EUA, país com maior população carcerária do mundo e que em alguns estados mantém a pena de morte como recurso oficial, recomenda reduzir a população carcerária e extinguir as alianças com a iniciativa privada. De outro, país como o Brasil que apesar de não ter pena de forma oficial, tem-na subterraneamente realizada por agentes estatais ou por omissão do Estado. Superlotação, alimentação, saúde, atendimento jurídico, dignidades em geral abertamente violadas, sem qualquer preocupação, seja da sociedade civil, seja dos poderes públicos que passam indiferentes às problemáticas a cada gestão governamental. As inumanidades dentro do sistema prisional brasileiro vão além do que referido sobre a realidade americana, porque aqui a gestão é de mortes. No entanto, a tendência é expandir a experiência da privatização de presídios.

Aponta o autor do texto que a ênfase em PPPs é programa de governo atual, ainda que inexista regulamentação normativa específica, a exceção dos recém-incluídos dispositivos 83-A e 83-B na Lei de Execução Penal em 2015; bem como a impossibilidade concreta de fiscalização, seja por inexistência de diretrizes a respeito, seja por ausência de instrumentos e metodologias para tanto. Resultado: "vazios preenchidos pela arbitrariedade do particular".

Além disso, aponta para um mito de redução de gastos públicos, exemplificando que

> De acordo com o Ministério da Justiça, manter um preso dentro do sistema penitenciário estadual custa, em média, R$ 1.800,00 por mês. Na PPP de Ribeirão das Neves, por sua vez, o governo de Minas Gerais repassa R$ 2.700,00 por mês para cada vaga preenchida, isto é, 50% a mais.

E mais: o excesso não se reverte em benefícios para os presos, aponta a partir de pesquisa realizada pela Pastoral Carcerária.

Enfim, espera-se que, assim como ocorreu com a tendência americana expansionista também se dê com as reduções de danos que está tratando, sobretudo na realidade carcerária local, muito mais indigna.

Ainda tratando da questão qualitativa dos efeitos do encarceramento em massa Bruna de Carvalho Santos Pineschi e Daniel Aquino de Sousa discutem recente pesquisa do IPEA sobre reincidência e apontam diversas dificuldades metodológicas para lidar com esta categoria analítica, especialmente quando se pretende realizar estudo comparado com outras nações, tal como o fazem.

Não obstante a pesquisa do IPEA apontar alto índice de reincidência no país, ainda não é possível estabelecer um debate qualificado sobre a temática, porquanto as metodologias não se não alinham e o próprio conceito de reincidência não se pacifica – se genérico ou especifico.

O fato é que o espírito da lei e a própria argumentação dos autores trabalham nesse sentido, acreditam na recuperação da pessoa que passa pelo sistema penitenciário. Ocorre que, sob a ótica da crítica criminológica, o intento é inviável, desde a ilegitimidade do discurso, cuja pretensão é em si modificar a personalidade por meio da força (FOUCAULT, 2000) até a prática do cotidiano prisional que implica deformações psíquicas e emocionais, além da assunção da cultura prisional.

Os efeitos danosos da criminalização terciária não param por aí. Mas para encerrar aqui o debate e por em suspenso a crença comum da funcionalidade da pena privativa de liberdade na sua vertente da prevenção especial positiva, deixo a questão de Rush e Kirchheimer acerca do *less elegibility*[18] – raciocínio sobre a economicidade do sistema punitivo que, na política penal no capitalismo, cumpre a função de desincentivo ao repúdio do trabalho, forçando que aqueles que estão no estágio de vagabundagem a aceitarem forçosamente as condições opressivas do trabalho mal remunerado e explorado da indústria capitalista.

Considerando que o Brasil não viveu os mecanismos políticos, econômicos e culturais do desenvolvimento capitalista europeu, a lógica da menor elegibilidade é diferente e cruel porque se dirige aos excluídos da sociedade (de quem não se pode extrair nenhum centavo de mais-valia) (OLIVEIRA, 1997) e pode ter outra finalidade – reforçar a identidade normativa do sujeito admitida na vida pública. Isto é, um controle sobre os tipos sociais; de modo que todos aqueles que não se encaixam (estão desnormalizados), sofrem o processo de incriminação.[19]

Após apresentação dos trabalhos deste dossiê, convido o leitor a aprofundar os textos e refletir sobre os efeitos práticos do encarceramento em massa pelo qual passa o país, tomando as inspirações oferecidas pelos autores como oxigenação para o enfrentamento dos punitivismo e proteção de direitos humanos.

---

18. Princípio fundamentador da punição, segundo o qual as condições de vida no regime carcerário deve ser sempre mais inferior do que goza o mais baixo estrato social da sociedade livre. (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 1984).

19. A capacidade do poder de definição antecipar a incriminação do indivíduo, por figurar como um tipo social negativo, independentemente da sua conduta (MISSE, 2008).

Referências

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. Tempo Social. *Revista de Sociologia da USP,* v. 19, n. 2, São Paulo, p. 131-155, nov. 2007.

_____. Insegurança *versus* direitos humanos. Entre a lei e a ordem. *Tempo Social*; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 11 (2): 129-153, out. 1999.

_____. Violência, controle social e cidadania: Dilemas da Administra da Justiça Criminal no Brasil. *Revista Crítica de Ciências Sociais,* n. 41, dez. 1994, p. 101-127.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da Criminologia.* O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho*! Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia brasileira.* Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *O medo na cidade do Rio de Janeiro.* Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BELLI, Benoni. *Tolerência Zero e democracia no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BERNANDES, Márcia Nina; ALBUQUERQUE, Mariana Imbelloni Braga. Violências Interseccionais silenciadas em Medidas Protetivas de Urgência. *Revista Direito & Praxis*. Rio de Janeiro, v. 07, n. 15, 2016.

BOUDIEU, Pierre Sobre o poder simbólico. *In: Poder Simbólico*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. *Quaestio Iuris*, v. 09, n. 04, Rio de Janeiro, 2016.

BRASIL. Nota Técnica, n. 17. *Atlas da Violência.* Brasília: IPEA, 2016.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros.* Crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Ed. 34; Edusp, 2000.

CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação.* Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Censo do Poder Judiciário.* Vide – Vetores inciais e dados estatísticos. Brasília, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de Pesquisa*. Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Brasília, 2015.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial*. A Criminologia do fim da história. Tese. (Doutorado em Direito) – UFPA, Curitiba, 2012.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber. Eurocentrismo* e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016*. São Paulo, ano 10, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir:* nascimento da prisão. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1998.

GARLAND, David. *A cultura do controle*. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

_____. *Mass imprisionment*. Social causes and consequences. London: Sage Publications, 2001.

GOMES, Marcus Alan. Mídia e Sistema Penal. *As distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editôra, 1956.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas Perdidas*. O sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 179.

LAPPI-SEPPÄLÄ, T. Trust, Welfare, and Political Culture: Explaining Differences in National Penal Policies. *Crime and Justice*. Tony, M. (ed.), v. 37, Chicago, The University of Chicago Press, 2008.

LIMA, Antônio José Tavares de. Violência e Cultura brasileira. *Saber Jurídico*, v. IX, 2013.

MACHADO, Érica Babini L. Do A. *Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora):* um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. Tese (Doutorado em Direito) – UFPE, 2014.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: o juiz cidadão. *Revista ANAMATRA*. São Paulo, n. 21, 1994.

MARTINSON, R. What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest,* n. 35, p. 22-54, 1974.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; VALENÇA, Mauela Abath. A Rotulação da *Adolescente Infratora* em Sentenças de Juízes e Juízas de Direito do Distrito Federal, *Seqüência* (Florianópolis), n. 73, p. 141-164, ago. 2016.

MISSE, Michel (org.) *Acusados & Acusadores*. Estudos sobre ofensas, acusacoes e incriminações. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

NELKEN, D. When is a society non punitive? The Italian case. N: PRATT, J. et all. (eds.) *The new punitiveness*. Cullompton: Willan Publishing, 2005.

OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno*. Uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: brasiliense, 2009.

_____. Os excluídos 'existem'? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. *Revista Brasileira de Ciências Sociais.* São Paulo, n. 33, ano 12, p. 49-61, 1997.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino americano para a compreensão do controle punitivo moderno, controle penal na América Latina. *Veredas do Direito,* v. 3, n. 6, p. 77-93, Belo Horizonte, jul.-dez., 2006.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.

SCHUR, Edwin M. *Labeling Deviant Behavior.* Its sociological implications. New York: Harper & Row Publishers, 1971.

SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial*. A remarkable court decision and the future of prisions in America. London: The new Press, 2014.

SOZZO, Maximo. Traduttore traditore. Traducción, importación cultural e história del presenta de la criminología en America Latina. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencial penal*, n. 13, p. 353-427, Argentina, 2003.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Violência letal contra as crianças e adolescentes no Brasil. *Relatório de pesquisa* – Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), Brasil, 2015.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Punir os pobres*. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. R. *Criminología*: aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

_____. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: Teoria Geral do Direito Penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal, 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZALUAR, Alba. Nem líderes, nem heróis: a verdade da história oral. Presença. *Revista de Cultura e Política,* n. 14, p. 111-128, 1989.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional, de Fabio Lobosco Silva – *RBCCrim* 123/361-380 (DTR\2016\24045);
- Proposta para prevenir a superlotação de presídios, de José Roberto Antonini – *RT* 804/483-488 (DTR\2002\498); e
- Three strikes and you're out: uma análise econômica das penas, de Daniel Silva Boson – *RBCCrim* 116/17-37 (DTR\2015\13603).

Análise estatística da reincidência penal brasileira e a função preventiva especial positiva da pena privativa de liberdade

Statistical analysis of Brazilian criminal recidivism and the preventive special positive function of the prison sentence

Bruna de Carvalho Santos Pineschi

Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-graduanda (especialização) em Penal e Processo Penal pela PUC-SP (COGEAE). Advogada no Estado de São Paulo. Membro da Comissão Mulher Advogada da OAB SP.
bruna.pineschi@gmail.com

Daniel Aquino de Sousa

Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Gama Filho – UGF/RJ (2010). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA (2010). Delegado de Polícia Civil no Estado do Amazonas.
daniel_sousa20@yahoo.com.br

Recebido em: 29.09.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão autor: 10.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: É senso comum que a reincidência penal é um dos grandes problemas do sistema penal brasileiro. Para traçar a real situação do país, em se tratando de reincidência, este trabalho analisa os últimos dados estatísticos sobre essa questão, confrontando-os com os números de outros países. O objetivo principal da pesquisa é entender se a reincidência brasileira está relacionada à questão da situação carcerária, através do debate dialético com a função da pena privativa de liberdade, seja a pretendida pela legislação,

Abstract: Is common sense that recidivism is a major problem in the Brazilian criminal justice system. To trace the real situation of the country, in the case of recidivism, this paper analyzes the latest statistical data on this issue, confronting them with the figures for other countries. The main objective of the research is to understand if the Brazilian recidivism is related to the issue of prison conditions, through the dialectical debate with the prison sentence function, whether required by law, or the one given by the current

seja a que se oportuniza com o atual regime de cumprimento das penas, o que, por certo, conduzirá à exposição dos efeitos da pena de exclusão na pessoa do apenado.

Palavras-chave: Reincidência – Função da pena – Encarceramento – Dados estatísticos.

system of prison sentence enforcement, leading to exposure the effects of exclusion penalty in the person of the convict.

Keywords: Recidivism – Punishment function – Incarceration – Statistical data.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os últimos dados estatísticos sobre reincidência. 2.1. Análise dos dados estatísticos do IPEA/CNJ, DEPEN e demais pesquisas. 2.2. Análise das taxas e cálculos de reincidência em outros países. 3. Função ressocializadora ou preventiva especial positiva da pena privativa de liberdade. 4. O regime de execução das penas no Brasil como vetor da reincidência criminal. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A reincidência penal surge na chamada segunda fase da dosimetria da pena, ou seja, o julgador, para aplicar uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa, levará em consideração a questão da reincidência como uma circunstância agravante da pena, mas não é só, é preciso que a nova condenação se dê no prazo de 05 (cinco) anos, contados da data de cumprimento ou extinção da pena.[1]

A questão da reincidência penal como resultante direta do regime de execução das penas é motivo de preocupação da sociedade em geral e dos estudiosos do Direito Penal. Muito se diz sobre a situação daqueles que possuem condenação criminal anterior e voltam a delinquir, porém a análise deste trabalho científico recai nos últimos levantamentos estatísticos sobre reincidência criminal dos principais órgãos de pesquisa do país, no intuito de relacionar esta situação com a função da pena privativa de liberdade pretendida pelo nosso sistema penal e com a atual situação carcerária do país.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 15.07.2015, em parceria com o IPEA, divulgou pesquisa estatística sobre os indicies de reincidência legal, nos termos dos arts. 63 e 64 do CP, com base nos processos criminais que trami-

1. BRASIL. Códio Penal Brasileiro. Decreto-lei 2848/1940. Artigos 63 e 64. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm]. Acesso em: 24 set. 2016.

tam em algumas unidades da Federação.[2] Trata-se de pesquisa quantitativa e qualitativa, pois, além de apresentar as informações processuais e o perfil dos apenados e reincidentes, traz dados sobre ações voltadas para a reintegração social do condenado.

A partir dos dados do CNJ, a pesquisa se voltará para uma análise comparativa com dados de outros órgãos, tais como o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, vinculado ao Ministério da Justiça, e a Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI da Câmara dos Deputados, além da análise das taxas de reincidência em outros países do mundo, com o fim de se estabelecer um panorama da real situação do sistema penal brasileiro em termos de reincidência.

A metodologia deste artigo científico, então, volta-se para uma análise dialética entre a reincidência penal e a função preventiva especial positiva da pena privativa de liberdade, função esta almejada pela legislação pátria em execução penal, com o objetivo de estabelecer uma relação entre o atual regime de cumprimento das penas no Brasil e a reincidência penal, o que, por certo, possibilitará resolver o problema da presente pesquisa, que consiste no seguinte: "o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade é fator preponderante para a reincidência penal?".

Portanto, a pesquisa que ora se propõe é explicativa, já que se pretende identificar os fatores que levam a ocorrência do fenômeno da reincidência, valendo-se dos métodos indutivo, dedutivo e dialético para viabilizar a análise de dados estatísticos sobre reincidência, o estabelecimento das bases teóricas quanto à função da pena privativa de liberdade e a sua contraposição na realidade carcerária brasileira.

Dessa forma, o tema em estudo demonstra ser de grande relevância, tanto para a área do Direito como para a área da Sociologia, haja vista que, além do estudo de um instituto de grande relevância para o Direito Penal, abordará as consequências da pena privativa de liberdade na pessoa do condenado, como fato preponderante (ou não) para que volte a delinquir.

2. Os últimos dados estatísticos sobre reincidência

A medição da reincidência é utilizada pelos países como mecanismo de avaliação da eficácia das políticas públicas em matéria criminal e seu respectivo

2. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 25 jul. 2015. Disponível em: [http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa]. Acesso em: 23 set. 2016.

aprimoramento. No Brasil, diversas pesquisas foram realizadas para apurar sua taxa de reincidência, e o órgão que divulgou pesquisas mais recentes acerca desses valores foi o Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

2.1 Análise dos dados estatísticos do IPEA/CNJ, DEPEN e demais pesquisas[3]

Em 1998, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) citou que a reincidência criminal era de 70% e que sua meta era reduzi-la, até 2003, para 50%. Em junho de 2008, o DEPEN divulgou que 43,12% dos apenados de todo o país no primeiro semestre daquele ano eram réus primários com uma condenação, 23,87% eram primários com mais de uma condenação e 33,01% eram reincidentes.

Porém, em 2008, a Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (CPI) divulgou um relatório do sistema carcerário, apontando que a taxa de reincidência criminal chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF). Conforme relatado pelo Jornal Primeira Pauta,[4] o índice de 70%, se estiver correto, corresponderia a uma das taxas de reincidência mais altas do mundo.

Em 2013, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) realizou um "*Estudio comparativo de población carcelaria*" que apurou a taxa de reincidência de alguns países americanos, dentre eles o Brasil, o qual apresentaria a taxa de reincidência de 47,4%, uma das taxas mais altas entre os países da América do Sul.[5] Contudo, nos estudos não foi possível identificar quais os parâmetros utilizados para o cálculo da reincidência.

Nos últimos anos, o CNJ celebrou acordo de cooperação com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) para a realização de pesquisa sobre reincidência criminal no Brasil. A pesquisa realizada se ocupou da reincidência em sua concepção legal (condenações de um indivíduo em diferentes ações penais,

3. BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, Rj, 15 jul. 2016. Disponível em: [www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.
4. BONIN, Ana Paula; FREITAS, Luana Isse. Ex-detentos encontram dificuldades para reingressar na sociedade. *Primeira Pauta*, Joinville, SC, 2 dez. 2016. Disponível em: [http://primeirapauta.jor.br/2013/12/02/ex-detentos-encontram-dificuldades-para-reingressar-na-sociedade/]. Acesso em: 23 set. 2016.
5. PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano*. 2013. Disponível em: [http://d2kefwu52uvymq.cloudfront.net/uploads/2014/02/Imagem1.png]. Acesso em: 2013.

ocasionadas por fatos diversos, desde que a diferença entre o cumprimento de uma pena e a determinação de uma nova sentença seja inferior a cinco anos).

Segundo dados divulgados pelo IPEA em 2015, sobre a taxa de reincidência no Brasil, somente um em cada quatro condenados à prisão preventiva voltaria a delinquir, somando uma taxa de reincidência de 24,4%.[6]

Conforme as considerações do IPEA, as pesquisas de reincidência realizadas pela CPI e pelo DEPEN apresentariam taxas tão elevadas por apontarem um quadro de reincidência genérica, ou seja, englobar no cálculo o número de presos recolhidos no ano independente de efetiva condenação, no caso, os presos provisórios, e por isso corresponderia a dados exagerados.

Contudo, muitos países (como será demonstrado posteriormente) calculam sua taxa de reincidência com base na reincidência genérica, sendo esta uma forma legítima de cálculo, aceita a nível internacional.

Ressalta-se, porém, que os índices apresentados pelo IPEA foram baseados apenas na análise de 817 casos dentro de cinco estados (AL, MG, PE, PR e RJ), excluindo o Estado de São Paulo na análise, Estado mais populoso e com a maior população carcerária do país (219.053 presos em 2015), mais do triplo de presos do segundo colocado no mesmo ano (Minas Gerais com 61.286 presos),[7] o que também prejudica a confiabilidade e precisão dos números apresentados por este órgão.

Pelos estudos trazidos pelo IPEA, a faixa etária predominante dos apenados no momento do crime foi de 18 a 24 anos, com 42,1% do total de casos – 44,6% entre os não reincidentes e 34,7% entre os reincidentes. Conforme disposto, 62,8% da amostra é formada por uma população jovem (número próximo ao publicado no Fórum Brasileiro de Segurança Pública em 2013, que dispôs que 54,8% do total de apenados no Brasil em 2012 tinha idade entre 18 e 29 anos). Documentos internacionais apontam que, quanto menor a idade no primeiro delito, maiores as chances de reincidência.[8]

---

6. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 25 jul. 2015. Disponível em: [www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.
7. UOL NOTÍCIAS (Brasília). *Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo, diz estudo do MJ*. 2015. Disponível em: [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/23/prisoes-aumentam-e-brasil-tem-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.htm]. Acesso em: 23 jun. 2015.
8. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ministro Peluso destaca a importância do Programa Começar de Novo. Brasília, DF, 5 set. 2011. Disponível em: [www.cnj.jus.

Conforme o sexo, os dados revelam que 91,9% dos apenados são homens, contra 8,1% de mulheres. De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, os homens, em 2012, representavam 93,8% da população carcerária do país, e as mulheres 6,2%. Assim, a proporção de homens reincidentes também é bem superior à das mulheres reincidentes. Segundo tabela do CNJ, em 2013, dentre a população total carcerária, o número total de reincidente é: 98,5% masculina e 1,5% feminina.

Quando se analisam os dados referentes à raça e cor dos apenados, os dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Brasil, 2013) revelaram que pretos e pardos perfaziam 60,8% da população carcerária brasileira em 2012, dados muito próximos da quantidade geral de apenados pretos e pardos na amostra do IPEA/CNJ (60,3%).

Segundo dados do último Censo Demográfico do IBGE, pretos e pardos representam 55% da população brasileira. Na pesquisa do IPEA/CNJ, em 2013, com relação à reincidência por raça e cor, dentre a população carcerária total de não reincidentes, 34,3% é branca, 12,1% é preta e 53,6% é parda, e, dentre o número total de reincidentes, a maioria dos reincidentes é branca com 53,7% dos casos, seguido pelos reincidentes pardos com 34,7%, e, por fim, a porcentagem de reincidentes de cor preta de 11,6%.

Destaca-se que a problemática de destaques étnicos e raciais dentro da população carcerária não é um problema específico no Brasil. A maior parte do ocidente concentra mais negros e pardos dentro de seus sistema penitenciário do que brancos.

Segundo Loïc Wacquant,[9] professor de sociologia na Universidade da Califórnia, em Berkeley e pesquisador do *Centre de Sociologie Européenne* de Paris, em 1993 a taxa de encarceramento de afro-americanos nos Estados Unidos era cerca de dez vezes superior àquela de seus compatriotas de origem europeia, representando, em 1995, 55% da população carcerária, enquanto representavam somente 7% da população total do país. Para o sociólogo norte-americano, isso se deve sobretudo pela política de "guerra de drogas" concentrada nos guetos, iniciada por Ronald Reagan e ampliada por seus sucessores. Em suas palavras:

br/noticias/ cnj/15703-ministro-peluso-destaca-importancia-do-programa-comecar-de-novo.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.

9. WACQUANT, Loïc. Crime e Castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. *Revista de Sociologia e Política,* Curitiba, v. 13, n. 2, p. 39-50, nov. 1999.

> A representação maciçamente predominante e crescente de afro-americanos em qualquer nível do aparato penal tinge a segunda função assumida pelo sistema carcerário da nova administração da pobreza na América de uma cor desagradável: compensar e complementar a falência do gueto como mecanismo de confinamento de uma população considerada divergente, desonesta e perigosa, bem como supérflua no plano econômico (imigrantes mexicanos e asiáticos são trabalhadores mais dóceis) e no plano político (negros pobres raramente votam e, de qualquer forma, o centro gravitacional eleitoral mudou das regiões centrais urbanas decadentes para os prósperos subúrbios brancos).[10]

Segundo o professor de criminologia da Universidade de Bolonha, Dario Melossi,[11] as prisões na Europa, sobretudo no sul europeu (que tradicionalmente são países que recebem mais imigrantes), são concentradas de imigrantes africanos, asiáticos e latino americanos.

O órgão também analisou o aspecto da reincidência no que tange à educação e ocupação, por mais que nenhum desses números possa ser medido de maneira precisa, como as reincidências por padrões físicos.

Por grau de escolaridade, de acordo com dados do Censo de 2010, o Brasil possui uma taxa de analfabetismo de 9,6% na população com 15 anos ou mais. Contudo, na amostra geral de apenados, os sem instrução ou com ensino fundamental perfazem 75,1% do total, proporção que é ainda mais contundente entre os reincidentes, nos quais 80,3% da amostra encontram-se nessa categoria.

No que se refere à ocupação dos apenados, a maior parte deles declarou ter uma profissão ou emprego, sendo 88,9%. A porcentagem de apenados nessa condição foi bastante similar na amostra total e na amostra de reincidentes. Também não houve diferença significativa entre os dois grupos na porcentagem de apenados que se declararam desempregados.

Conforme o exposto, é patente que o Brasil ainda apresenta dificuldades para se aproximar de um número confiável acerca da taxa de reincidência no país, seja pela ausência de dados suficientes ou de parâmetros de pesquisa mais rebuscados.

2.2 Análise das taxas e cálculos de reincidência em outros países

Destaca-se, inicialmente, que a medição de reincidência calculada por cada um dos países pode ser realizada de maneira metodologicamente diferente,

10. WACQUANT, Loïc. O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza. *Novos Estudos: CEBRAP,* Brasil, n. 80, 08 mar. 2007. p. 13.

11. MELOSSI, Dario. Security, Migrations and "Social Control" in the Context of the "Constitution". In: Colóquio Internacional – Direito e justiça no século XXI, 1., 2003, Coimbra. *Direito e Justiça no século XXI.* Coimbra: 2003. p. 1-17.

para permitir uma efetiva comparação (problema que também ocorre internamente no Brasil). Por isso, há quem entenda que uma comparação direta entre os números obtidos pode não ser precisa, levando em conta os diferentes sistemas de justiça e métodos de cálculo. Os centros estatísticos responsáveis pelo cálculo de reincidência de diversos países concordam com a dificuldade de se medir níveis de reincidência.

Conforme informações trazidas pelo Ministério da Justiça Inglês em 2011,[12] ao se realizar comparação das taxas de reincidência entre a Inglaterra e País de Gales, a Escócia e a Holanda em 2004, as taxas foram apontadas como 54.7% e, 44.6% e 29.3%, antes de ajustamentos. E, depois de refeitos os cálculos, equilibrando as bases de cálculo em todos os três locais, as taxas viraram 45.1%, 44.3%, e 38.0%.

No estudo de justiça criminal comparada, trazida pelo Ministério de Justiça do Reino Unido em 2012,[13] foi ressaltada essa questão sobre a forma como alguns países calculam a reincidência criminal. O estudo abordou a técnica de países como a Austrália, o Canadá, a Inglaterra e o País de Gales, a Finlândia, a França, a Holanda, a Nova Zelândia, a Irlanda do Norte, a República da Irlanda e a Escócia. A Austrália mediria sua reincidência através do reaparecimento em corte, da nova condenação criminal e da volta ao cárcere por novo fato cometido, dentro de um período de 27 a 39 meses. O Canadá, a Holanda e a Irlanda do Norte somente contariam para o cálculo de reincidência nova condenação criminal, observada num prazo de dois anos. A Inglaterra e o País de Gales, a França, a Escócia e a Nova Zelândia também só contariam com a nova condenação criminal observada dentro de um prazo de um ano, exceto a Nova Zelândia, cujo prazo seria de 01 e 02 anos. E, por fim, a Finlândia e a República da Irlanda só contariam a reincidência com a nova prisão do indivíduo por fato novo, dentro dos prazos de um a oito anos e um a 48 meses, respectivamente. Por esta razão, seria muito difícil extrair conteúdo exato para comparação internacional de grau de reincidência. Contudo, algumas instituições buscam equiparar tais dados, trazendo estudos comparativos com relação à questão da reincidência.

12. INGLATERRA. Ministério da Justiça. Londres, fev. 2012. Disponível em: [www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2012/03/NAO_Briefing_Comparing_International_Criminal_Justice.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.

13. INGLATERRA. Ministério da Justiça. Londres, fev. 2012. Disponível em: [www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2012/03/NAO_Briefing_Comparing_International_Criminal_Justice.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.

Em um estudo realizado pela Universidade chilena Adolfo Ibánez com a fundação Paz e Ciudadana sobre o sistema penitenciário chileno, em 2012,[14] com base nos países Austrália, Inglaterra e Gales, Escócia, Suíça, Nova Zelândia, Catalunha, Irlanda, Finlândia, Canadá, Islândia e Estados Unidos, foram obtidos os seguintes dados:

A Austrália teria um índice de 39,7% (somente para nova condenação com pena restritiva de liberdade) e 46,6% (condenações criminais no total) de reincidência entre condenados a pena privativa de liberdade, libertos em 2008-2009, observados num período de 24 meses.

A Inglaterra e o País de Gales teriam as taxas de reincidência daqueles condenados por pena privativa de liberdade soltos no ano de 2009, observados em um prazo de 18 meses, de: 39,3% (reincidência geral), 35,5% (condenados em novas sanções penais em liberdade), e 48,5% (condenados novamente em pena privativa de liberdade).

A reincidência na Escócia seria de 44%, contados 24 meses do cumprimento de qualquer condenação criminal entre 2006-2007, e de 30,9%, contados de 12 meses após o cumprimento de qualquer condenação criminal entre 2007-2008.

Na Suíça, a reincidência foi avaliada com base em todos os libertos de pena privativa de liberdade, entre os períodos de 1999 a 2003, dentro de um prazo de 36 meses, que foram condenados por novo crime ou simples delito: 38,4% (1999), 39% (2000), 39,2% (2001), 39% (2002) e 37,2% (2003).

A Nova Zelândia realizou uma contagem progressiva da reincidência entre os libertos por pena privativa de liberdade entre 2002 a 2003, observando aqueles que sofreram nova condenação por pena privativa de liberdade num prazo de 12 meses (26% de reincidência), de 24 meses (37% de reincidência), 36 meses (44% de reincidência), 48 meses (49% de reincidência) e 60 meses (52% de reincidência).

A Catalunha apontou um índice de 43% de reincidência, contado entre aqueles libertos de pena privativa de liberdade em 2002 que foram condenados com nova reclusão (prisão preventiva ou nova condenação criminal definitiva em pena privativa de liberdade), observado um período de 66 meses.

14. CHILE. Universidade Chilena Adolfo Ibánez. Fundação Paz e Ciudadana. Santiago, 2012. Disponível em: [www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-03-21_reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.

A Irlanda marcou uma taxa de 49,2% de reincidência, levando em consideração nova condenação privativa de liberdade daqueles que foram soltos entre 2001 a 2004, observando o período de um a 48 meses.

A Finlândia também observou uma contagem progressiva da reincidência entre os libertos por pena privativa de liberdade entre 1993-2001, observando aqueles que sofreram nova condenação por pena privativa de liberdade num prazo de 12 meses (26,5% de reincidência), de 24 meses (44,7% de reincidência), 36 meses (52,8% de reincidência), 48 meses (56,7% de reincidência) e 60 meses (58,8% de reincidência).

No Canadá, a reincidência foi avaliada com base em todos os libertos de pena privativa de liberdade entre os períodos de 1994 a 1997, que foram condenados dentro de um prazo de 24 meses em nova pena privativa de liberdade, sendo: 44% (1994-1995), 42,8% (1995-1996), e 40,6% (1996-1997).

A Islândia apresentou taxa de reincidência com base em todos os libertos por cumprimento de pena privativa de liberdade entre 1994 a 1998, detidos ou condenados por nova pena privativa de liberdade nos prazos de 36 e 60 meses, representando: 28% (detidos nos primeiros 36 meses), 37% (condenados em pena privativa de liberdade nos primeiros 36 meses), 49% (detidos em 60 meses), e 53% (condenados em 60 meses).

Os Estados Unidos teriam um índice de reincidência de 67,5% (para todos aqueles que foram presos), 46,9% (para aqueles que foram somente condenados novamente), 24% (para aqueles que receberam nova condenação privativa de liberdade) e 51,8% (para aqueles que foram detidos), entre aqueles que foram libertos por pena privativa de liberdade em 1994, e observados dentro de um prazo de 36 meses.

E, no Chile, a reincidência é calculada com base nos condenados criminalmente em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos que já haviam cumprido, respectivamente: pena privativa de liberdade (libertos em 1990 a 1992), condenação criminal (em 1993) e medida alternativa (2003-2007). No primeiro caso, a reincidência em pena restritiva de direito foi de 31,2% durante período de observação não determinado, no segundo caso, 47,4% reincidiu em nova condenação privativa de liberdade dentro de um período de 06 anos, e, no terceiro caso, 67,74% foi novamente condenado a pena privativa de liberdade ou preso em prisão preventiva.

Estudo realizado em 2015 pelo instituto National Center for Biotechnology Information (NCBI),[15] apontou taxa de reincidência de 21 países, com prazos

15. FAZEL, Seena; WOLF, Achim. A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice. Estados

de avaliação entre 6 meses a 9 anos, contados a partir de anos diferentes, de países que computavam a reincidência por nova condenação criminal (reconviction) ou somente por novo encarceramento (*reimprisionment*), conforme figura a seguir:

Reconviction rates.

Country	Selection Period	Sample	Period	Rate
Canada [16]	1994–95	Prisoners	2 years	41%
Denmark [12]	2005	Prisoners	2 years	29%
Finland [12]	2005	Prisoners	2 years	36%
France [17]	2002	Prisoners	5 years	59%
Germany [18]	2004	Prisoners	3 years	48%
Iceland [12]	2005	Prisoners	2 years	27%
Ireland [19]	2013	Prisoners	3 years	51%
Netherlands [20]	2007	Prisoners	2 years	48%
Norway [12]	2005	Prisoners	2 years	20%
Singapore [21]	2011	Prisoners	2 years	27%
Sweden [12]	2005	Prisoners	2 years	43%
US [22]	2005–2010	Prisoners	6 months	13%
	2005–2010	Prisoners	1 year	23%
	2005–2010	Prisoners	2 years	36%
	2005–2010	Prisoners	3 years	45%
	2005–2010	Prisoners	4 years	51%
	2005–2010	Prisoners	5 years	55%
UK – England/Wales	2000 [1]	Prisoners	1 year	46%
	2000 [1]	Prisoners	2 years	59%
	2000 [1]	Prisoners	3 years	66%
	2000 [1]	Prisoners	4 years	70%
	2000 [1]	Prisoners	5 years	72%
	2000 [1]	Prisoners	6 years	74%
	2000 [1]	Prisoners	7 years	76%
	2000 [1]	Prisoners	8 years	77%
	2000 [1]	Prisoners	9 years	78%
	2013 [23]	Prisoners	1 year	45%
UK – Scotland [24]	2009–10	Prisoners	1 year	46%
UK – Northern Ireland [25]	2005	Prisoners	6 months	9%
	2005	Prisoners	1 year	25%
	2005	Prisoners	2 years	47%

Reimprisonment rates.

Country	Selection Period	Sample	Period	Rate
Australia [26]	2009–10	Prisoners	2 years	39%
Chile [27]	2007	Prisoners	3 years	50%
France [17]	2002	Prisoners	5 years	46%
Germany [3]	2004	Prisoners	3 years	35%
Israel [4]	2004	Prisoners	5 years	43%
New Zealand [28]	2002–03	Prisoners	6 months	18%
	2002–03	Prisoners	1 year	26%
	2002–03	Prisoners	2 years	37%
	2002–03	Prisoners	3 years	44%
	2002–03	Prisoners	4 years	49%
	2002–03	Prisoners	5 years	52%
South Korea [29]	2002	Prisoners	3 years	24%
US [22]	2005–2010	Prisoners	6 months	10%
	2005–2010	Prisoners	1 year	17%
	2005–2010	Prisoners	2 years	29%
	2005–2010	Prisoners	3 years	36%
	2005–2010	Prisoners	4 years	41%
	2005–2010	Prisoners	5 years	45%

Figura 1 – Comparativo taxas reincidência
Fonte: NCBI, 18 jun. 2015

Unidos da América, 18 jun. 2015. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4472929/]. Acesso em: 23 set. 2016.

Além desses órgãos, é possível encontrar alguns índices de reincidência mais atualizados ou mais detalhados disponibilizado por órgãos de Governo de alguns países.

Conforme apontado pelo Bureau of Justice Statistics (BJS)[16] dos EUA (referência utilizada pela tabela do NCBI para apuração de taxa de reincidência estadunidense), durante cinco anos, foi acompanhada a vida de 404.638 prisioneiros libertados em 2005 para estudar a reincidência no crime. O estudo realizado incluiu medidas diferentes de reincidência, como nova prisão, nova condenação criminal, e nova condenação criminal em pena privativa de liberdade, no mesmo Estado ou em outro. Os dados sobre as primeiras condenações e histórico criminal foram fornecidos pelo National Corrections Reporting Program (NCRP), e pelo FBI's Interstate Identification Index. Em 2014, o BJS, publicou o estudo realizado em 30 dos 50 estados americanos, e os resultados não foram animadores: o índice de reincidência no crime, nos EUA, chegou a atingir quase 77%. Da população que voltou a reincidir no crime, 56,7% dos ex-prisioneiros voltaram a ser presos por novo crime em um ano após serem soltos, 67,8% em três anos e 76,6% em cinco anos.

Conforme boletim do Consultor Jurídico,[17] em 2015, movimentos de combate contra os excessos do sistema criminal vêm ganhando força no país, abordando a necessidade de aumento de programas de ressocialização, pois, em quase todos os presídios o único instrumento "educativo" à disposição do sistema é a solitária, por tempo indeterminado.[18]

Loïc Wacquant afirma que, nos anos 90, os Estados Unidos, pela primeira vez na histórica americana, estavam dispendendo mais títulos de "*criminal justice*" que no capítulo de educação, sobretudo em razão da atitude autoritária face à delinquência e à sua principal fonte: a miséria urbana concentrada nas metrópoles. O que levou à crescente inflação carcerária norte-americana.[19]

16. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bureau of Justice Statistics. 22 abr. 2014. Disponível em: [www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4986]. Acesso em: 23 set. 2016.
17. MELO, João Osório de. Estudo mostra que índice de reincidência no crime é de 77% nos EUA. *Revista Consultor Jurídico*. 2 out. 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-out-02/estudo-mostra-indice-reincidencia-crime-77-eua]. Acesso em: 22 set. 2016.
18. Movimento contra excessos do sistema criminal nos EUA ganha força. *Revista Consultor Jurídico*. 15 nov. 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-nov-15/movimento-excessos-sistema-criminal-eua-ganha-forca]. Acesso em: 22 set. 2016.
19. WACQUANT, Loïc. Crime e Castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. *Revista de Sociologia e Política,* Curitiba, v. 13, n. 2, p. 39-50, nov. 1999.

Contudo, o sociólogo destaca, em outro trabalho realizado em 2008,[20] que as instituições correcionais locais haviam passado por profundas transformações em razão dos movimentos em prol dos direitos dos presos, da racionalização e da profissionalização do confinamento, além do aumento de vigilância dos erros cometidos pelo judiciário.

Segundo dados apresentados pelo site do governo chinês em 1992,[21] a taxa de reincidência na China teria sido uma das menores do mundo por muitos anos, atingindo somente de 6% a 8%,[22] contrastando com as taxas de reincidência ao redor do mundo. O governo chinês da época informou que cerca de 400.000 casos criminais são trazidos a julgamento na China todos os anos, e que criminosos podem ser ressocializados. Dentre as políticas criminais apresentadas, verifica-se a efetividade das leis e políticas com número mínimo de execuções e que atendem a princípios humanitários como: proibição de prisões humilhantes, fornecimento de um nível humano de conforto material nas prisões, trabalho com equipes ressocializadoras de maneira civilizada e criminalização de maus-tratos aos prisioneiros por funcionários da prisão.

Dentre as medidas destacadas pelo Governo chinês para atingir números tão baixos de reincidência na reforma criminal, o atendimento educacional e laboral é extremamente importante no cumprimento das penas, havendo um trabalho moral e de encorajamento aos presos para que não voltem a reincidir, trazendo a eles novas habilidades para serem empregados no mercado de trabalho. Além disso, essas políticas ressocializadoras teriam grande apoio do resto da população chinesa, de forma que todos os setores e níveis sociais ajudariam com as coordenadas para essa reforma, incluindo a questão de realojamento e concessão de trabalhos após o cumprimento da pena pelo criminoso.

Já no Japão, The National Police Agency's,[23] em 2014, apontou que a taxa de reincidência entre indivíduos investigados por crimes, exceto nos casos de acidente de trânsito, teria sofrido aumento desde 1997, de 30% de reincidência para um recorde de 46,7%, mostrando que os condenados que saíram an-

20. WACQUANT, Loïc. O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza. *Novos Estudos: CEBRAP,* Brasil, n. 80, 08 mar. 2007. p. 13.

21. CHINA. Governo Chinês. Disponível em: [www.china.org.cn/e-white/criminal/index.htm]. Acesso em: 22 set. 2016.

22. CHINA. Governo Chinês. Disponível em: [www.china.org.cn/e-white/criminal/8-2.htm]. Acesso em: 22 set. 2016.

23. Lowering the recidivism rate. *Japan Times*. Tokyo, 24 nov. 2014. Disponível em: [www.japantimes.co.jp/opinion/2014/11/24/editorials/lowering-recidivism-rate/#.V97rxIYrK00]. Acesso em: 22 set. 2016.

tes da prisão seriam menos propensos a reincidirem, comparados àqueles que cumpriram toda sua sentença. Do número total de presos, 139.848 eram réus primários e 122.638 reincidentes, sendo que 39,5% dos presos soltos em 2009 foram presos novamente em 05 anos, porém, dentre os países desenvolvidos, essa taxa continua sendo baixa.

A justiça penal japonesa é severa, condenando 90% dos indiciados em processos criminais,[24] porém as condições nos presídios são consideradas dignas, já que não há superlotação e existem regras sobre a utilização de banheiros e a arrumação das celas. Todos os horários dos presos são cronometrados. Visitas de familiares e comunicação com o mundo exterior são limitadas e monitoradas, e as violações são punidas com rigor.

Além disso, entre os japoneses, há o entendimento de que a finalidade das prisões é a reintegração dos presos na sociedade. Os presos trabalham duro por salários reduzidos e são obrigados a cumprir programas de capacitação, com o fim de transformá-los em cidadãos produtivos e autossuficientes. O Ministério da Justiça japonês também dispõe de programas de auxílio para a obtenção de emprego estável e moradia fixa.

Em qualquer país do mundo, a redução da criminalidade exige a implementação eficiente de políticas públicas de qualidade.

Na Inglaterra,[25] segundo boletim estatístico de reincidência apresentado pelo Ministério da Justiça Inglês,[26] entre os períodos de outubro de 2013 a setembro de 2014, cerca de 403.000 reincidências comprovadas foram cometidas durante o período de acompanhamento de um ano, delas, 365.000 reincidências foram cometidas por adultos. Isto daria uma taxa de reincidência comprovada global de 25,7%. Esta é uma diminuição de 0,7 pontos percentuais em comparação com os 12 meses anteriores e uma queda de 2,7 pontos percentuais desde 2003. Esta taxa manteve-se relativamente estável, oscilando entre cerca de 26% e 28% desde 2003. Os criminosos adultos tiveram uma taxa de reincidência comprovada de 24,7%, representando um pequeno decréscimo

24. PORTO, Alexandre. O Japão e o Crime. *Folha de São Paulo*. São Paulo, SP, nov. 2012. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/79816-o-japao-e-o-crime.shtml ?cmpid=hardassinanteuol?cmpid=hardassinanteuol]. Acesso em: 22 set. 2016.

25. Desconsiderando as taxas do País de Gales.

26. INGLATERRA. *Ministério da Justiça*. Proven Reoffending Statistics Quarterly Bulletin October 2013 to September 2014, England and Wales – Ministry of Justice Statistics Bulletin. Londres, 2014. Disponível em: [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/541187/proven-reoffending-2014-q3.pdf]. Acesso em: 22 set. 2016.

de 0,7 pontos percentuais em comparação com os 12 meses anteriores e uma queda de 2,2 pontos percentuais desde 2003. Esta taxa foi bastante plana desde 2004, oscilando entre 24,5% e 25,5%. Nesse país concluiu-se que a maioria das primeiras reincidências ocorria dentro dos primeiros 12 meses seguintes ao momento da condenação, no caso daqueles que não eram punidos com pena privativa de liberdade, e, nos casos daqueles condenados à pena de reclusão, no prazo de 12 meses após a saída.

Na Noruega, em 2012, a taxa de reincidência foi de 20% (16% em uma prisão apelidada de "ilha paradisíaca" pelos jornais americanos, que abriga assassinos, estupradores, traficantes e outros criminosos de peso). Nesse país, a reabilitação é a regra. A legislação norueguesa prevê pena máxima de 21 anos, e se nesse prazo, os presos não forem reabilitados inteiramente para o convívio social, serão aplicadas prorrogações sucessivas da pena, de cinco anos, até que sua reintegração à sociedade seja inteiramente comprovada.

O sistema de execução penal da Noruega exclui a ideia de vingança, estimulando a reabilitação do preso através de um sistema progressivo de benefícios ou privilégios dentro das instituições penais, comportando prisões que servem de modelo internacionalmente, dentre as quais, a prisão de Halden e a prisão de Bostoy.

Segundo a ministra júnior da Justiça da Noruega, Kristin Bergersen, relatou à BBC: "Fundamentalmente, acreditamos que a reabilitação do prisioneiro deve começar no dia em que ele chega à prisão. A reabilitação do preso é do maior interesse público, em termos de segurança".[27]

Na Rússia, de acordo com Victoria Sergeeva,[28] Diretora Regional da Reforma Penal Internacional em Moscou, em 2008, a taxa de reincidência foi de apenas 36%. Ela explica que este índice decorre diretamente de uma série de fatores, incluindo a força da prisão na Rússia, que despertaria um medo genuíno nos cidadãos, fazendo-os temerem o sistema carcerário russo, e com isso auxiliaria na redução de crimes e, consecutivamente, da reincidência. Ela aponta que, dentre os problemas da política criminal russa, estão a ausência de um sistema que ajude ex-prisioneiros a retornarem à sociedade e a falta de orçamento para financiar a reabilitação e saúde dos presos.

27. MELO, João Ozorio de. Conheça o País que consegue reabilitar 80% dos seus criminosos. Revista Consultor Jurídico. 03 jul. 2012. Disponível em: [www.pragmatismopolitico.com.br/2012/07/noruega-reabilita-maioria-criminosos-presidiarios-mundo.html]. Acesso em: 22 set. 2016.

28. BURNS, William. *Cogita*. Rússia, 30 dez. 2010. Disponível em: [www.cogita.ru/analitka/obzor/posol-ssha-o-rossiiskih-tyurmah-na-fevral-2008]. Acesso em: 22 set. 2016.

Conforme informações divulgadas pelo site Prezi, a política criminal russa, para evitar a reincidência, busca a incapacitação do condenado à prática de novo crime, através de medidas como a castração química e a adoção de penas longas e severas de prisão.[29] Segundo consta, dentre as peculiaridades do sistema prisional russo, estão: as vastas distâncias, o clima severo e o isolamento familiar como parte do castigo. Muitas prisões estão em áreas isoladas, com um clima severo, além de estarem localizadas em edifícios que não têm aquecimento normal, saneamento ou ventilação.[30] A possibilidade de organizar prisioneiros é severamente limitada por causa das enormes distâncias.

3. Função ressocializadora ou preventiva especial positiva da pena privativa de liberdade

Como forma de diminuir e prevenir a criminalidade surgem as teorias relativas ou preventivas da pena, nas quais, a pena, para ser legítima, deve ter um objetivo futuro, que seria justamente o de diminuir a criminalidade e colaborar com a perpetuação da vida em sociedade.[31] As teorias preventivas dividem-se em especiais e gerais. As gerais dirigem-se a toda a sociedade através da intimidação ou reafirmação do direito perante seus membros, e as especiais se focam exclusivamente no delinquente, objetivando que ele não volte a transgredir normas criminais, seja pela sua reeducação ou ressocialização ou por sua segregação do meio social.[32]

Para Oswaldo Henrique Duek Marques,[33] a pena como retribuição pura afasta do âmbito punitivo as conquistas científicas relativas aos estudos do comportamento humano, afastando o Direito Penal de outras práticas cientificamente fundamentadas, de modo que a prevenção especial pela reintegração social na fase de execução penal é a única humanização conservada ao delinquente.

No Brasil, entende-se pelo art. 59 do Código Penal e pela Lei de Execução Penal brasileira (LEP) que é adotada a teoria mista, ou seja, a pena tem como

29. REYNOLDS, Pat. Recidivism. U.S. and The Russian Federation. *Prezi*. USA, mai. 2014. Disponível em: [https://prezi.com/kn2lkc0wipqn/recidivism-us-and-the-russian-federation/]. Acesso em: 22 set. 2016.
30. BURNS, William. *Op. cit*.
31. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 417.
32. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 137.
33. Idem, p. 161.

objetivo retribuir o mal do crime e também prevenir a prática de novos crimes (seja através da prevenção geral ou especial, positiva ou negativa).

Mediante leitura da própria Convenção Americana de Direitos Humanos, se confirma essa interpretação sobre as funções da pena privativa de liberdade para os Estados membros da OEA, da qual o Brasil faz parte. Portanto, o art. 5, item 6, do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê a ressocialização como função primordial das penas privativas de liberdade, foi incorporado de forma supralegal pela ordenação brasileira.

O art. 10 da Lei de Execução Penal dispõe que "a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado objetiva prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, estendendo-se esta ao egresso".

A função preventiva especial positiva da pena, a qual é destacada nesse trabalho, tem sua eficácia empírica no projeto de ressocialização, que é avaliada a partir do dado de reincidência no sistema carcerário nacional. Entre os especialistas e estudiosos do assunto, predomina a opinião sobre a incapacidade da prisão brasileira na ressocialização do condenado. Segundo entrevista realizada com Gilmar Mendes,[34] ele destacou que, no Brasil, além da alta criminalidade, o combate a ela é disfuncional e a administração prisional, péssima. Em suas palavras: "o Brasil tem um problema histórico na administração prisional e na disfuncionalidade do combate ao crime".

Levando em consideração as condições de encarceramento no Brasil, pode-se dizer que o sistema prisional brasileiro não apresenta condições mínimas para atingir a ressocialização, reeducação ou reinserção social do sentenciado. De acordo com boletim de notícia apresentado pelo site Consultor Jurídico[35] em 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através do "Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas", afirmou a existência de sérias deficiências estruturais nos estabelecimentos prisionais brasileiros (como superlotação, higiene, iluminação, aeração, alimentação, assistência médica, segurança) que violam gravemente os direitos humanos e impedem que as penas privativas de liberdade cumpram

34. VASCONCELLOS, Marcos. Combate ao crime no Brasil é disfuncional, critica ministro Gilmar Mendes. *Revista Consultor Jurídico*. 09 jul. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jul-09/combate-crime-brasil-disfuncional-critica-gilmar-mendes]. Acesso em: 22 set. 2016.

35. ESCÓSSIA, Rafael; MOREIRA, Leonardo Melo. Encarceramento no Brasil não cumpre função ressocializadora. *Revista Consultor Jurídico*. 01 jan. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jan-01/encarceramento-brasil-nao-cumpre-funcao-ressocializadora]. Acesso em: 22 set. 2016.

com a ressocialização dos sentenciados, prevista no Pacto de São José da Costa Rica.

A pena apenas como forma de exclusão social do criminoso, na forma como ela se observa, não é viável para assegurar a redução da reincidência criminal brasileira, por isso, é preciso manter a ideia de ressocialização. A função preventiva especial positiva da pena, caso fosse devidamente aplicada, não só asseguraria a humanização da pena para aqueles condenados por crimes com pena privativa de liberdade, mantendo a dignidade da pessoa humana, como também reduziria a reincidência criminal (como observado em outros países) e auxiliaria a reduzir a crise do sistema prisional brasileiro.

A título de exemplo, em 2012, o Ministério da Justiça holandês divulgou o fechamento de oito prisões na Holanda.[36] O motivo foi a queda no número de presos, que vinha ocorrendo nos últimos anos, deixando muitas celas vazias. O país teria conseguido diminuir sua criminalidade de forma brutal através de educação e fornecendo subsídios àqueles que já foram encarcerados, no que tange à educação e trabalho, o que possibilitou a economia de milhões de euros em 2013.

Segundo Christiano Jorge Santos,[37] "o Brasil é um país, infelizmente, com índices de criminalidade extremamente elevados. Ocupamos posições de destaque negativo em diversas estatísticas, de acordo com levantamentos feitos em fontes distintas e inclusive com critérios variados". O autor também traz na mesma obra que o Brasil, em 2007, foi avaliado pelo Global Peace Index (GPI) como o 83º país menos pacífico dentre 121 países avaliados, ficando atrás do México, do Peru, da Bolívia e do Paraguai, em razão dos altos índices de roubos e homicídios.

Conforme boletim de notícia do Consultor Jurídico publicado em 2016,[38] em 2012, segundo o DATASUS, órgão do Ministério da Saúde, foram registrados 52.198 homicídios no Brasil, e, em 2010, haviam sido registrados 52.260. Isso demonstra que as políticas públicas utilizadas pelo país no combate à criminalidade têm sido ineficazes, no que tange às funções preventivas da pena.

Destaca-se que o trabalho e a educação aos presos são os melhores meios para propiciar sua reeducação e recuperação, efetivando a reinserção social. O

36. GOMES, Luiz Flávio. *Brasil, Holanda e Estados Unidos*: panorama dos sistemas penitenciários. Instituto Avante Brasil. Brasil, 14 jun. 2013. Disponível em: [http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-holanda-e-estados-unidos-panorama-dos-sistemas-penitenciarios/]. Acesso em: 22 set. 2016.

37. SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 6.

38. ESCÓSSIA, Rafael; MOREIRA, Leonardo Melo. *Op. cit*.

art. 39 do Código Penal garante que o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social, e a educação dos presos está prevista na LEP entre os arts. 17 a 21.

Segundo Luciano Losekann,[39] juiz auxiliar da presidência do CNJ e coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Setor Carcerário, a grande dificuldade de inserção dos presos no mercado de trabalho é a falta de qualificação e estudo. Ele aponta como primeira barreira para ressocialização a busca por um tipo de qualificação que seja compatível com o grau de instrução do ex-presidiário. Por isso, seria necessário treiná-lo, capacitá-lo e educá-lo durante o período de prisão, para tentar fazer com que esse sujeito chegue a um estágio no qual seja possível ele ter alguma forma de emprego, de sustento e de renda.

As prisões devem ser transformadas em escola e centros profissionalizantes para trazer uma formação educacional e profissional aos presos, pois não há perspectiva ao detento que tenta voltar ao convívio social, quando o próprio aparato estatal não lhe proporciona mecanismos de reinserção. É notório que na maioria das cidades brasileiras os presos são tratados de forma degradante, cruel e desumana, contrariando a ordem constitucional,[40] que dispõe em seu art. 5.º, XLIX, que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

O devido cumprimento da função preventiva da pena não é um problema enfrentado apenas pelo Brasil, mas algo que tem gerado discussões no mundo inteiro. O sociólogo Loïc Wacquant[41] destaca que a ideia de reabilitação do condenado por crime nos Estados Unidos ainda é enfrentada com dificuldade, sobretudo porque os conservadores ainda sustentam que a missão prioritária da prisão é punir e não reabilitar, de modo que a sociedade seria composta por dois tipos distintos de indivíduos, os honestos e os desonestos, e que o encarceramento deve servir antes aos interesses dos primeiros.

Diante dessa dificuldade, o sociólogo ressalva que se deve romper com o paradigma do "crime e castigo", materializado pela criminologia e o direito

39. No Brasil, 70% dos ex-presidiários voltam ao crime. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 6 set. 2011. Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-set-06/70-presidiarios-voltam-mundo-crime-ganharem-liberdade]. Acesso em: 22 set. 2016.

40. MELO, João Ozório de. The Economist critica prisões da América Latina. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 23 set. 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-set-23/the-economist-faz-duras-criticas-sistema-prisional-america-latina]. Acesso em: 22 set. 2016.

41. WACQUANT, Loïc. Crime e Castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. *Revista de Sociologia e Política,* Curitiba, v. 13, nov. 1999. p. 45.

penal, que nos mantém confinados a perspectivas estreita de imposição do cumprimento da lei, incapaz de considerar o grau cada vez maior de punições aplicadas pelas autoridades, que ignoram na mesma proporção as finalidades extrapenais da prisão.[42]

Para Massimo Pavarini,[43] professor da Universidade de Bolonha e estudioso internacionalmente conhecido da criminologia crítica, falecido em 2015, é essencial tratar do incremento das medidas alternativas na fase de execução da pena como resposta para os problemas carcerários e para aumentar a função preventiva da pena. Isso porque as medidas alternativas à prisão respeitariam valorações especiais-preventivas, se aderindo de forma mais coerente ao criminoso em particular, oferecendo uma gama mais articulada de limitações da liberdade, compreendidas entre a liberdade e a privação da liberdade.

Tal possibilidade poderia levar, consequentemente, à redução da reincidência criminal, porém ainda há muitas situações a serem discutidas acerca dessa temática como, por exemplo, as circunstâncias de admissibilidade das penas alternativas ao cárcere na fase de execução e a questão da seletividade do sistema, no que tange à clientela carcerária em face às realidades culturais, sociais e políticas de determinada sociedade.

4. O regime de execução das penas no Brasil como vetor da reincidência criminal

A Constituição Federal em seu art. 5.º, XLI, dispõe que 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.

As regras de execução penal do Brasil estão reguladas na LEP (Lei de Execução Penal), que regula as regras acerca da pena privativa de liberdade, determinando a forma como será cumprida, o regime e sua progressão, e medidas ressocializadoras.

Segundo o Institute for Criminal Policy Research e o World Prision Brief, através do "Prisions studies",[44] o Brasil é apontado como a quarta maior população

42. WACQUANT, Loïc. O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza. *Novos Estudos: CEBRAP,* Brasil, n. 80, 08 mar. 2007. p. 09.

43. PAVARINI, Massimo. Menos Cárcel y más medidas alternativas? Delito y Sociedad: *Revista de Ciências Sociales*, Lérida, v. 1, n. 2, p. 75-85, mar. 1991. Trimestral.

44. REINO UNIDO. *Highest to Lowest – Prison Population Total*. Institute for Criminal Policy Research. Londres. Disponível em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/

carcerária do mundo, com a população carcerária de 622.202 presos, perdendo apenas para os Estados Unidos, China e Rússia.

A Lei de Execução Penal prevê em seu art. 88 que: "O condenado será alojado em cela individual, que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório". Dispomos, porém, de cerca de 312 mil vagas nos presídios do país, sendo a superlotação o maior problema do sistema prisional brasileiro. O Estado Brasileiro carece de políticas públicas sérias, o que aumenta cada vez mais a criminalidade. Além disso, a falta de vagas nos presídios é acompanhada pelas poucas opções de trabalho que podem ser exercidas pelo recluso.

Em conformidade com o boletim extraído do site Consultor Jurídico,[45] análises indicaram que, nos últimos 21 anos (entre 1990 e 2011), o Brasil teve um crescimento percentual de 472%, de modo que o aumento da população carcerária foi 4,4 vezes superior ao de toda a população brasileira no mesmo período. Isso porque, ao invés de políticas de prevenção e ressocialização, o sistema penal brasileiro aposta na política de punição massiva, resultando, consequentemente, em maus-tratos, desordem e a proliferação da reincidência. A criminalidade aumentou, deixando claro que apenas o aumento de encarcerados não significou menos crimes.

Mesmo com a função preventiva especial positiva presente no ordenamento e com o disposto no art. 38 do Código Penal,[46] as condições desumanas e demais problemas do sistema carcerário brasileiro transformam a perda de liberdade em perda da dignidade, de modo que não atende ao seu propósito ressocializador ou de reintegração do indivíduo.

Durante o II Encontro Nacional de Execução Penal, Guilherme Calmon, membro do Conselho Nacional de Justiça, supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do CNJ, declarou que o problema na execução das penas, atualmente, "não é uma questão só jurídica: é uma ques-

prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All&=Apply]. Acesso em: 23 set. 2016.

45. GOMES, Luiz Flávio. Brasil fechou 2011 com 514.582 presos, aponta DEPEN. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 21 jun. 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-jun-21/coluna-lfg-brasil-fechou-2011-514582-presos-aponta-depen]. Acesso em: 22 set. 2016.

46. "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral".

tão política e social. Toda a sociedade está sofrendo os efeitos, passando por uma série de obstáculos por causa do atual funcionamento do sistema penal".[47]

E em entrevista realizada em fevereiro de 2014 pela Revista Consultor Jurídico[48] com o mesmo conselheiro, ele apontou um descaso pelo Poder Executivo no que tange às políticas criminais, de modo que não teria se dado a atenção devida à situação dos estabelecimentos prisionais, e não só às construções propriamente ditas das unidades, mas a tudo que

> faz parte do sistema de execução penal em relação à execução da pena privativa de liberdade, como prestação de assistência jurídica aos presos, a assistência religiosa, assistência para fins de profissionalização, para fins educacionais, até para permitir a remição (perdão) da pena (atribuições dos Poderes Executivos, conforme disposto na LEP).

Com o título "Uma Jornada para o Inferno", a revista inglesa *The Economist* diz, em reportagem de sua última edição, que as prisões na América Latina estão longe de ser um lugar seguro para reabilitação. Ao contrário, são incubadoras violentas do crime, citando como exemplo a formação do Primeiro Comando da Capital (PCC), que nasceu dentro do sistema prisional brasileiro.

Apesar da evidência de que as prisões brasileiras são infernais e trancafiam muitas pessoas erradamente, há pouca simpatia por parte da população com relação àqueles que estão atrás das grades. Em uma pesquisa de opinião de 2008, 73% dos entrevistados declararam que as condições das cadeias deveriam ser ainda mais duras. Dentre os entrevistados brasileiros, pobres e negros eram tão severos, segundo o *The Economist*, quanto os brancos ricos, mesmo a população carcerária negra sendo duas vezes maior que a branca.

Em entrevista realizada com Gilmar Mendes pela Folha de São Paulo em agosto de 2012, relatada pela Revista Consultor Jurídico, em 08 de dezembro de 2013,[49] o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou dizendo que não faria sentido, num país como o Brasil, ter presídios sem as mí-

47. Conselheiro do CNJ defende mudanças no sistema penal. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 15 nov. 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-15/sistema-penal-mudanca-radical-conselheiro-cnj]. Acesso em: 22 set. 2016.

48. Falhas na gestão agravam superpopulação carcerária. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 27, fev. 2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-fev-27/falhas-gestao-agravam-superpopulacao-carceraria-conselheiro-cnj]. Acesso em: 22 set. 2016.

49. "Há pouco caso da sociedade com sistema carcerário". *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 8 dez. 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-08/gilmar-mendes-todos-setores-responsabilidade-questao-carceraria]. Acesso em: 22 set. 2016.

nimas condições para um tratamento digno, de modo que o sistema carcerário brasileiro apresentaria um grau de desumanização em razão do abandono pelo Poder Público, o que refletiria na relação de pouco caso da sociedade com o sistema carcerário.

A pressão social no que tange às melhorias do sistema carcerário e no atendimento a políticas de ressocialização dos condenados é zero, não havendo nenhuma crítica da sociedade acerca desse problema. Grande parcela da população acha que criminosos não merecem qualquer consideração. O Ministro destaca que o preso só perdeu a liberdade, nada mais, o que não reflete na situação real dos condenados por pena privativa de liberdade. Ninguém cuida efetivamente do nível de reincidência no Brasil, e isso passa a deixar de ser somente um problema de direitos humanos, mas passa a ser um problema de segurança pública que não é devidamente solucionado.

As situações degradantes em que o preso é tratado,[50] seja pelo poder público, como pelos demais membros da sociedade, tornam possível extrair que, a partir do momento em que o indivíduo é condenado por pena privativa de liberdade no sistema penal brasileiro, ele deixa de ser considerado cidadão e passa a ser considerado como um ser indigno, e as políticas para atender a função preventiva especial positiva da pena passam a ser desconsideradas e não levadas mais a sério pelo sistema.

Essa perspectiva traz uma espécie de estado de exceção instituído pelo sistema penal brasileiro, mediante o desrespeito concreto ao ordenamento jurídico posto, podendo-se concluir que essas aberturas, que excepcionam, na prática, violação de direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e desobedecem a lei, no que tange à humanização das penas, não permitindo a reintegração do condenado à sociedade, decorrem do tratamento de indivíduos como inimigos.

5. Considerações finais

O Brasil, atualmente, ocupa a 4ª posição entre os países com maior população carcerária do planeta, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia, e, seguindo o parâmetro de pesquisa da reincidência genérica, seria possível destacar o país como uma das maiores taxas de reincidência do mundo (70%).

50. YAROCHEWSKY, Leonardo. Prisão deve ser último recurso do Estado contra criminalidade. Revista Consultor Jurídico. Brasil, 11 jan. 2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jan-11/leonardo-yarochewsky-prisoes-temporarias-transformaram-regra]. Acesso em: 22 set. 2016.

Contudo, observa-se que, no que diz respeito à questão da taxa de reincidência geral do país, os cálculos apontados em todas as pesquisas encontradas ainda se apresentam de maneira deficiente, seja pelo parâmetro de cálculo utilizado, seja por desconsiderar fatores de clara relevância. E isso torna muito difícil realizar uma análise comparativa sobre a taxa de reincidência com os demais países do globo.

Mesmo que as taxas de reincidência brasileira disponíveis possam ser relativizadas, não é de hoje que o sistema penal brasileiro apresenta diversas falhas quanto à execução penal. Cada vez mais promíscuo e ineficiente, seja pela superlotação ou por inúmeras falhas nos programas ressocializadores, não trazendo uma resposta mais eficaz à sua finalidade, qual seja, a ressocialização e reinserção do condenado novamente ao convívio social. A ausência de políticas públicas sérias, e o alto nível de exclusão social só aumentam cada vez mais a criminalidade.

Em que pese a eficácia empírica do projeto de ressocialização dever ser avaliada a partir do dado de reincidência no sistema carcerário nacional, é patente que o simples encarceramento do indivíduo criminoso não tem o condão de restringir a criminalidade se não houver em conjunto políticas afirmativas no sentido de evitar o crime. Por isso, além de punir, as prisões deveriam cumprir o papel de reintegrar os presos à sociedade para evitar reincidência.

A função preventiva especial positiva da pena não tem sido cumprida de maneira adequada, de modo que o sistema penal pátrio tem gerado mais exclusão de indivíduos do que deveria, reforçando as desigualdades sociais. De fato, ser exposto durante o cumprimento de pena a prisões superlotadas, condições indignas, ausência de cuidados adequados à saúde e à educação, dentro se um sistema que falha na adoção de medidas necessárias à reintegração social do preso *a posteriori*, leva o condenado à falta de perspectiva de vida e, consequentemente, à prática de novos crimes.

Existe, ainda, uma consciência popular, muito em função do que se propaga pelos meios de comunicação, que vê o criminoso como inimigo, e só acredita no direito quando vê o criminoso sendo neutralizado, e essa ilusão de segurança que leva o condenado ao patamar de inimigo social é fomentada, como dito, pela mídia e pelo Estado de forma irresponsável e inconsequente, de modo que, em que pese o disposto na Carta Magna, para muitos o caráter ressocializador da pena e a dignidade da pessoa humana não parecem aceitáveis.

Por mais que chegue a ser compreensível que um cidadão acuado pelo crime deseje que um criminoso receba penas cruéis, degradantes e humilhantes, não se pode admitir que um Estado, que se intitula como Democrático

de Direito, descumpra a Constituição Federal e as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos ratificadas, amparadas pelo ordenamento brasileiro.

Como visto, a atual Constituição brasileira prevê a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, prevendo direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, incluindo os presos, proibindo penas cruéis, desumanas ou degradantes. Contudo, o sistema penal brasileiro, ao não respeitar direitos e garantias fundamentais com conteúdo de dignidade, e a condição atual do sistema prisional do país evidenciam o tratamento de indivíduos como não cidadãos.

A realidade que se expõe com esse artigo científico, dado os números alarmantes de reincidência penal, é a de que o apenado na verdade não é visto como cidadão, posto que grande parte da sociedade não o considera como sujeito de direitos, e o poder público, por sua vez, o trata como um verdadeiro inimigo, colocando-o em lugares que violam sua dignidade constitucionalmente prevista, sem garantir mecanismos para que seja ressocializado e reintegrado na sociedade.

6. Referências bibliográficas

ALVES, Ana Cristina Borba. *Exclusão social, invisibilidade e inclusão no Sistema Penal: a reincidência como resposta ao olhar do outro*. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS, 2006. Orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho. Porto Alegre, 2006.

BONESANA, Cesare. (Marquês de Beccaria). *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

BONIN, Ana Paula; FREITAS, Luana Isse. Ex-detentos encontram dificuldades para reingressar na sociedade. *Primeira Pauta*. Joinville, SC, 2 dez. 2016. Disponível em: [http://primeirapauta.jor.br/2013/12/02/ex-detentos-encontram-dificuldades-para-reingressar-na-sociedade/]. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF, 25 jul. 2015. Disponível em: [http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados--reincide-no-crime-aponta-pesquisa]. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. *Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, RJ, 15 jul. 2016. Disponível em: [www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF, 25 jul. 2015. Disponível em: [www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. *Conselho Nacional de Justiça*. Ministro Peluso destaca a importância do Programa Começar de Novo. Brasília, DF, 5 set. 2011. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15703-ministro-peluso-destaca-importancia-do-programa-comecar-de-novo.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.

BURNS, William. *Cogita*. Rússia, 30 dez. 2010. Disponível em: [www.cogita.ru/analitka/obzor/posol-ssha-o-rossiiskih-tyurmah-na-fevral-2008]. Acesso em: 22 set. 2016.

CHILE. Universidade Chilena Adolfo Ibánez. Fundação Paz e Ciudadana. Santiago, 2012. Disponível em: [www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-03-21_reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.

CHINA. Governo Chinês. Disponível em: [www.china.org.cn/e-white/criminal/index.htm]. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. Governo Chinês. Disponível em: [www.china.org.cn/e-white/criminal/8-2.htm]. Acesso em: 22 set. 2016.

Conselheiro do CNJ defende mudanças no sistema penal. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 15 nov. 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-15/sistema-penal-mudanca-radical-conselheiro-cnj]. Acesso em: 22 set. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bureau of Justice Statistics. 22 abr. 2014. Disponível em: [www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4986]. Acesso em: 23 set. 2016.

ESCÓSSIA, Rafael; MOREIRA, Leonardo Melo. Encarceramento no Brasil não cumpre função ressocializadora. *Revista Consultor Jurídico*. 01 jan. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jan-01/encarceramento-brasil-nao-cumpre-funcao-ressocializadora]. Acesso em: 22 set. 2016.

FAZEL, Seena; WOLF, Achim. *A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice*. Estados Unidos da América, 18 jun. 2015. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4472929/]. Acesso em: 23 set. 2016.

FERREIRA, Angelita Rangel. *Crime-prisão-liberdade-crime o Círculo Perverso da Reincidência no Crime*. Artigo publicado pela Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 107, p. 509-534, jul.-set. 2011.

Falhas na gestão agravam superpopulação carcerária. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 27, fev. 2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-fev-27/falhas-gestao-agravam-superpopulacao-carceraria-conselheiro-cnj]. Acesso em: 22 set. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Brasil fechou 2011 com 514.582 presos, aponta DEPEN. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 21 jun. 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-jun-21/coluna-lfg-brasil-fechou-2011-514582-presos-aponta-depen]. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. *Brasil, Holanda e Estados Unidos: panorama dos sistemas penitenciários*. Instituto Avante Brasil. Brasil, 14 jun. 2013. Disponível em: [http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-holanda-e-estados-unidos-panorama-dos-sistemas-penitenciarios/]. Acesso em: 22 set. 2016.

"Há pouco caso da sociedade com sistema carcerário". *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 8 dez. 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-08/gilmar-mendes-todos-setores-responsabilidade-questao-carceraria]. Acesso em: 22 set. 2016.

INGLATERRA. *Ministério da Justiça*. Londres, fev. 2012. Disponível em: [www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2012/03/NAO_Briefing_Comparing_International_Criminal_Justice.pdf]. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. *Ministério da Justiça*. Proven Reoffending Statistics Quarterly Bulletin October 2013 to September 2014, England and Wales – Ministry of Justice Statistics Bulletin. Londres, 2014. Disponível em: [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/541187/proven-reoffending-2014-q3.pdf]. Acesso em: 22 set. 2016.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Lowering the recidivism rate. *Japan Times*. Tokyo, 24 nov. 2014. Disponível em: [www.japantimes.co.jp/opinion/2014/11/24/editorials/lowering-recidivism-rate/#.V97rxIYrK00]. Acesso em: 22 set. 2016.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MELO, João Osório de. Estudo mostra que índice de reincidência no crime é de 77% nos EUA. *Revista Consultor Jurídico*. 2 out. 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-out-02/estudo-mostra-indice-reincidencia-crime-77-eua]. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. The Economist critica prisões da América Latina. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 23 set. 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-set-23/the-economist-faz-duras-criticas-sistema-prisional-america-latina]. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. Conheça o País que consegue reabilitar 80% dos seus criminosos. *Revista Consultor Jurídico*. 03 jul. 2012. Disponível em: [www.pragmatismopolitico.com.br/2012/07/noruega-reabilita-maioria-criminosos-presidiarios-mundo.html]. Acesso em: 22 set. 2016.

MELOSSI, Dario. Security, Migrations and "Social Control" in the Context of the "Constitution". Colóquio Internacional – Direito e justiça no século XXI, 1., 2003, Coimbra. *Direito e Justiça no século XXI*. Coimbra: 2003. p. 1-17.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *O estado de exceção e a seleção de inimigos pelo sistema penal: uma abordagem crítica no Brasil contemporâneo*. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais pela PUCRS, sob orientação do Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Porto Alegre, 2008.

Movimento contra excessos do sistema criminal nos EUA ganha força. *Revista Consultor Jurídico*. 15 nov. 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-nov-15/movimento-excessos-sistema-criminal-eua-ganha-forca]. Acesso em: 22 set. 2016.

No Brasil, 70% dos ex-presidiários voltam ao crime. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 6 set. 2011. Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-set-06/70-presidiarios-voltam-mundo-crime-ganharem-liberdade]. Acesso em: 22 set. 2016.

PAVARINI, Massimo. Menos Cárcel y más medidas alternativas? Delito y Sociedad: *Revista de Ciências Sociales*. Lérida, v. 1, n. 2, p. 75-85, mar. 1991. Trimestral.

PNUD. Relatório de Desenvolvimento Humano. 2013. Disponível em: [http://d2kefwu52uvymq.cloudfront.net/uploads/2014/02/Imagem1.png]. Acesso em: 2013.

PORTO, Alexandre. O Japão e o Crime. *Folha de São Paulo*. São Paulo, SP, nov. 2012. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/79816-o-japao-e-o-crime.shtml?cmpid=hardassinanteuol?cmpid=hardassinanteuol]. Acesso em: 22 set. 2016.

REINO UNIDO. *Highest to Lowest – Prison Population Total*. Institute for Criminal Policy Research. Londres. Disponível em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All&=Apply]. Acesso em: 23 set. 2016.

REYNOLDS, Pat. Recidivism, U.S. and the Russian Federation. *Prezi*. USA, mai. 2014. Disponível em: [https://prezi.com/kn2lkc0wipqn/recidivism-us-and-the-russian-federation/]. Acesso em: 22 set. 2016.

SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

UOL NOTÍCIAS (Brasília). *Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo, diz estudo do MJ*. 2015. Disponível em: [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/23/prisoes-aumentam-e-brasil-tem-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.htm]. Acesso em: 23 jun. 2015.

VASCONCELLOS, Marcos. Combate ao crime no Brasil é disfuncional, critica ministro Gilmar Mendes. *Revista Consultor Jurídico*. 09 jul. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jul-09/combate-crime-brasil-disfuncional-critica-gilmar-mendes]. Acesso em: 22 set. 2016.

WACQUANT, Loïc. *Crime e Castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton*. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 13, p. 39-50, nov. 1999.

_____. *O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza*. Novos Estudos: CEBRAP, Brasil, v. 1, n. 80, p. 9-19, 08 mar. 2007.

YAROCHEWSKY, Leonardo. Prisão deve ser último recurso do Estado contra criminalidade. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil, 11 jan. 2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jan-11/leonardo-yarochewsky-prisoes-temporarias-transformaram-regra]. Acesso em: 22 set. 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Aplicação da pena: confissão e reincidência, de Leonardo Sica e Luisa Moraes Abreu Ferreira – *RT* 925/453-466 (DTR\2012\450915);
- O papel da reincidência criminal na aplicação da pena – reflexões a propósito do acórdão do RE 453.000 do STF, de Adriano Teixeira – *RBCCrim* 108/513-539 (DTR\2014\9544); e
- Reincidência e repressão penal, de Ricardo de Brito A. P. Freitas – *RBCCrim* 81/92-138, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/875-917 (DTR\2009\754).

O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino

The modern penal control: coloniality of power and female imprisonment

Camila Damasceno de Andrade

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Graduada em Direito pela UFSC em 2014. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).
camila_damasceno17@hotmail.com

Recebido em: 16.10.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão autora: 10.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Com base no marco teórico da colonialidade do poder introduzido por Aníbal Quijano, este artigo aponta a expansão colonial para as Américas como a origem do controle penal moderno, responsável por instrumentalizar o processo de racialização do mundo e sustentar a supremacia da ordem capitalista. Considerando, também, a colonialidade de gênero como estruturante da colonialidade do poder, analisa-se o aprisionamento feminino, que vem recrudescendo cada vez mais no Brasil, como uma forma de violência contra as mulheres – especialmente contra as mulheres negras – gestada com a instauração da colonialidade como padrão de poder mundial.

Palavras-chave: Colonialidade – Colonialismo – Controle penal – Gênero – Modernidade.

Abstract: Based on the theoretical framework of the coloniality of power introduced by Aníbal Quijano, this paper points to the colonial expansion into the Americas as the origin of the modern criminal control, responsible for instrumentalizing the process of racialization of the world and sustaining the supremacy of the capitalist order. Considering also the coloniality of gender as a structuring factor of the coloniality of power, the female imprisonment, which is increasingly worsening in Brazil, is analyzed as a form of violence against women – specially against black women – gestated with the establishment of the coloniality as standard of world power.

Keywords: Colonialism – Coloniality – Criminal control – Gender – Modernity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do colonialismo à colonialidade. 3. Colonialidade do poder. 4. Modernidade e controle penal. 5. Colonialidade de gênero. 6. As mulheres e as prisões. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

Andrade, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 129. ano 25. p. 69-105. São Paulo: Ed. RT, março 2017.

1. Introdução

Utilizando o arcabouço teórico desenvolvido pelas criminologias crítica e feminista e pelos estudos pós-coloniais e decoloniais – também em sua vertente feminista –, a presente pesquisa evoca a importância de se estudar as particularidades da experiência latino-americana e, especialmente, da realidade brasileira. Entendendo que a mera absorção dos saberes nascidos nos países centrais não é capaz de dar conta das singularidades do controle punitivo nas sociedades periféricas, busca-se investigar o desenvolvimento do controle penal na realidade brasileira, recém-inserida numa ordem globalizada, neoliberal e individualista que se volta, de maneira cada vez mais intensa, contra os comportamentos habituais dos estratos sociais subalternizados.

Destarte, a gênese escravocrata do sistema penal brasileiro não pode ser desconsiderada, dado que a operacionalidade seletiva do controle penal perpetua o modelo de segregação racial herdado do colonialismo, inferiorizando e aprisionando massivamente negros e pobres. Atuando à margem da legalidade, o controle penal brasileiro transcende a mera repressão formal, selecionando quem são os bons e justos, as vítimas e os inimigos que devem ser combatidos.

A inserção do Brasil no paradigma da modernidade coloca o controle penal numa posição central para o mantimento da colonialidade, responsável pela racialização do mundo e pela supremacia da ordem capitalista. Hoje, todavia, o que se percebe é que o sistema penal não se volta somente contra a população negra e pobre. É possível perceber um aumento substancial do aprisionamento de mulheres no mundo todo e, no Brasil, particularmente, o número de mulheres presas vem crescendo em proporção muito mais elevada do que o número de homens encarcerados.

Entende-se que, em sentido amplo, a prisão enquanto espaço de confinamento e disciplinamento de corpos estende a sua lógica ao sistema penal como um todo, sejam os encarcerados homens ou mulheres. No entanto, numa perspectiva micro, é inegável que há especificidades no encarceramento feminino que não se aplicam ao encarceramento masculino, considerando as diferentes características de seus corpos biológicos e a binariedade dos papéis sociais de gênero.

Levando isso em conta, a argumentação gira em torno da prisão como instrumento de controle social no contexto da colonialidade enquanto padrão de poder mundial. Ressalta-se que, por colonialidade, não se está falando de uma política de Estado restrita à ocupação estrangeira, mas de uma forma de controle social que afeta as searas da sociabilidade, dos espaços público e privado, da cultura, das mentalidades e subjetividades. A colonialidade é um modo

de viver e conviver compartilhado por aqueles que dele se beneficiam e por aqueles que com ele sofrem (SANTOS, 2010, p. 29). O projeto colonial deve ser compreendido, assim, não apenas como a tradicional colonização territorial iniciada com as expansões marítimas, mas também como uma relação de dominação estrutural que subjuga o outro e lhe impõe uma cultura diferente da sua, suprimindo a heterogeneidade dos sujeitos dominados (MOHANTY, 2008, p. 114).

Essa configuração tem assumido contornos imprevisíveis com as atuais circunstâncias de globalização e com a mundialização do capitalismo. E é nesse sentido que as relações de gênero precisam ser levadas em conta, porquanto caracterizam elemento constitutivo da dominação colonial, afetando transversalmente todas as sociedades e relações sociais outrora submetidas ao colonialismo (BAHRI, 2013, p. 660-661).

Investigar a realidade brasileira, então, é lutar contra a colonização dos saberes do Sul pelo Norte global (SANTOS, 2010, p. 43), que se veem sobrepujados por uma academia europeizada que os relega a uma condição de inferioridade, fazendo crer que teorias desenvolvidas em outra realidade geográfica, política e econômica podem ser importadas e aplicadas acriticamente a quaisquer espaços. Não se quer, com essas asserções, alegar uma total excepcionalidade do Brasil, como se teorias externas jamais pudessem analisar a sua realidade. Pretende-se, na verdade, questionar a utilização acrítica e banalizada desses saberes, bem como a visão hierarquizante que os coloca como superiores aos saberes desenvolvidos nos países periféricos. Cumpre, portanto, combater e resistir ao colonialismo, que hoje se repete por outros meios e intercepta diferentes relações de poder, indo além da dominação territorial.

Por conseguinte, este trabalho segue os trilhos do pensamento decolonial, buscando construir espaços de conhecimento livres do eurocentrismo e reconstruindo a historiografia brasileira no contexto de sua relação com o sistema-mundo moderno/colonial. No entanto, é preciso clarificar que não se pretende, aqui, abandonar por completo as categorias do saber ocidental, como sustentam alguns dos teóricos da inflexão decolonial. Os marcos da criminologia crítica e feminista são valiosos para o estudo do sistema prisional, além de dialogarem, em grande medida, com as análises perpetradas pelos estudos pós-coloniais e decoloniais.

De igual maneira, os estudos pós-coloniais não são deixados de lado. Mesmo que desenvolvidos para as realidades das antigas colônias da Ásia e da África, compreende-se que eles podem ser adaptados à experiência latino-americana, constituindo um importante instrumento de análise das relações de poder que se seguiram ao colonialismo.

Assim, acredita-se que o trânsito entre os saberes permite a conexão entre mundos teóricos distintos, formando, com isso, conhecimentos cambiáveis, aptos a descolonizar o mundo acadêmico. Nos dizeres de Costa (2014, p. 931), a tradução cultural permite que "feministas das mais variadas correntes e localizações geopolíticas e corpo/políticas" possam "forjar coalizações entre mundos e ontologias radicalmente diferentes sem reduzi-los a equivalências." Entendendo que as teorias são heterogêneas e que as categorias delas decorrentes resultam de hibridismos entre saberes internos e externos, e que é a postura teórica e o lugar de enunciação do sujeito de conhecimento que definem a forma como ele se relaciona com essa heterogeneidade, torna-se necessário aceitar o colóquio entre os estudos do Sul e do Norte. Reconhece-se, afinal, a inevitabilidade dos cruzamentos entre os saberes, sem, com isso, ignorar as suas especificidades locais (COSTA, 2010, p. 52-53).

Tendo isso em vista, evidencia-se, com este trabalho, não só a importância de se estudar o Brasil, mas, principalmente, de se falar sobre as mulheres brasileiras, uma vez que os estudos feministas e de gênero foram e ainda são bastante negligenciados por uma academia essencialmente patriarcal.

Utilizando o método indutivo, faz-se, primeiramente, um mapeamento dos debates acadêmicos em torno dos estudos pós-coloniais e decoloniais, demonstrando como o colonialismo foi o evento fundante da colonialidade como novo padrão de poder global. Em um segundo momento, discute-se o conceito de colonialidade do poder, desenvolvido por Quijano (2005), que vai apontar a intrusão da América, a consequente classificação racial da população mundial e a instituição do capitalismo como os eixos estruturais da modernidade. Em seguida, aborda-se a constituição do controle penal moderno como decorrente do regime de colonialidade, enfatizando as especificidades do controle penal brasileiro e a sua dependência dos modelos europeus mesmo após a independência. Critica-se a posição marginal que a colonialidade de gênero ocupa no modelo de Quijano, sustentando a sua centralidade para a estruturação da colonialidade do poder e, por fim, observa-se como o encarceramento feminino no Brasil tem vitimado as mulheres não brancas, legitimando a racialização do mundo imposta pelo colonialismo.

2. Do colonialismo à colonialidade

Os processos de descolonização dos países integrantes do chamado "terceiro mundo" deram origem ao tempo histórico pós-colonial, no qual as sociedades exploradas pelo imperialismo teriam se emancipado e libertado (BALLESTRIN, 2013, p. 90). Nessa senda, a terminologia "pós-colonial" é bastante

criticada por dar a entender que a independência dos Estados-nação inaugurou um novo tempo em que o colonialismo não existiria mais, como se os padrões de opressão que lhe caracterizavam tivessem sido superados. Anne McClintock (2010, p. 28-30) sugere que o prefixo "pós" orienta a análise em torno do binarismo "colonial/pós-colonial", dando a entender que o colonialismo representou um período histórico que já foi encerrado. A autora problematiza o uso de um prefixo que não só pressupõe a superação de algo, como sustenta a figura do desenvolvimento temporal linear em direção ao progresso. No mesmo sentido, Ella Shohat (1992, p. 101-102) vai apontar as ambiguidades do termo, que se transformou em um guarda-chuva que abrange um sem-número de conteúdos e acabou, com isso, perdendo a sua especificidade histórica, geográfica e institucional.

Apesar das polêmicas em torno da terminologia, porém, não se pode negar a importância dos chamados estudos pós-coloniais, que realizam uma crítica profunda às concepções dominantes de modernidade, ao eurocentrismo e aos essencialismos, propondo uma nova epistemologia, contrária às opressões que interseccionam gênero, raça e classe. Stuart Hall (2003, p. 107) vai dizer que o termo "pós-colonial" representa, na verdade, uma categoria descritiva, e não uma categoria avaliativa, como sugeriram Shohat e McClintock. Assim, ainda que reconheça as problemáticas em torno do referido conceito, Hall insiste em sua utilização em função de seu sentido político e argumenta que o conceito pode ajudar a descrever a mudança nas relações globais que marca a transição entre a era dos impérios e o momento posterior à descolonização, além de identificar as novas relações e disposições do poder que emergem a partir dessa conjuntura.

Outrossim, Peter Hulme (2008, p. 391-393) também não enxerga o prefixo como um marcador temporal, que delimitaria quando um determinado Estado se emancipa administrativamente. Embora a palavra possa designar, em seu sentido político formal, o pós-independência de nações outrora colonizadas, ela diz respeito, em primeiro lugar, a uma ruptura com as formas colonizadas de pensamento.

A teoria pós-colonial assume a experiência colonial como estruturante das categorias identitárias da atualidade, que têm sua origem na oposição entre colonizado e colonizador. Dessa forma, o colonialismo continua construindo subjetividades, corporalidades, conhecimentos, espacialidades e práticas sociais. Os estudos pós-coloniais se preocupam não só com o colonialismo enquanto dominação territorial já ultrapassada, mas com as implicações deixadas no presente pelas relações de poder associadas às experiências históricas da sujeição colonial, que afetam tanto os grupos populacionais que foram

submetidos ao domínio colonial como aqueles que operaram como colonizadores (RESTREPO, ROJAS, 2010, p. 23, 25).

Verifica-se que a genealogia dos estudos pós-coloniais remonta à colonização da Ásia e da África, entre os séculos XVIII e XX, por parte das potências do norte europeu. Não englobam, em seu princípio, a colonização da América Latina e do Caribe pelas potências hispano-lusitanas do século XVI ao XIX. Teóricos indianos, como Gayatri Spivak e Homi Bhabha são conhecidos mundialmente por sua identificação com os estudos pós-coloniais, ainda que a obra tradicionalmente apontada como fundacional da teoria pós-colonial seja a do israelense Edward Said (RESTREPO, ROJAS, 2010, p. 23-24).

Isso não quer dizer, contudo, que o argumento pós-colonial não possa, em hipótese alguma, ser aplicado à realidade latino-americana, tão fortemente marcada pelos efeitos do colonialismo. Hulme (2008, p. 389-391), inclusive, critica os trabalhos fundantes do pós-colonialismo em razão da ausência de reflexão quanto à primeira onda colonizadora, que atingiu, justamente, o continente americano. Sustenta que abster as Américas do debate é ocultar a gênese da escravidão e do racismo, tão intrinsecamente presentes na cultura da modernidade europeia. Discorda, também, da concepção segundo a qual as teorias pós-coloniais têm sido aplicadas indevidamente à experiência latino-americana, que não se encaixaria no paradigma proposto devido ao fato de as lutas por independência no continente não terem sido travadas pelos grupos originalmente colonizados – comunidades indígenas – contra os colonizadores, mas pelas elites crioulas influenciadas pelos modelos sociais europeus (COSTA, 2010, p. 48). É, entretanto, bastante questionável a opção por excluir a América Latina do retrato colonial, considerando que o genocídio vivenciado pelas populações indígenas impossibilitou, em absoluto, a sua participação na luta por independência.

Nos dizeres de Mary Louise Pratt (2008, p. 461-463), ainda que os estudos pós-coloniais tenham tomado a segunda onda expansionista como referencial de análise, a sua aplicabilidade à experiência da América Latina não deve ser negada, especialmente porque não há como se compreender a segunda onda sem a adequada investigação da primeira. Assim, levando em conta as críticas à terminologia, Pratt vai denominar o pós-colonial latino-americano como "neocolonial", que representa a possibilidade de se ler o presente sob a luz dos acontecimentos passados. O neocolonialismo, portanto, nada mais é do que uma repetição do colonialismo de outrora por outros meios, afinal, o processo de descolonização das Américas não implicou a descolonização das relações econômicas e sociais nem possibilitou uma ruptura com as imposições culturais da metrópole. Por esse motivo, a independência formal das Américas apenas relegitimou as hierarquias coloniais e as suas respectivas práticas institucionais.

Demonstrando que o colonialismo não se trata, somente, de um fenômeno econômico e político, os autores pós-coloniais apontam a sua dimensão epistêmica, responsável por criar uma hierarquização dos saberes e um imaginário acerca do subalterno, legitimando o poder imperial a partir da criação de paradigmas epistemológicos que constroem as identidades individuais e coletivas do colonizador e do colonizado (CASTRO-GÓMEZ, 2005b, p. 20). O pós-colonialismo, então, intercede pelo colonizado e está comprometido com a superação das relações de colonização, colonialismo e colonialidade, denunciando a funcionalidade da produção do conhecimento em prol da dominação do poder (BALLESTRIN, 2013, p. 91).

Mas as críticas ao pós-colonialismo e a relutância de seus teóricos em se debruçar sobre a realidade latino-americana acabaram abrindo espaço para o desenvolvimento de outros saberes, originados no Sul global para analisar as suas próprias experiências. Logo, os estudos decoloniais vão surgir como um espaço de resistência acadêmica ao eurocentrismo e à colonização dos saberes.

Restrepo e Rojas (2010) vão se referir aos estudos e argumentos acerca da decolonialidade como "inflexão decolonial", que pretende expressar um nível mais amplo de subversão que vai além da libertação político-administrativa, mas engloba a emancipação das relações de poder imbricadas na cultura, nos saberes, nas mentalidades e nas diversas esferas de organização social.

Enquanto o colonialismo se refere aos processos de dominação territorial e exploração do trabalho e das riquezas das colônias em benefício das metrópoles, a colonialidade é um fenômeno histórico mais duradouro e complexo, que se inicia com o colonialismo, mas se estende até o presente, e se refere a um padrão de poder que opera a partir da naturalização das hierarquias territoriais, raciais, culturais e epistêmicas, possibilitando a reprodução de relações de dominação. Percebe-se, assim, que os alcances do colonialismo são mais restritos e pontuais quando comparados à amplitude da colonialidade (RESTREPO, ROJAS, 2010, p. 15).

A colonialidade, enquanto padrão de poder, garante a exploração pelo capital em escala mundial, subalternizando e obliterando os conhecimentos, experiências e formas de vida daqueles indivíduos dominados e explorados. A noção de colonialidade do poder remonta ao padrão que estrutura o sistema-mundo[1] moderno, no qual o trabalho, as subjetividades, os conhecimentos, os

1. A perspectiva analítica da inflexão decolonial não é uma localidade isolada, como um país, um estado ou região, mas, sim, a posição destes dentro do chamado sistema-mundo. Entendendo que a realidade de um determinado lugar não pode ser explicada exclusivamente por fatores locais, a sua investigação deve ser realizada em

lugares e os seres humanos do planeta são hierarquizados e governados a partir de sua racialização, submetidos a relações capitalistas de controle do trabalho e da produção e distribuição das riquezas (RESTREPO, ROJAS, 2010, p. 16).

Ao questionar os critérios epistêmicos da produção do conhecimento acadêmico, a inflexão decolonial repreende o eurocentrismo dos saberes hegemônicos e considera a si mesma como um outro paradigma, consolidado sobre um conhecimento descentrado da Europa, originado a partir da diferença colonial e capaz de elaborar novas formas de análise. Reconhecendo que todo conhecimento é situado histórica, corporal e geopoliticamente, um paradigma decolonial critica a suposição moderna de um conhecimento "sem sujeito, sem história, sem relações de poder" (RESTREPO, ROJAS, 2010, p. 20), um conhecimento que vem de lugar nenhum, descorporalizado e deslocalizado.

Aspirando consolidar um projeto de descolonização das formas de vida e do sistema-mundo, a inflexão decolonial vai problematizar, também, a colonialidade do saber presente nas narrativas acadêmicas eurocentradas e modernistas, buscando contribuir para a compreensão das múltiplas dimensões de existência da vida social e para a construção de um mundo descolonizado. Portanto, entendendo a colonialidade na perspectiva do padrão de poder global do sistema-mundo, que cria diferenças e as hierarquiza por meio do discurso racial e da exploração capitalista, o questionamento da modernidade a partir da colonialidade se transforma no problema central da inflexão colonial enquanto projeto político e epistemológico (RESTREPO, ROJAS, 2010, p. 20-22).

3. Colonialidade do poder

O conceito de colonialidade do poder exprime a constatação de que os processos de independência e o consequente surgimento de Estados-nação supostamente livres não foram o suficiente para acabar com a lógica colonial nas esferas econômica e política. Por outras palavras, o colonialismo, no sentido

> atenção ao sistema mundializado de poder no qual essa realidade se encontra. Nesse sentido, o sistema-mundo é a unidade de análise da inflexão decolonial, que parte de uma perspectiva geopolítica para explicar a forma como se produz a modernidade e, por sua vez, a colonialidade, enquanto face oculta daquela. É no contexto do sistema-mundo moderno que as formas políticas e econômicas imaginadas como próprias da experiência europeia são expandidas à escala planetária, repercutindo em todos os âmbitos da vida desde o colonialismo até hoje. A expansão colonial vai conectar as diferentes regiões do planeta, impedindo que se pense, a partir daí, em experiências locais sem levar em conta a sua interconexão com o sistema mundializado de poder (RESTREPO, ROJAS, 2010, p. 19).

histórico, pode até ter cessado, mas a colonialidade permanece (BALLESTRIN, 2013, p. 99-100). O fim das administrações coloniais não acabou com as formas coloniais de dominação, cuja continuidade pode ser percebida através da hierarquização étnico-racial, da divisão internacional do trabalho, da oposição entre centro e periferia, entre Sul e Norte, entre Ocidente e Oriente.

É a partir dessa premissa que Quijano (2005, p. 227) defende que a constituição da América e a expansão do capitalismo culminaram no processo de globalização em curso, que redefiniu os padrões de poder a partir da racialização da população mundial. As hierarquizações sociais passam a tomar a ideia de raça como eixo fundamental, expressando-se por meio da experiência da dominação colonial e do eurocentrismo como modelo de racionalidade. Nota-se, por sua vez, que o caráter colonial desse processo ultrapassa a matriz histórica do colonialismo, perpetuando-se através da colonialidade enquanto elemento imbricado no padrão de poder hegemônico.

Diz-se que a constituição da América está nos fundamentos da globalização porque ela modifica o padrão de poder mundial, podendo ser descrita como a primeira forma identitária da modernidade. Isso se deve a dois processos históricos que se consolidaram como os eixos fundamentais do novo padrão de poder imposto a partir de então: a centralidade conferida à ideia de raça, que serviu para codificar as diferenças entre conquistadores e conquistados com base em uma suposta distinção biológica que conduziria, necessariamente, a uma hierarquização; e a dominação do capital e do mercado sobre todas as formas históricas de controle do trabalho, bem como de seus recursos e produtos (QUIJANO, 2005, p. 227).

No que se refere à ideia de raça, Quijano (2005, p. 227-228) identifica a sua gênese na percepção de diferenças fenotípicas entre colonizadores e colonizados, não havendo registro de termo semelhante antes disso. As diferenças entre os traços fenotípicos – que, com o tempo, passaram a ser codificadas como "cor" pelos colonizadores – foram atreladas a uma noção de superioridade biológica de uma raça por outra, fundando relações sociais hierarquizantes que produziram identidades sociais até então inexistentes – como as categorias "negro", "branco", "mestiço" e "indígena" – e redefiniu identidades já conhecidas, racializando termos que, antes disso, indicavam mera procedência geográfica – é o caso de termos como "português", "britânico" e "ibérico", que adquiriram conotação racial. Nessa perspectiva, a hierarquização das identidades raciais transmuta as relações sociais em relações de dominação que passam, a partir daí, a tomar a ideia de raça como instrumento básico para a organização social.

A conquista, assim, assume o caráter de evento fundacional, centralizando a ideia de raça que foi, posteriormente, mascarada pela noção de classe. Esta,

todavia, não é capaz de explicar o fenômeno da colonialidade nem a especificidade das desigualdades e violências que dela decorreram (SEGATO, 2013, p. 18). A colonialidade do poder surge, justamente, como uma teoria histórica da classificação social apta a dialogar ou mesmo substituir as teorias eurocêntricas acerca das classes sociais. Sua análise cria um espaço conceitual capaz de compreender as disputas históricas sobre o controle do trabalho, do sexo, da intersubjetividade, vendo-as como lutas que se desenvolveram no seio de processos duradouros, em vez de entender os seus elementos como anteriores ao surgimento dessas relações de poder. Conforme Lugones, os elementos que constituem o modelo capitalista de poder eurocentrado e global não estão separados um do outro e muitos deles não preexistem aos processos que constituem o padrão de poder (LUGONES, 2008, p. 79).

O mercado e a relação capital-salário passam a articular todas as formas de controle e exploração do trabalho durante o processo de constituição histórica da América, além de articular, também, o controle da produção, apropriação e distribuição dos produtos. Portanto, formas de controle do trabalho como a escravidão, a servidão e a pequena produção mercantil foram criadas com o objetivo deliberado de produzir mercadorias para o mercado mundial, sendo cada uma articulada entre si e com o capital. Ademais, esse novo padrão global de controle do trabalho foi acompanhado por um novo padrão de poder, estruturado em torno e em função do capital (QUIJANO, 2005, p. 228).

O capitalismo mundial conduziu a uma divisão do trabalho que assimilou e reforçou a categoria racial, associando as novas identidades históricas produzidas a partir de então com os papéis sociais decorrentes da nova estrutura global de controle do trabalho. Ao longo de todo o período colonial, a classificação social em função da raça foi imposta a toda a população mundial, assumindo um caráter global que tinha nos brancos a raça dominante. O surgimento de novas identidades históricas e sociais foi combinado a uma distribuição racista do trabalho e das formas de exploração do capitalismo, atribuindo aos brancos as posições de mando e prestígio e, aos demais, as funções de servidão.

Controlar formas específicas de trabalho, por sua vez, passa a ser, também, uma forma de controlar um grupo racial específico, já que a associação entre raça e trabalho passa por um processo de naturalização que é aceito acriticamente. Desse modo, o trabalho não assalariado foi associado às raças dominadas, já que tidas como inferiores e utilizadas como mão de obra descartável, ao passo que o trabalho pago era privilégio da branquitude europeia. O salário, assim, passa a ser visto como prêmio entregue aos trabalhadores considerados dignos de recebê-lo (QUIJANO, 2005, p. 229-230).

O capitalismo mundial é, ao mesmo tempo, colonial, moderno e eurocentrado, porque desenvolvido no seio da expansão colonial, tomando a Europa e o europeu como centros do mundo, detentores do controle do mercado mundial. O domínio colonial foi imposto a todas as regiões e populações do globo, que, ao adotar o seu padrão específico de poder, precisaram encarar profundas mudanças em sua identificação histórica e geocultural. O capitalismo mundial estendeu sua colonialidade para a produção dessas novas identidades, reduzindo toda uma diversidade e heterogeneidade de histórias culturais a um único mundo dominado pela Europa e pelo capital. Observa-se, então, que o capital não articula em torno de si apenas as formas de controle do trabalho, mas também reconfigura o mundo intersubjetivamente, assimilando à hegemonia ocidental todas as experiências, recursos e produtos históricos e culturais a uma única ordem cultural global. Por outras palavras, a hegemonia do capitalismo mundial concentrou em si todas as formas de controle da subjetividade, da cultura e da produção do conhecimento (QUIJANO, 2005, p. 230-231).

Este é, então, o primeiro padrão de poder efetivamente global da história conhecida. Antes dele, não havia um padrão que articulasse cada um dos âmbitos da existência social a todas as formas conhecidas de controle das relações sociais, bem como não havia um padrão que cobrisse a totalidade da população do planeta. Além disso, as próprias estruturas que sustentam os âmbitos de existência social foram construídas sob a hegemonia de uma instituição produzida a partir desse padrão de poder. Assim:

> (...) no controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, está a empresa capitalista; no controle do sexo, de seus recursos e produtos, a família burguesa; no controle da autoridade, seus recursos e produtos, o Estado-nação; no controle da intersubjetividade, o eurocentrismo.

E cada uma dessas instituições se encontra em interdependência com as demais, configurando, na verdade, um sistema que se baseia na colonialidade do poder, no capitalismo e no eurocentrismo para homogeneizar as formas básicas de existência social de todas as populações sob o seu domínio (QUIJANO, 2005, p. 233).

A partir destes pressupostos, pretende-se abordar as imbricações entre a ordem colonial moderna e os seus mecanismos de reprodução. Mais especificamente, sobre como o controle penal foi instrumentalizado pelo padrão de poder capitalista global. Defende-se, aqui, que o colonialismo constitui a gênese do controle penal moderno e que, hoje, é o regime de colonialidade o responsável pelas violências perpetradas em nome do sistema prisional.

4. Modernidade e controle penal

Por controle social se entende, em sentido amplo, as formas pelas quais a sociedade responde, formal ou informalmente, aos comportamentos e pessoas que designa como desviantes ou indesejáveis por quaisquer motivos, estigmatizando, com isso, a conduta desviante e o próprio autor do desvio. O controle penal, por sua vez, sendo uma forma específica de controle da sociedade, é aquele que demarca as fronteiras entre o criminoso e o não criminoso, valendo-se das dinâmicas entre os macropoderes político/punitivo, econômico/financeiro e a microfísica dos poderes sociais – hierarquizações de gênero e raça, por exemplo – para definir o que contraria ou não a ordem social posta. Considerando que o controle penal é, necessariamente, consequência de interações entre Estado, mercado e sociedade, não é apressado concluir que a integralidade das desigualdades sociais está refletida no sistema penal (ANDRADE, 2012, p. 133, 161).

A historiografia acerca do controle penal moderno traz apontamentos distintos sobre a sua estruturação. As compreensões tradicionais apontam o pós-Segunda Guerra como o desenvolvimento de uma forma diferenciada de engenharia social da punição, ao passo que autores como Foucault assinalam a industrialização da sociedade como a origem do moderno sistema penal (PRANDO, 2012, p. 21). Consequentemente, o cárcere teria a tarefa inicial de disciplinar as massas camponesas que ocuparam os centros urbanos para o trabalho fabril, produzindo, com isso, corpos dóceis, submissos a uma política de coerções (FOUCAULT, 1999, p. 118-119).

O aparato teórico materialista da economia política da pena localiza o modo de produção capitalista e a estruturação do Estado Legislativo como o início do controle penal nos países centrais. Tendo se constituído a partir do século XVIII, com o nascimento da sociedade industrial, o controle punitivo moderno teria emergido com o desenvolvimento do Estado burocrático, centralizado e racionalizado, que se ocupou rapidamente de inaugurar instituições totais para segregar aquelas pessoas definidas como desviantes, substituindo os suplícios e a pena capital pela privação da liberdade (PRANDO, 2006, p. 78).

No entanto, adota-se, aqui, o entendimento de que o controle penal moderno tem sua gênese com a expansão colonial europeia em direção às Américas e, posteriormente, para todo o mundo. Se, conforme afirmam Rusche e Kirchheimer (2004, p. 18-20), há uma relação histórica entre o sistema punitivo, as condições sociais e a estrutura do mercado de trabalho, há, também, uma reciprocidade entre as formas punitivas e as relações de produção desenvolvidas a partir da colonização imposta pelo capitalismo mundial, que articulou

em torno do si todas as formas de controle e exploração do trabalho. De acordo com Segato (2013, p. 36), a perspectiva teórica da colonialidade do poder reconfigura o discurso histórico acerca do capital, imprimindo um novo rumo à leitura da história mundial como um todo, sendo essencial para se pensar, também, a seara da criminologia.

Entende-se, então, que o colonialismo não é mero desvio ou momento histórico superado pela modernidade, porquanto esta se encontra intrinsecamente associada à história daquele (RESTREPO, ROJAS, 2010, p. 17). Assim, a inflexão decolonial vai apontar a colonialidade como a face oculta da modernidade. Mesmo ignorada pelos teóricos tradicionais, que comumente atrelam o projeto moderno à emancipação racional do mundo e da vida humana, a colonialidade é constitutiva da própria modernidade. Conforme Mignolo (2005, p. 72), modernidade e colonialidade representam os dois lados de uma mesma moeda: a relação entre elas é de coprodução; sem colonialidade não há, nem pode haver, modernidade.

Em nome da racionalidade, a modernidade oblitera "a hibridez, a multiplicidade, a ambigüidade e a contingência das formas de vida concretas". Destarte, o projeto moderno é, antes de tudo, um dispositivo de poder que, fazendo uso de uma lógica binária, constrói o "outro" em oposição ao "eu" (CASTRO-GÓMEZ, 2005a, p. 169).

Conforme aduz Castro-Gómez (2005a, p. 170), entender a modernidade como um projeto é denunciar a existência de uma instância central, representada, por excelência, pelo Estado, que tem a prerrogativa de coordenar a mecânica do controle sobre o mundo natural e social, garantindo, com isso, a organização racional da vida humana. A necessidade de ajustar a vida humana ao sistema de produção pode ser definida como a matriz do imperativo da modernização, que, através do trabalho, buscou disciplinar as paixões e supostamente orientá-las para o benefício da coletividade. As políticas e instituições estatais, das quais a prisão é particularmente representativa, surgem para atender a esse imperativo, submetendo os tempos e os corpos a uma normatividade definida e legitimada pela racionalidade científica.

Ao longo do colonialismo, as prisões não tinham, ainda, a importância que obtiveram após a independência e, principalmente, que têm hoje para a manutenção da mecânica do controle social. Os esquemas punitivos implementados pelas autoridades coloniais não tinham a privação da liberdade como forma central de castigo. Ao contrário, as prisões eram utilizadas, regra geral, para a detenção de suspeitos e para os condenados que aguardavam a execução de suas penas reais, entre as quais o confinamento não estava incluído. O controle penal, porém, estava presente nos velhos suplícios e penas capitais que ainda

eram as principais formas de castigo, que incluíam execuções públicas, açoites, desterros, trabalhos forçados e marcas variadas. O encarceramento, durante o período colonial, destinava-se ao mero armazenamento de detentos, não tendo sido implementado a partir de um regime institucional (AGUIRRE, 2009, p. 37).

Conservar a ordem escravocrata era o objetivo das prisões brasileiras no período imperial. Com o Estado ainda em formação, o trabalho – agrário em sua essência – era exercido pelos escravos negros. Disciplinar proletários, por sua vez, não era uma necessidade da época, mas, sim, manter o modo de produção escravocrata e defender a sociedade contra insurreições (ANDRADE et al, 2015, p. 110-111).

Ao assumir a perspectiva da colonialidade do poder, verifica-se que os dispositivos panópticos tão bem descritos por Foucault são insuficientes para descrever uma estrutura macroestrutural que toma a relação colonial entre centro e periferia como fundamento. É preciso, portanto, ampliar o conceito foucaultiano de poder disciplinar, inscrevendo-o na ordem do que Mignolo (2005, p. 71) chamou de "sistema-mundo moderno/colonial". O projeto da modernidade, conforme Castro-Gómez (2005a, p. 173), vincula os seus dispositivos disciplinares a uma dinâmica estrutural que sustenta uma dupla governamentabilidade jurídica: exercida para dentro, pelos Estados-nação, para construir identidades através das políticas de subjetivação; e exercida para fora, pelas potências capitalistas, para garantir a exportação, para o centro, das matérias-primas produzidas na periferia.

Com a independência, as ex-colônias iniciaram os processos de formação dos Estados-nação, moldados a partir do contraponto entre os ideais republicanos, liberais e positivistas e a realidade do racismo, autoritarismo e exclusão, característicos de suas estruturas sociais. Por trás da defesa dos direitos individuais liberais, as elites crioulas mantiveram as hierarquias e discriminações do colonialismo (AGUIRRE, 2009, p. 38), garantindo, com isso, a manutenção de seus interesses por meio do domínio e exploração das raças marginalizadas.

As relações coloniais foram, assim, ressignificadas e intensificadas pelos segmentos políticos do emergente Estado brasileiro, que se valeram dos mecanismos eurocêntricos de disciplina e punição como técnica de controle colonial para traçar as divisões entre o "eu" civilizado e o "outro" colonizado e criminoso.

Compartilhando dos mesmos interesses da burguesia europeia, os grupos dominantes latino-americanos sempre se inclinaram a seguir os comandos dos seus pares europeus, aceitando, resignados, a dependência e subordinação.

Como consequência da colonialidade, os senhores brancos latino-americanos passam a perceber os seus interesses como iguais aos dos brancos europeus e estadunidenses, apesar de que, diferentemente destes, aqueles não tinham a pretensão de assalariar índios servos e escravos negros, o que os impedia de transformar capital comercial em capital industrial. "Por óbvias razões, os dominadores coloniais dos novos Estados independentes, em especial na América do Sul depois da crise de fins do século XVIII, não podiam ser nada além de sócios menores da burguesia européia" (QUIJANO, 2005, p. 243-244).

Embora a escravidão fosse a realidade dos negros do Brasil mesmo após a formação do Estado, o processo de modernização importou, da Europa, a necessidade de formar proletários, estimulando o discurso abolicionista. Ademais, de acordo com Aguirre (2009, p. 38), no contexto de pós-independência as prisões assumiram um papel primordial na implementação dos mecanismos de dominação.

Com o fim da escravidão, a raça assume o posto de principal fator criminógeno, sendo responsável pelo aprisionamento da população negra, que, a partir da abolição, passa a integrar as massas ociosas e improdutivas. Ora, se o controle penal europeu tinha o objetivo de formar proletários aptos à disciplina da fábrica, o controle penal latino-americano e, especialmente, o brasileiro, prezava, também, pela manutenção da ordem colonial. A raça, então, passa a ser utilizada pelos agentes do sistema penal como instrumento de seleção daqueles que merecem ou não ser presos.

A colonialidade não é somente uma contingência histórica superável pela modernidade ou um desvio em seu percurso, mas é imanente à modernidade e se articula como a exterioridade constitutiva da modernidade. A própria emergência, existência e transformações pelas quais passa a modernidade estão umbilicalmente ligadas à colonialidade. Em outros termos, pode-se dizer que a atribuição do conceito de moderno para caracterizar algo ou alguém é, necessariamente, acompanhada pela sua contraparte não moderna. A modernidade exige, para a sua definição, uma oposição não moderna, primitiva, incivilizada. Ao "nós" sempre vai estar oposto o "eles" (RESTREPO, ROJAS, 2010, p. 17-18). E, no contexto pós-colonial, "eles" são os desviantes, aqueles que não se adéquam à norma-padrão, designados, portanto, como primitivos, loucos, doentes, criminosos, sendo colhidos no interior dos grupos outrora colonizados e confinados nas prisões.

A moldura da modernidade é o que define, desde o princípio, o interior e o exterior, os conteúdos que podem ocupar aquele espaço e os conteúdos que devem ficar de fora. Sendo a modernidade um projeto civilizatório que intervém sobre territórios, grupos humanos, conhecimentos, corporalidades,

subjetividades e práticas, é a exterioridade, ou seja, essa diferença em relação ao moderno, que é produzida como não moderna[2] (RESTREPO, ROJAS, 2010, p. 18).

O contexto histórico da colonização se evidencia, então, como o momento em que novas estratégias de controle foram gestadas pelos colonizadores e impostas, a partir do sistema penal, sobre a população colonizada. É, precisamente, com o processo de modernização que os discursos de defesa social são trazidos para o Brasil. Prometendo a ressocialização e reeducação dos delinquentes por meio do trabalho, os discursos reformadores da época clamavam pela conversão de "homens imorais e viciosos" em cidadãos honrados e laboriosos. A retórica liberal das elites que comandavam os novos Estados-nação independentes tinha como contraface os discursos pela necessidade de controle das massas indisciplinadas e imorais através de mecanismos de repressão severos (AGUIRRE, 2009, p. 39-40).

Com o objetivo de trazer a modernidade para a realidade brasileira, as penitenciárias foram adotadas como modelo institucional carcerário, a fim de reproduzir os passos europeus. Assim, a primeira penitenciária latino-americana foi, justamente, brasileira: a Casa de Correção do Rio de Janeiro, concluída em 1850, surgiu como um poderoso símbolo da modernidade (AGUIRRE, 2009, p. 40-41). Inspirada nas penitenciárias panópticas dos Estados Unidos e da Europa, ela foi, por muito tempo, a única instituição penal "moderna". Com capacidade bastante limitada, não foi capaz de impedir a superlotação que, a partir daí, tornou-se a regra geral entre as instituições carcerárias brasileiras.

A centralização do poder de punir no Estado moderno, a racionalização decorrente da submissão à lei e a burocratização gerada pela especialização dos saberes e práticas punitivos foram os elementos que determinaram a modernização do controle penal (PRANDO, 2012, p. 22). Nesse contexto, o saber criminológico cumpriu, portanto, a importante função de produzir um saber a serviço do poder punitivo, legitimando a punição através de sua suposta utilidade na defesa social.

O autor do desvio, visto como objeto do referido saber (FOUCAULT, 1999, p. 210), é aquele sobre quem a resposta penal deve ser concentrada, porque a criminalidade passa a ser diagnosticada como sintoma de uma personalidade patológica que deve ser combatida a partir de duvidosas soluções político-criminais. Nesse sentido, o direito penal passa a ser encarado como um direito de

2. Na inflexão decolonial, essa diferença é o que Mignolo (2005, p. 73) vai denominar como "diferença colonial", ou seja, a particularidade dos padrões de opressão originados com o colonialismo ou por ele exacerbados.

tratamento, porquanto busca reformar a personalidade delinquente e ressocializar o condenado com os ideais de uma ética do trabalho que objetiva conferir utilidade aos corpos dentro de uma sociedade capitalista (FOUCAULT, 1999, p. 118-119; PRANDO, 2012, p. 28-29). Entende-se, aqui, que esse modelo constitutivo do saber foi transnacionalizado, isto é, originado nas escolas penais europeias, mas importado para outros contextos, passando a colonizar as legislações penais de uma diversidade de países. Por conseguinte, de acordo com Prando (2012, p. 33), os juristas brasileiros não falam por si, mas reproduzem um discurso que se diz universal justamente com o intuito de se ver livre de seu contexto originário e ter o seu conteúdo difundido para além das fronteiras nacionais. A chamada ideologia da defesa social, originada na Europa a partir da confluência entre a criminologia positivista e as escolas penais liberais, foi importada para o Brasil e absorvida pelo discurso oficial da dogmática jurídico-penal. Ela retoma o binarismo típico da modernidade para instituir princípios maniqueístas que opõem o criminoso à pessoa "normal", patologizando a conduta desviante. Articula-se, assim, em torno da ideia de que as leis penais são criadas para defender o interesse social, pois os delitos por elas elencados ofenderiam bens jurídicos fundamentais e contrariariam interesses essenciais de toda a parcela "boa" da sociedade. Os sãos, representados por aqueles que agem em conformidade com o preceituado pela lei, precisariam se opor à patologia criminosa dos "outros", os desviantes, devendo ter os seus interesses protegidos pela legislação (BARATTA, 2011, p. 42-43). Nessa senda, não é difícil deduzir a quem será atribuído o *status* de criminoso numa sociedade marcada pela colonialidade e pela racialização. É em nome da defesa social, então, que o sistema penal sustenta paradoxos como um Estado intervencionista de matriz positivista que, mascarado de Estado de Direito, não abandona o garantismo do discurso liberal em nível político-ideológico. Concomitantemente, recebe aval legislativo para intervir sobre os sujeitos patologizados pelo controle social, apregoando a necessidade de se proteger a sociedade da alegada personalidade perigosa do delinquente, justificando e racionalizando o sistema de controle social em geral e o repressivo em particular (ANDRADE, 2015, p. 78-79, 182).

Tomando como herança o fictício contrato social do liberalismo clássico, a ideologia da defesa social pressupõe que os delitos elencados na lei penal dizem respeito a violações dos principais interesses de toda a comunidade (BARATTA, 2011, p. 43). Sabe-se, ademais, que a ideia liberal em torno do estado de natureza e do contrato social constitui o mito fundacional da versão eurocêntrica da modernidade, que toma a criação do Ocidente europeu como a origem do curso civilizatório. A perspectiva evolucionista, particularmente

importante para a perpetuação do racismo como padrão de poder, toma esse mito como ponto de partida, baseando-se numa compreensão idealista da história ao entendê-la como um movimento de mudança unilinear e unidirecional, que sempre caminha em direção ao progresso. A classificação racial da população do mundo se valeu do evolucionismo para conferir cientificidade a sua atuação, fortalecendo o etnocentrismo europeu e despojando os povos colonizados de suas singulares identidades históricas, que passaram a integrar uma massa homogênea de povos "incivilizados" e inferiores que não representam outra coisa além de um passado primitivo, já superado pela modernidade (QUIJANO, 2005, p. 236-237).

Outrossim, segundo Andrade (2015, p. 190-191), a história oficial do sistema punitivo pressupõe o progresso como a direção corrente seguida pelo passar do tempo, como se as penas corporais de outrora tivessem sido substituídas por um modelo humanista que prevê a privação de liberdade como pena máxima. A criminologia crítica, contudo, vai demonstrar o idealismo do discurso jurídico, que valoriza a prisão ao encobrir a barbárie por ela perpetuada ainda nos dias atuais.

Percebe-se, com isso, uma articulação entre evolucionismo e dualismo, que amalgamam a visão linear e unidirecional da história com ideias binárias como "europeu e não europeu", "primitivo e civilizado", "passado e progresso", "tradicional e moderno", sempre pressupondo um estado de natureza ultrapassado por uma sociedade moderna e civilizada. Além disso, a implementação da ideia de raça recai na naturalização das diferenças culturais entre os grupos humanos, que passam a ser reduzidos a uma única identidade associada a seu fenótipo, por mais heterogêneos que sejam. Há, ainda, uma realocação temporal dessas diferenças, uma vez que toda a diversidade para além do europeu/ocidental passa a ser percebida como integrante de um passado (QUIJANO, 2005, p. 237).

Não é à toa que a criminologia positivista, inaugurada pela antropologia criminal de Césare Lombroso e fundante da ideologia da defesa social, tenha se valido do evolucionismo para desenvolver seu discurso patologizante da criminalidade, reduzindo a criminologia à mera explicação causal do comportamento criminoso individual e, portanto, à ciência auxiliar da dogmática penal. O crime, enquanto realidade ontológica, seria precedido pelo criminoso, uma vez que é nele que reside a degeneração que origina a conduta delitiva e no qual se encerra a periculosidade que deve ser combatida pela pena (ANITUA, 2008, p. 305).

No Brasil, Nina Rodrigues (1957, p. 157-158) traduziu a teoria lombrosiana a partir de uma potencialização de sua matriz racista, apontando a mestiçagem

como o problema central do país. Buscando o embranquecimento da nação, advogou pela apartação dos negros e por uma gestão diferencial do crime a partir de critérios raciais, já que enxergava nos negros uma raça inferior e propensa à delinquência.

Nota-se que o controle penal se tornou um dos principais responsáveis pela manutenção do etnocentrismo europeu, instrumentalizando a classificação racial da população para selecionar a clientela carcerária. Logo, os povos outrora colonizados não foram somente dotados de novas subjetividades, histórias e culturas, mas foram, também, tomados como modelo da barbárie, que deveria ser combatida pela pena. Conforme aduz Quijano (2005, p. 231-132), a colonialidade ressignificou todo o padrão de poder mundial e criou um consenso em torno da inferioridade dos dominados.

A criminologia crítica vai esclarecer que a construção do desvio e dos desviantes se dá a partir de condicionamentos sociais, econômicos e políticos, demonstrando que os interesses que movimentam a produção legislativa não são, na realidade, comuns a todos, mas pertencentes a uma parcela da sociedade, particularmente, aos estratos sociais mais elevados[3]. Outrossim, os processos de criminalização estão atrelados ao poder de definição conferido a específicos grupos sociais, cujos interesses são protegidos pela legislação penal, em contraposição às aspirações dos indivíduos criminalizados e estigmatizados. A distribuição desse poder se relaciona, por sua vez, à estratificação social, caracterizando-se pela desigualdade que atinge a gênese da norma penal desde o processo de criminalização primária, marginalizando, com isso, os anseios dos contingentes mais desfavorecidos da sociedade[4] (ANDRADE, 2015, p. 202-203).

A seletividade do sistema penal brasileiro perpetua o modelo de segregação racial herdado da escravidão, aprisionando a juventude negra e pobre ou mes-

3. Conforme se verá mais adiante, há outras questões que devem ser consideradas para a compreensão do manto ideológico que reveste o discurso punitivo oficial: além de se apoiar em estratificações econômicas e raciais, o sistema penal se acomoda sobre uma estrutura patriarcal que hierarquiza homens e mulheres, atendendo aos interesses masculinos ao mesmo tempo que rebaixa as demandas femininas. A organização social de gênero integra o aparato do controle penal, condicionando a atuação legislativa e a posterior seleção dos que serão definidos como criminosos e não criminosos.

4. Deve-se ter cuidado com a adoção de tais conceitos, como já alertava Baratta (2011, p. 129), sob pena de se cair numa análise simplista que reduz o Direito à qualidade de instrumento das classes dominantes, ignorando a sua capacidade de reproduzir interesses dos dois polos do sistema capitalista, embora seja inequívoco que as vontades de um se sobrepõem, quase sempre, às do outro.

mo exterminando os indesejados através da fabricação de autos de resistência fictícios. Conquanto a privação da liberdade constitua, formalmente, o mais rigoroso instrumento institucional da reação social contra os comportamentos indesejados, no plano "subterrâneo" (CASTRO, 2005, p. 128), muitas das reações realizadas pelo próprio aparato estatal superam o seu rigor – como ocorre com as execuções sumárias dos habitantes de favelas, traficantes e usuários de drogas, autores de roubos e pequenos furtos. Nessa perspectiva, o controle penal brasileiro vai além da mera repressão formal, pois o seu poder militarizador atua à margem da legalidade, semeando a violência por meio de suas agências executivas (ZAFFARONI, 2001, p. 23-29).

De acordo com Baratta (2011, p. 176), a formulação técnica dos tipos penais expressa a malha fina que eles representam para os selecionados pela criminalização secundária, que dificilmente conseguem escapar de sua reação mais severa. Embora a impunidade seja a regra no sistema penal,[5] devido à sua incapacidade de cumprir o próprio programa punitivo, a exceção criminalizada quase sempre recai sobre os estratos sociais mais débeis.

5. Colonialidade de gênero

Há, entretanto, outro instrumento de dominação social universal, mais antigo, inclusive, do que os elementos raça e classe, essencial para a investigação do controle penal moderno. Trata-se da organização social de gênero, que toma as diferenças biológicas entre homens e mulheres como critério para hierarquizá-los socialmente. Ainda que a desigualdade de gênero já existisse antes da colonização, ela é potencializada a partir dela, uma vez que o patriarcado pré-colonial obedecia à outra estrutura, transformando-se em uma forma muito mais letal para as mulheres a partir da imposição do padrão colonial (SEGATO, 2013, p. 80-82). Ademais, a intersecção entre as categorias raça e gênero passa a atingir as mulheres de maneira violenta com a ascensão da colonialidade. Conforme Spivak (2010, p. 67), "se, no contexto da produção colonial, o sujeito subalterno não tem história e não pode falar, o sujeito subalterno feminino

5. Considerando que o programa primário arquitetado pela legislação abarca uma quase infinidade de condutas, o desrespeito ao projeto penal é necessário para o próprio funcionamento do sistema. A capacidade operacional das agências que promovem o processo de criminalização secundária é visivelmente limitada e inábil para cumprir a magnitude do projeto primário, gerando o que se costuma chamar de "cifra oculta", isto é, o abismo que existe entre o real volume de delitos cometidos diariamente pela quase totalidade social e os números divulgados nos dados oficiais (ZAFFARONI, 2001, p. 26).

está ainda mais profundamente na obscuridade". Destarte, a colonialidade não se refere somente à classificação racial, mas é um fenômeno que abarca, também, o controle do sexo e das demais esferas da existência social.

Entendendo o gênero como um sistema de organização social que toma o sexo biológico como ponto de partida para a atribuição de papéis e estereótipos às mulheres e aos homens, as diversas críticas feministas vão denunciar a construção cultural de modelos idealizados do feminino e do masculino. Demonstraram, assim, que a discriminação em função do sexo não tem raiz em características biológicas, mas em causas sociais (MENDES, 2014, p. 86), e que o gênero não é somente o elemento constitutivo das relações sociais que se baseiam nas diferenciações entre os sexos, mas é uma estrutura primária que significa as relações de poder (SCOTT, 2008, p. 64).

Para construir socialmente as imagens ideais de mulher e de homem, é necessário difundir símbolos culturais que, introduzidos através de conceitos normativos, tenham o condão de agregar representações sobre o feminino e o masculino. A partir dessa simbologia, o gênero constrói subjetividades e as outorga a seus destinatários, direcionando as condutas e os desejos. O patriarcado, então, toma por base os papéis artificiais conferidos em razão da ordem biológica e vem justificar a dominação masculina sob a alegação de uma suposta inferioridade das mulheres (MENDES, 2014, p. 86-87).

A dominação masculina se projeta em todo um conjunto de instituições que mantém e reforça os papéis e estereótipos de gênero. O feminismo veio desnudar o caráter histórico do patriarcado, demonstrando que a inferiorização feminina não passa de construção social que foi naturalizada, fundamentando-se no domínio do homem sobre a mulher através da violência – esta vinculada à própria definição do masculino – e promovida por meio de todas as instâncias sociais (MENDES, 2014, p. 86-87).

O feminismo, nascido da prática política de um movimento formado por mulheres cujo ativismo se particularizou pela denúncia das discriminações sexuais e de gênero, invadiu a prática acadêmica, identificando, na ciência, um canal de expressão dos movimentos sociais das mulheres. Contribuiu, consequentemente, para renovar os conhecimentos das ciências sociais e humanas, fundando uma nova episteme científica e metodológica e inaugurando uma nova configuração de crítica à teoria da ciência.

Sandra Harding (1993, p. 8-9) afirma que, ao criticarem a influência patriarcal sobre os saberes hegemônicos, as teóricas feministas contestaram a objetividade, racionalidade e universalidade atribuídas a eles. Denunciaram o fato de que suas aproximações teóricas são, muitas vezes, generalizadas e tomadas

como universais sem qualquer critério, a fim de que possam analisar contextos sociais, culturais e políticos bastante distintos das realidades em que foram elaboradas. Ao mesmo tempo que tomam como base as experiências do homem branco, ocidental, burguês e heterossexual – afastando, com isso, os homens que não se encaixam nessas categorias –, elas excluem a experiência social das mulheres em geral.

Todavia, o avanço das reflexões feministas foi acompanhado por inúmeras subdivisões teóricas dentro do movimento, dado que a própria crítica feminista recorreu às generalizações que tanto repreendeu nas teorias hegemônicas. Ao fazer referência a uma "mulher universal" como sujeito e objeto de sua análise, não se estava pensando nas mulheres negras, latinas, asiáticas, africanas, mas na mulher branca, ocidental, burguesa e heterossexual, para a qual o patriarcado era a principal fonte de opressão (HARDING, 1993, p. 8). Ao se estudar as experiências de qualquer outro tipo de mulher que não se encaixasse nos padrões essencialistas dessa mulher universal, notou-se que o feminismo de viés liberal era limitado e insuficiente, porque, ao enfocar a opressão imposta pelo patriarcado, invisibilizou a subalternização das mulheres por motivos raciais, regionais e de classe.

O feminismo liberal, portanto, desenvolveu teorias hegemônicas e estigmatizantes que acabaram reproduzindo, ainda que sob outro viés, as tendências dos monoculturais saberes patriarcais. Ao presumirem que os problemas de todas as mulheres se resumem aos problemas de algumas, ignoram que não há uma única e verdadeira formulação teórica feminista da história humana e, principalmente, da história das experiências das mulheres (HARDING, 1993, p. 9).

Nos trilhos da crítica ao eurocentrismo, os estudos feministas pós-coloniais e decoloniais contestaram as pretensões universalizantes, valorizando os localismos e as subjetividades e rejeitando a objetividade científica e as teorias totalizantes. Ao entenderem que o conhecimento e o conhecedor devem ser situados, as teóricas feministas pós-coloniais e decoloniais passaram a desempenhar o importante papel de questionadoras do pensamento eurocêntrico – inclusive do feminismo liberal – e de seus dogmas empiricistas.

No contexto do padrão de poder capitalista global, é preciso situar o gênero enquanto categoria colonial para compreender o papel por ele desempenhado na reprodução de seus padrões de opressão. Nesse sentido, a teorização de Quijano acerca da colonialidade do poder pressupõe que a colonialidade de gênero, ainda que anterior àquela, ficou subordinada a ela quando o critério racial passou a ser utilizado como principal instrumento de classificação e do-

minação social. Por conseguinte, a hierarquização em função do sexo estaria subordinada à hierarquização em função da raça.

No entanto, os debates feministas pós-coloniais e decoloniais vão contrariar essa premissa e reconhecer o gênero como categoria central para a estruturação do colonialismo e da colonialidade. O próprio capitalismo global se valeu das assimetrias de gênero na construção de seus alicerces contemporâneos. Nessa senda, o gênero constitui elemento estruturador da colonialidade do poder, e não uma categoria acessória já superada. Conforme Segato (2013, p. 80), apesar de sua tipificação como tema particular pelo discurso sociológico e antropológico, as relações de gênero são "uma cena ubíqua e onipresente de toda vida social".

Não se pretende, porém, retirar a centralidade da classificação racial. É necessário, na verdade, perceber a imbricação entre racismo e patriarcado, que se consolida com o colonialismo e se mantém até hoje através da colonialidade, atuando em desfavor das mulheres não brancas.[6]

> Ao centralizar, através do conceito da interseccionalidade, o entrelaçamento do gênero com a raça, a classe e a sexualidade, abrimos um caminho para o projeto feminista de descolonização do saber (COSTA, 2010, p. 50).

Lugones (2008, p. 75-76) vai dizer que as mulheres não brancas foram sistematicamente submetidas a violências não compartilhadas por suas contrapartes masculinas também não brancas, sendo inferiorizadas pelo capitalismo global e vitimadas tanto pela colonialidade do poder quanto pela colonialidade de gênero. A indiferenciação entre as opressões sofridas por homens negros e mulheres negras cria a concepção de um sujeito coletivo monolítico e homogêneo.

A historiografia do colonialismo é, também, marcada pela produção ideológica da dominação masculina, de modo que, se algum sujeito subalterno vier a ter alguma visibilidade, certamente esse sujeito será masculino. As mulheres

6. Lugones (2008) vai se referir às mulheres não brancas como "mulheres de cor", justificando a sua opção como uma forma de conferir visibilidade à categoria "cor" dentro da abordagem sobre o gênero, sendo, desse modo, uma opção interseccional. Entretanto, optou-se por utilizar, aqui, a expressão "mulheres não brancas" por se levar em conta a conotação racista e discriminatória que a categoria "de cor" carrega no Brasil, onde é empregada, pelo senso comum, como forma de inferiorizar as pessoas negras. Reconhece-se, no entanto, que a expressão "não brancas" é problemática, por tomar o branco como padrão e definir os demais a partir de sua oposição ao branco, mas preferiu-se optar por ela considerando as críticas à outra expressão.

subalternas são invisibilizadas pelo colonialismo e por sua tradição falocêntrica. Ademais, as diferenças de classe e raça atuam em seu desfavor, colocando-as numa posição ainda mais inferiorizada do que aquela a que as mulheres ocidentais são submetidas (SPIVAK, 2010, p. 66-67). Nos dizeres de Spivak (2010, p. 85), "se você é pobre, negra e mulher, está envolvida de três maneiras", ainda que, no contexto pós-colonial, a condição de ser negra perca o significado persuasivo, já que "a estratificação necessária da constituição do sujeito colonial na primeira fase do imperialismo capitalista torna a categoria 'cor' inútil como um significante emancipatório".

Lugones (2008, p. 77) vai enfatizar o conceito de interseccionalidade e, a partir dele, denunciar a exclusão histórica e teórico-prática das mulheres não brancas das lutas liberais realizadas em nome de uma mulher universal. Valendo-se do marco teórico introduzido pela colonialidade do poder de Quijano, a autora vai conceituar o que chama de sistema moderno/colonial de gênero. Tal sistema vai além da noção do gênero como uma forma de organização social, evidenciando a sua construção enquanto imposição colonial e a sua aptidão para subjugar as mulheres não brancas em todos os âmbitos da existência.

Na visão de Quijano, no padrão de poder capitalista global, tanto raça como gênero adquirem significado. Estando o poder estruturado em relações de dominação, exploração e conflito, os quatro âmbitos básicos da existência humana – sexo, trabalho, autoridade coletiva e subjetividade/intersubjetividade, bem como seus recursos e produtos – são disputados pelos atores sociais. A lógica do poder global está organizada em dois eixos: a colonialidade do poder e a modernidade, que vão ordenar as disputas pelo controle de cada uma das áreas da existência. Da mesma forma, as lutas pelo controle da sexualidade, seus recursos e produtos, é que vão definir o âmbito do gênero, estando, também, organizadas pelos eixos da colonialidade e da modernidade (LUGONES, 2008, p. 78).

Contudo, segundo Lugones (2008, p. 78-79), esta análise da construção moderna/colonial do gênero é limitada, bem como o seu alcance. A visão de Quijano pressupõe uma compreensão patriarcal e heterossexual das disputas pelo controle do sexo, invisibilizando a diversidade de maneiras pelas quais as mulheres colonizadas foram subordinadas e desprovidas de poder.

A lógica dos eixos estruturais de Quijano não é tão abrangente quanto o conceito de interseccionalidade, que tem o condão de revelar aquilo que é ocultado quando as categorias gênero e raça são conceituadas separadamente uma da outra. É preciso enfatizar a intersecção para não invisibilizar a dominação e vitimização das mulheres não brancas, sem reduzi-las à categoria "mulher" ou reduzir todas as pessoas não brancas a categorias raciais (LUGO-

NES, 2008, p. 81). Com isso, foge-se das teorizações que enxergam o sujeito subalterno como categoria indiferenciada, que pode ser percebida através das referências à mulher subalterna, frequentemente designada como "a mulher do terceiro mundo" (SPIVAK, 2010, p. 11).

Ao denunciar o caráter heurístico das representações das mulheres, denunciam-se, também, as assimetrias de poder que marcam o sistema-mundo moderno, as quais se expressam não somente na submissão ao capitalismo e ao patriarcado, mas na marginalização estrutural dos regionalismos não ocidentais. O reducionismo cultural a que essas representações submetem a subalternidade feminina denota que a construção do conceito de terceiro mundo como subdesenvolvido e economicamente dependente somente pode ser feita sob o ponto de vista privilegiado do Ocidente (MOHANTY, 2008, p. 152).

A consciência inadequada da academia ocidental em relação ao terceiro mundo exige uma análise da diferença sexual monolítica produzida pelo patriarcado, que se apropria da complexidade constitutiva que caracteriza a vida das mulheres subalternas e as coloniza. O imperialismo trouxe consigo uma violência racionalizada que irrogou um saber monocultural ao mundo não ocidental ao mesmo tempo que relegou os saberes do terceiro mundo à condição de não ciência. Ao desenhar a imagem de uma mulher-padrão do terceiro mundo como ignorante, inculta e vitimizada, o imperialismo impôs a ocidentalização de seus costumes e localismos, vendendo a imagem de uma mulher ocidental educada, moderna e independente, como se a opressão masculina estivesse restrita à mulher subalterna. Ademais, a sua descrição tão somente como vítima da colonização ocidental gera um discurso unilateral que ignora as subjetividades que caracterizam a sua constituição sociológica enquanto sujeito, como se a sua existência estivesse sempre referida ou condicionada ao seu colonizador (MOHANTY, 2008, p. 117, 122, 128).

Nessa perspectiva, o enfoque interseccional entende que o gênero não pode ser dissociado das questões concernentes à raça, à divisão internacional do trabalho, à luta pela libertação e pela descolonização. A violência contra as mulheres não brancas está, exatamente, na sua total invisibilidade quando da análise isolada das categorias gênero e raça, que sempre irão se remeter, respectivamente, às mulheres brancas, burguesas e heterossexuais e aos homens negros e heterossexuais. A mulher negra não está incluída na categoria "mulher" e sequer na categoria "negro". Ela constitui um vazio, uma ausência que só pode ser percebida pela intersecção e pela superação das categorizações e essencialismos. Apenas quando gênero e raça são percebidos como mais do que sobrepostos, mas entremeados, é que as mulheres negras se tornam visíveis (LUGONES, 2008, p. 82).

Na lógica da colonialidade do poder, não há uma separação entre raça e gênero. Mas a abordagem de Quijano acerca do eixo estrutural da colonialidade não é suficiente para dar conta de todos os aspectos do gênero, já que, neste marco, o gênero parece estar contido dentro da organização daquele âmbito básico da existência social que inclui o "sexo, seus recursos e produtos". Dentro de seu marco, existe uma descrição de gênero estreita, binária e biologizada, que restringe a diferença de gênero às disputas sobre o controle do sexo (LUGONES, 2008, p. 82-83).

No mundo colonial, as normas e os padrões ideais de comportamento sexual e de organização familiar dos colonizados e colonizadores foram fundados a partir da classificação racial: a liberdade sexual dos homens e a fidelidade das mulheres foram, em todo o mundo eurocentrado, a contraparte do livre acesso sexual dos homens brancos às mulheres não brancas (LUGONES, 2008, p. 83). Nos dizeres de Spivak (2010, p. 110), a posse do corpo da mulher pelos conquistadores "é uma celebração metonímica da aquisição territorial". Outrossim, a família burguesa, caracterizada pela unidade e integração entre seus membros, tinha como contraparte as famílias desintegradas dos colonizados, que viram suas unidades de parentesco ser rompidas pela apropriação e distribuição de seus corpos como mercadorias ou até mesmo como animais não humanos, dominação mais explícita e duradoura entre os escravos negros. Logo, as normas e valores que constroem o ideal em torno da família burguesa não são alheios à colonialidade do poder (LUGONES, 2008, p. 83). Em outras palavras, a imposição de um sistema de gênero binário é constitutiva da colonialidade do poder que, por sua vez, constitui o sistema moderno de gênero.

É preciso, contudo, atentar para o fato de que situações de opressão não são, necessariamente, consequências do colonialismo, ainda que o colonialismo não exista sem exploração e opressão. Todavia, é possível afirmar que determinadas situações de opressão já existentes antes do colonialismo foram por ele reproduzidas e reforçadas – como é o caso da discriminação de gênero. Assim, o argumento pós/decolonial se volta para as relações sociais de dominação que surgiram ou se transformaram a partir do antagonismo entre colonizador e colonizado e que se perpetuam até a atualidade, mesmo que com outra roupagem (BALLESTRIN, 2013, p. 90-91).

Na visão particular de Lugones, o patriarcado, como o conhecemos, é uma criação colonial, inexistente no período anterior à conquista. Adota-se, no entanto, a interpretação oposta, realizada por Segato (2013, p. 82-84, 89), segundo a qual as sociedades pré-coloniais já se organizavam em torno de um patriarcado prévio, "de baixa intensidade", que se difere bastante do patriarcado moderno, mas carrega alguns de seus principais elementos, como a vinculação

do feminino ao espaço privado e a inferiorização deste em relação ao espaço público, por excelência masculino. A este respeito, Segato vai dizer que, na era pré-intrusão, havia, sim, uma dualidade hierárquica entre espaços público e privado, que eram desiguais, mas complementares e plenos ontológica e politicamente. Com a modernidade, porém, a dualidade dá lugar a um binarismo, no qual um âmbito encobre o outro, tornando o privado mero acessório do público.

Destarte, de modo geral, o processo colonizador exacerbou as hierarquias de gênero, tornando-as perversas e autoritárias. O sujeito imposto pela modernidade foi originado na exterioridade do mundo pré-intrusão e nele desenvolvido com a episteme colonial. Esse sujeito é homem, branco, heterossexual, proprietário e letrado. E, aos nativos, a colonialidade de gênero reserva, ainda, a possibilidade de mimetizar a capacidade cidadã àqueles que integram o politizado espaço público, já ancestralmente reservado aos homens (SEGATO, 2013, p. 79, 90).

Também existia, no mundo pré-colonial, um imaginário acerca da masculinidade, não muito distinto do atual, no qual ela era entendida como *status* a ser adquirido, conservado e ostentado. Contudo, a organização de gênero à época toma formas diferentes com a modernidade, ultrapassando a simples obtenção e manutenção de um *status* para se tornar perversa em seu trato com as mulheres. Mantém-se, então, a aparência de continuidade, quando há, na verdade, uma virada radical na história das relações de gênero com a introdução do tempo colonial (SEGATO, 2013, p. 81, 83).

Considerando que o regime da colonialidade global se expressa no controle da economia, da autoridade, da natureza e dos recursos naturais, da subjetividade e do conhecimento, do gênero e da sexualidade (BALLESTRIN, 2013, p. 100), é preciso verificar como o controle penal, enquanto produto da colonialidade e um de seus principais legitimadores, vai afetar as mulheres.

6. As mulheres e as prisões

Com a emergência da modernidade, foi criado um novo dualismo, entre o corpo e o não corpo, este também conhecido como razão, alma ou espírito. O corpo, por si só, seria incapaz de raciocinar, sendo fixado como objeto de conhecimento pela racionalidade eurocêntrica. Associado ao processo de racialização, esse dualismo vai negar a racionalidade das raças consideradas inferiores, legitimando, aos olhos do mundo, a sua dominação e exploração (QUIJANO, 2005, p. 238-239). As relações de gênero, muito embora mais antigas do que a difusão do racismo e da colonização, passam por relevantes

transformações a partir daí, sendo diretamente afetadas pela radical separação entre corpo e razão.

As mulheres em geral e, em especial, as mulheres pertencentes às raças inferiores, foram estereotipadas, objetificadas e reduzidas a corpos irracionais. E, quanto mais inferiorizada fosse a sua raça, mais incivilizada e disponível ela se tornava. Criou-se, então, uma sequência na qual os povos estariam dispostos, que vai do primitivo ao moderno, estando as mulheres brancas no ápice da civilização feminina, mas, ainda assim, abaixo de seus companheiros homens. E, por sua vez, as mulheres não brancas, especialmente as negras, estariam na base da pirâmide, constituindo a camada populacional mais inferiorizada pela colonialidade.

Segato (2013, p. 72) vai observar que as formas de crueldade e violência contra as mulheres aumentam e se modificam à medida que a modernidade e o mercado se expandem e anexam novas regiões. Percebe-se, nesse sentido, que os corpos femininos vêm sendo depredados e violentados das mais diferentes formas desde o colonialismo, que encontra, hoje, no encarceramento massivo, a mais nova forma de subjugar as mulheres não brancas. O processo de encarceramento feminino deve, portanto, ser compreendido através da perspectiva da colonialidade do poder, que faz do controle penal moderno um sustentáculo da dominação patriarcal.

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, com ênfase para as mulheres negras, que é basilar para a sustentação do sistema, sejam elas vítimas ou autoras de delitos.

Mesmo que represente, percentualmente, um contingente muito menor do que o de homens encarcerados, o aprisionamento feminino vem tomando proporções alarmantes, não sendo mais possível assumir as prisões masculinas como norma e as prisões femininas como marginais. Desconsiderar a realidade do encarceramento de mulheres é perpetuar a estrutura social de gênero, porquanto as prisões, enquanto espaços de controle, também refletem o caráter generificado da sociedade em geral (DAVIS, 2003, p. 61, 65).

Em que pesem os limites dos dados criminais e o necessário ceticismo quanto à validade e à confiabilidade das estatísticas, é a partir da análise da população carcerária feminina que se pode perceber quais mulheres estão mais suscetíveis aos processos de criminalização, bem como quais condutas recebem controle mais rigoroso das agências repressivas. É possível, também, in-

vestigar em que medida o gênero é relevante no movimento de ampliação do encarceramento em geral.

As estatísticas nacionais,[7] todavia, pouco revelam sobre as particularidades do encarceramento feminino, uma vez que as mulheres representam 5,8% do total de pessoas presas, influenciando infimamente os dados gerais. É preciso, então, observar os indicadores criminais referentes às mulheres de forma isolada, pois, conquanto elas representem parcela pequena dos indicadores nacionais, sua taxa de encarceramento vem crescendo massivamente nos últimos anos.

Enquanto o ritmo de crescimento da prisionização geral é de 7% ao ano, para as mulheres ele se apresenta sensivelmente mais acelerado, totalizando 10,7% ao ano. Se, em 2005, havia quase 13 mil mulheres aprisionadas, em dezembro de 2014 havia quase 34 mil. A população carcerária feminina brasileira é a quinta maior do mundo, atrás dos Estados Unidos, da Rússia, da China e da Tailândia. Segundo dados do Infopen de junho de 2014,[8] para cada 100 mil mulheres, 36,4 estavam presas. O crescimento da população feminina encarcerada, em nível mundial, dá-se a uma taxa três vezes acima do crescimento da população nacional nos países da América e cinco vezes nos países da Ásia.

Considerando que o recrudescimento da população prisional total do Brasil já é acelerado e segue o caminho oposto ao das tendências dos demais países, ainda mais contundente é o movimento de evolução da população de mulheres no sistema penal. Ao mesmo tempo que a população absoluta de homens encarcerados no Brasil cresceu 220% entre os anos 2000 e 2014, a população de mulheres encarceradas no sistema prisional brasileiro cresceu 567% no mesmo período.

Das 1.420 unidades prisionais brasileiras no sistema penitenciário estadual, 75% são voltadas apenas para o público masculino, enquanto 17% são mistas e 7% são destinadas exclusivamente a mulheres. A distribuição das mulheres encarceradas em estabelecimentos femininos evidencia que a situação de superlotação nas unidades femininas é inferior à média nacional, sendo que 46% dos estabelecimentos apresentam o índice de uma vaga para uma ou duas mulheres, 40% têm uma vaga por pessoa, 7% têm duas a três pessoas por vaga e 7% têm uma vaga para três ou quatro pessoas.

7. Brasil. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)* – Dezembro 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2016.

8. Brasil. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen Mulheres)* – Junho 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2015. Observa-se que os dados levantados especificamente sobre a população carcerária feminina em dezembro de 2014 ainda não foram disponibilizados.

Das unidades femininas, 27% têm a finalidade de recolher presos provisórios. Já nas unidades masculinas, 52% são destinadas a esse fim, demonstrando que a disponibilidade de estabelecimentos voltados à prisão processual é significativamente mais baixa no âmbito do aprisionamento feminino.

Os dados acerca da infraestrutura do sistema prisional comportam o panorama das prisioneiras que são, também, mães. A questão da maternidade no ambiente carcerário é especialmente complexa e custosa para as mulheres, já que os cárceres são, na grande maioria das vezes, inviáveis para a gestação e criação de crianças. As estatísticas revelam que somente 34% dos estabelecimentos femininos dispõem de cela ou dormitório adequados para gestantes. Nos estabelecimentos mistos, esse percentual é reduzido para só 6% das unidades, o que compromete sensivelmente a viabilidade dessas unidades para a custódia de gestantes encarceradas. Ao mesmo tempo, apenas 32% das unidades femininas têm espaço para berçário ou centro de referência materno-infantil, enquanto 3% das unidades mistas contemplam esse espaço. Em relação à creche, as unidades mistas não registram qualquer espaço destinado a esse fim, ao passo em que 5% das unidades femininas dispõem de creches.

A potencial vulnerabilidade social da população prisional feminina pode ser visualizada a partir da análise dos dados do perfil desse grupo. As mulheres encarceradas são, em sua maioria, jovens entre 18 e 29 anos, representativas de 50% da população prisional. Em relação à raça ou à etnia, destaca-se que 67% das encarceradas são negras, o que denota a desproporcionalidade entre o número de negros na população geral e na população carcerária. No que diz respeito ao grau de escolaridade, é possível verificar melhora na condição das mulheres quando comparada à dos homens, posto que os baixos índices gerais de escolaridade sejam persistentes: enquanto 4% das mulheres encarceradas são analfabetas, 5% dos homens o são; e, enquanto 11% das mulheres em unidades prisionais concluíram o ensino médio, somente 7% dos homens encerrados o fizeram. Entretanto, 50% das mulheres encarceradas não concluíram o ensino fundamental.

Quanto ao estado civil, percebe-se que 57% das mulheres presas são solteiras, contra 26% de mulheres que convivem em união estável e 9% que são casadas. Ademais, 8% são separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, evidenciando a presença de 65% de mulheres que não estão em relacionamentos.

No que diz respeito aos delitos pelos quais foram acusadas ou condenadas, nota-se que, enquanto os crimes patrimoniais comandam o encarceramento masculino, pouco à frente do delito de tráfico de drogas, no caso das mulheres a situação é inversa: 64% das mulheres aprisionadas respondem ou foram condenadas por tráfico de drogas ou associação para o tráfico, seguidas pelas

mulheres encarceradas pelos crimes de roubo e furto, responsáveis, respectivamente, por 10% e 9% da população carcerária feminina.

Nessa senda, o que se vê nas prisões femininas são mulheres pobres e negras, mães solteiras, desempregadas, de baixa instrução, majoritariamente envolvidas com o tráfico de drogas ou com crimes contra o patrimônio. São elas que melhor caracterizam "o outro" não moderno, excluído do processo civilizatório.

A "invenção do outro", nos dizeres de Castro-Gómez (2005a, p. 170), é a "tentativa de criar perfis de subjetividade estatalmente coordenados" por meio de dispositivos de saber/poder que ocultam identidades culturais preexistentes e produzem, material e simbolicamente, novas identidades aptas a integrar as sociedades ocidentais. Os discursos que sustentam o controle vão regulamentar as condutas dos atores sociais, estabelecendo fronteiras entre civilizados e incivilizados, cidadãos e não cidadãos, criminosos e não criminosos, criando, a partir do espaço da legalidade jurídico-política, um campo de identidades homogêneas que podem ser incluídas no projeto da cidadania e viabilizar a governamentabilidade.

A modernidade vai afunilar o caminho para a aquisição da cidadania, que vai acolher o homem branco, heterossexual, pai de família, proprietário, católico e letrado ao mesmo tempo que rechaça os indivíduos que não se adéquam a essas exigências. Assim, negros, índios, mulheres, loucos, homossexuais, analfabetos, hereges, escravos, em suma, dissidentes, devem ficar reclusos à ilegalidade (CASTRO-GÓMEZ, 2005a, p. 171). As mulheres negras, então, foram vitimadas pelo controle penal moderno desde a escravidão, quando submetidas a todo tipo de abuso pelos senhores brancos. Hoje, por sua vez, constituem o setor da população encarcerada que cresce mais aceleradamente em várias partes do mundo (DAVIS, 2003, p. 65), sendo diretamente agredidas por uma guerra às drogas que atua como o mais intenso mecanismo de manutenção da hierarquia racial.

Inventar o outro passa pela criação de representações mentais do cidadão moderno, que exigem, por sua vez, a construção de sua contraparte bárbara. Os imaginários da civilização e da barbárie vão adquirir materialidade ao se ancorar a sistemas abstratos de caráter disciplinar, que têm no ente estatal a sua dimensão oficial. E é a barbárie, por excelência, reconhecida como a marca identitária da mulher colonizada (CASTRO-GÓMEZ, 2005a, p. 171).

Com o fim da escravidão, as mulheres negras passaram a constituir o segmento populacional feminino que adentra mais precocemente no mercado de trabalho e que nele permanece por mais tempo, sofrendo as taxas mais altas

de desemprego e recebendo o menor retorno no que se refere aos investimentos em escolarização. São elas que experimentam a maior precariedade no mercado de trabalho, concentrando-se em subempregos com salários e condições inferiores e percebendo remunerações menores do que as percebidas pelas mulheres brancas – sendo estas, por sua vez, menores do que as dos homens brancos, mas superiores ou equivalentes às dos homens negros (BENTO, 1995, p. 480-481). A classificação social racista da população mundial, estruturada desde o período colonial, é que explica o menor salário destinado aos negros e, especialmente, às negras, mesmo quando desempenham trabalhos iguais aos dos brancos. A segmentação racial demarca, então, o lugar da mulher negra no mercado de trabalho.

Sob a vigência da colonialidade e do mito da democracia racial, que oculta a realidade de discriminação, as mulheres negras foram condicionadas às piores funções e condições de vida desde o período escravista. Assim, a concentração no acesso a recursos e a discriminação racial determinaram, historicamente, a configuração do trabalho feminino no Brasil.

Com a entrada no mercado de trabalho de mulheres brancas e de classe média, a sexualização das ocupações e a competitividade entre mulheres brancas e negras foram responsáveis pelo aumento dos índices de desemprego. Passaram a integrar, então, as massas não incluídas na produção econômica, consideradas inúteis e contraproducentes, que serão utilizadas produtivamente na qualidade de exército industrial de reserva. Mas elas não constituem, apenas, uma população excedente que precisa ser reaproveitada. Constituem, na verdade, uma população indesejada, bárbara e animalesca, que deve ser domesticada e disciplinada. E é nas instituições totais, das quais a prisão é a representante máxima, que essas massas serão depositadas. Antes controladas pelos métodos mais desumanos possíveis, como as torturas e penas de morte, passaram, com a modernidade, a ser custodiadas através da privação da liberdade.

O controle sobre as diferenças se faz necessário para a adequação dos indivíduos ao tipo desejável de subjetividade moderna, disciplinando os sujeitos para capacitá-los a ser úteis à pátria. Os comportamentos são regulamentados e vigiados, a fim de domesticar todos os resquícios de sensibilidades bárbaras. "O 'processo da civilização' arrasta consigo um crescimento dos espaços da vergonha, porque era necessário distinguir-se claramente de todos aqueles estamentos sociais que não pertenciam ao âmbito da *civitas*", identificado como o paradigma da modernidade (CASTRO-GÓMEZ, 2005a, p. 171).

Foucault (1999, p. 24-25) ilustra bem essa situação ao situar a pena como uma reafirmação das ideologias que estruturam as relações de poder, não podendo ser apreendida como mera forma de reprimir os delitos.

Tendo as massas indesejadas como seus principais alvos, o poder punitivo busca a utilidade econômica dos corpos aprisionados, seja os domesticando para a disciplina da fábrica, transformando-os em exército industrial de reserva, lucrando a partir dos investimentos orçamentários no aparato penal, perpetuando o modelo escravista ou simplesmente afastando os indesejados para fora do campo de visão dos "normais".

7. Considerações finais

O enfoque eurocentrado das narrativas históricas, sociológicas, culturais e filosóficas acerca da modernidade, mesmo quando críticas, pressupõe a Europa como berço da civilização e consequente fundadora da modernidade, a qual teria se difundido, em maior ou menor medida, às demais localidades do mundo. Contrapondo essa premissa, a inflexão decolonial propõe analisar a modernidade como produto de um sistema geopolítico, questionando as concepções hegemônicas e descentrando a noção da Europa como ponto irradiador do progresso.

Sendo um esquema de pensamento e um marco de ação que legitima as diferenças entre sociedades, sujeitos e conhecimentos, a colonialidade não se esgota no colonialismo, ainda que ele tenha sido uma de suas experiências históricas constitutivas. O colonialismo, reconhecido como uma forma de dominação político-administrativa, não pode, em termos analíticos, ser confundido com a colonialidade, porquanto esta designa um padrão de poder global que permanece vigente mesmo com a conclusão do processo de colonização, regendo o mundo a partir da classificação da população mundial em termos de raça e gênero.

A racialização das relações sociais e a inferiorização patriarcal outorgaram legitimidade à dominação colonial imposta pelos conquistadores e naturalizaram as hierarquizações dela decorrentes. A ideia de raça, portanto, não só conduziu à perspectiva eurocêntrica do conhecimento, que relega os saberes e culturas produzidos fora do eixo eurocidental a uma condição de inferioridade, como se converteu no instrumento universal mais básico de classificação populacional. A colonialidade de gênero, por outro lado, relegou as mulheres não brancas a uma posição de invisibilidade, submetendo-as às mais diversas formas de violência desde o colonialismo.

Nesse sentido, a modernidade foi colonial desde o seu princípio, conduzindo a uma nova perspectiva sobre o tempo e sobre a história que culminou na concentração do capital, na hegemonia do mercado, na individualização e na criação de novas adscrições sociais. Verifica-se, a partir daí, que a não descolo-

nização de sociedades correspondentes a Estados formalmente independentes nada mais é do que uma rearticulação da colonialidade do poder sobre novas bases institucionais.

Assim, ainda que o capital e as discriminações em função da raça e do gênero já existissem antes da conquista, foi com ela que o capitalismo se consolidou como sistema de relações de produção, e o racismo e o patriarcado assumiram a qualidade de sistemas de classificação e organização social, tornando-se eixos fundamentais do padrão de poder mundial.

Logo, o controle penal toma a intersecção entre gênero e raça para criminalizar e encarcerar as mulheres negras. O vigoroso aumento da população prisional feminina evidencia um processo histórico de recrudescimento do controle penal sobre as mulheres. Investigar as estruturas sociais que conduzem a esse processo passa, necessariamente, pelo exame do colonialismo e da colonialidade, responsáveis pelo agravamento das violências contra as mulheres não brancas.

Considerando que a descolonização do conhecimento é pressuposto fundamental para a descolonização do mundo, privilegiar as opressões de gênero e raça nesta análise tem o objetivo de desconstruir espaços que, além de patriarcais, ainda não abandonaram as marcas do colonialismo, a fim de que novos espaços, de equidade e liberdade, possam ser edificados.

8. Referências bibliográficas

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. 1.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. *A ilusão da segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia:* o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de; ALVES, Marcelo Mayora; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. O controle penal na sociedade escravocrata: contributo da economia política da pena para a compreensão da brasilidade. In: CORTINA, Monica Ovinski de Camargo; CIMOLIN, Valter (org.). *Criminologia crítica*. Curitiba: Multideia, 2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BAHRI, Deepika. Feminismo e/no pós-colonialismo. *Revista Estudos Feministas*. v. 21. n. 2. Florianópolis. p. 659-688. maio-ago. 2013.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*. n. 11. Brasília. p. 89-117. maio-ago. 2013.

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.

BENTO, Maria Aparecida Silva. A mulher negra no mercado de trabalho. *Revista Estudos Feministas*. v. 3. n. 2. Florianópolis. jul.-dez. 1995.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) – Dezembro 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2016. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf]. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen Mulheres) – Junho 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2015. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 10 dez. 2016.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da "invenção do outro". In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber:* eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005a.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *La poscolonialidad explicada a los niños*. Popayán: Universidad del Cauca; Instituto Pensar, Universidad Javeriana, 2005b.

COSTA, Claudia de Lima. Feminismo, tradução cultural e a descolonização do saber. *Fragmentos*. n. 39. Florianópolis. p. 45-59. jul.-dez. 2010.

COSTA, Claudia de Lima. Feminismos descoloniais para além do humano. *Revista Estudos Feministas*. v. 22. n. 3. Florianópolis. p. 929-934. dez. 2014.

DAVIS, Angela. *Are prisons obsolete?* Nova York: Seven Stories Press, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HALL, Stuart. *Da diáspora:* identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

HARDING, Sandra. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. *Revista Estudos Feministas*. v. 1. n. 1. Florianópolis. p. 7-31. jan.-jun. 1993.

HULME, Peter. Postcolonial theory and the representation of culture in the Americas. In: MORAÑA, Mabel; DUSSEL, Enrique; JÁUREGUI, Carlos A. (orgs.). *Coloniality at large:* Latin America and the postcolonial debate. Durham: Duke University Press, 2008.

LUGONES, María. Colonialidad y género. *Tabula Rasa*. n. 9. Bogotá. p. 73-101. jul.-dez. 2008.

MCCLINTOCK, Anne. *Couro imperial:* raça, gênero e sexualidade no embate colonial. Campinas: Editora da Unicamp, 2010.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista:* novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber:* eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

MOHANTY, Chandra Talapde. Bajo los ojos de occidente: feminismo académico y discursos coloniales. In: NAVAZ, Liliana Suárez; CASTILLO, Rosalva Aída Hernández (orgs.). *Descolonizando el feminismo:* teorías y prácticas desde los márgenes. Madrid: Editorial Cátedra, 2008.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber:* eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno: controle penal na América Latina. *Veredas do Direito*. v. 3. n. 6. Belo Horizonte. p. 77-93. jul.-dez. 2006.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *O saber dos juristas e o controle penal:* o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012.

PRATT, Mary Louise. In the neocolony: destiny, destination, and the traffic meaning. In: MORAÑA, Mabel; DUSSEL, Enrique; JÁUREGUI, Carlos (orgs.). *Coloniality at large:* Latin America and the postcolonial debate. Durham: Duke University Press, 2008.

RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. *Inflexión decolonial:* fuentes, conceptos y cuestionamientos. Popatán: Universidad del Cauca; Instituto Pensar, Universidad Javeriana, 2010.

RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. 3. ed. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del estado en américa latina:* perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto de Derecho y Sociedada Internacional, 2010.

SCOTT, Joan Wallach. *Género e historia.* Ciudad de México: Universidad Autónoma de la Cuidad de México, 2008.

SEGATO, Rita Laura. *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos:* y una antropología por demanda. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013.

SHOHAT, Ella. Notes on the "post-colonial". *Social Text*. n. 31-32. Carolina do Norte: Third World and Post-Colonial Issues. p. 99-113. 1992.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Trad. Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa e André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- As mulheres e a conquista da cidadania, de Olívia Cerdoura Garjaka Baptista – *RDCI* 89/157-166 (DTR\2014\20136);
- O olhar jurídico feminino sobre a violência de gênero, de Virgínia de Fátima Marques Bezerra – *RT* 971/19-46 (DTR\2016\23071); e
- Reforma penal e a condição feminina: as mães presidiárias, de Maria Garcia – *RDCI* 97/165-178 (DTR\2016\24153).

Nas redes da proibição: crack, polícia e segurança pública na Grande Recife

In the networks of prohibition: crack, police and public security in greater Recife

Cristhovão Fonseca Gonçalves

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/ Faculdade de Direito do Recife (2013). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Criminologia, atuando no tema de Política Criminal de Drogas e Segurança Pública. Professor de Legislação Penal Especial e Criminologia na Faculdade Sete de Setembro Paulo Afonso-Bahia. Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia. Advogado.
cristhovaofg@gmail.com

Recebido em: 15.10.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão autor: 10.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Este trabalho apresenta resultados de uma pesquisa empírica sobre a criminalização das drogas no departamento policial conhecido como Central de Plantões da Capital (Ceplanc), no bairro de Campo Grande, Recife, Pernambuco. Nesse local passa a totalidade de pessoas apreendidas pela polícia militar em situação de flagrante por uso, posse ou ato de traficância de drogas na região. Discutem-se questões teóricas relacionadas à política proibicionista de criminalização das drogas à luz dos fatos sociais presenciados ao longo dessa pesquisa. Trata-se também da questão das drogas e suas relações institucionais com a segurança pública e metas da polícia militar. Descrevem-se nuances do regime de metas como bônus crack, previstas em leis

Abstract: This paper presents the results of an empirical research on drug criminalization in the police department known as Central de Plantões da Capital (CEPLANC) in the neighborhood of Campo Grande, Recife, Pernambuco. This is the place where people arrested by the military police in a situation of flagrant (use, possession or trafficking of drugs) in the region are taken. This paper also discusses theoretical issues related to drug policies of drug criminalization at the light of social events witnessed throughout this research. Finally, we discuss questions around drugs and its institutional relations with public security and military police targets. It describes nuances of a regime of goals known as crack bonus; foreeen in state laws and which now

estaduais, e que passa a nortear a criminalização das drogas no Grande Recife. O estudo parte do amparo teórico tanto da Antropologia quanto da Criminologia.

Palavras-chave: Drogas – Polícia – Segurança pública – Proibição – Regime de metas.

guide the criminalization of drugs in Greater Recife. The study has the theoretical support of both Anthropology and Criminology.

Keywords: Drugs – Police – Public security – Prohibition – Regime of goals.

Sumário: 1. Introdução. 2. Notas metodológicas. 3. Flagrando por meio de números as incoerências da criminalização das drogas no campo de pesquisa. 4. A gerência de drogas pelo Programa de Segurança Pública Pacto pela Vida. 5. A polícia entre as drogas e as metas: uma delicada relação. 6. Bônus crack. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

Relatarei[1] a história de uma mulher comum. Não sei seu nome, seu endereço, mas pressuponho sua trajetória. Trata-se de uma Maria, que, como muitas, segue a vida aguentando as ventanias em seu caminho. Maria Caranguejo usava shortinho curto, a vestimenta das prostitutas de rua, top rasgado com parte dos seios à mostra, magra, cadavérica, lanhada pelas feridas e cicatrizes visíveis e invisíveis.

O odor da sujeira e o suor formavam um cheiro forte, sentido mesmo se estando à relativa distância. A boca de Maria a descascar, rachada e esbranquiçada com pequenas fissuras, dizia-me o óbvio: ela era uma usuária de crack; ela era um ser humano alvo da vulnerabilidade pela atividade do sexo em troca de pedras de crack para se entorpecer.

Eis que encontrei essa Maria cruzando o meu caminho quando retornava para o conforto de minha casa, depois de um intenso dia de pesquisas na Central de Plantões da Capital. Consegui saber, com o policial militar que a acompanhava, que ela teria praticado tráfico de drogas no Mangue de Santo Amaro, por isso a batizei de Maria Caranguejo.

Ela estava sentada no jardim da Central esperando mais uma página de sua vida ser dita por outros que não ela mesma. De algum modo que não consigo

1. Agradeço ao professor José Luciano Góis de Oliveira pela única e valiosa orientação; por todo incentivo e apoio na execução deste trabalho. Agradeço também às professoras Ela Wiecko Wolkmer de Castilho (UnB) e Luciana Maria Ribeiro de Oliveira (UFCG) pela zelosa arguição e contribuição com esta pesquisa. Meu muito obrigado à aguerrida mulher, primeira e sempre orientadora professora Marília Montenegro Pessoa de Mello.

entender plenamente, Maria entendeu que eu era também advogado, e por isso suplicou: "– Me ajuda!".

A imagem que inicia as reflexões deste trabalho é uma representação social que considero relevante nas incursões etnográficas que realizei. A mulher do mangue retrata o encarceramento em massa[2] dirigido às mulheres que vem sendo particularmente impactadas pela criminalização das drogas. Assim, segundo os dados oficiais a população prisional feminina é notoriamente marcada por condenações por crimes de drogas, categoria composta por tráfico de drogas e associação para o tráfico, numa monta de 64% das penas das mulheres presas (INFOPEN, 2014, p. 38).

Discorro essencialmente a respeito do processo de criminalização secundária de usuários e traficantes, pessoas envolvidas numa ambiência de drogas (*outsiders*). Essa engrenagem punitiva tem como motor o regime produtivista de metas do Pacto Pela Vida que interfere significativamente nesse processo de criminalização no qual agências policiais são apenas executoras de ordens. Este trabalho tem como finalidade a análise de como metas[3] para o controle de drogas possivelmente constituem um reforço do encarceramento em massa no País.

Ao longo da execução da investigação, percebi que muitos policiais são favoráveis à descriminalização da maconha,[4] considerada por eles como uma

2. Comumente o encarceramento em massa é apontado no Brasil como consequência da Legislação Penal Extravagante, notadamente a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) e Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Ocorre que, para além dessas leis que potencializaram o cárcere como resposta estatal para o crime, é preciso apontar como uma política de administração da segurança pública tem mantido a lógica do encarceramento, bonificando com incentivos financeiros policiais que realizam prisões por drogas e armas.
3. Enfoca-se no bônus crack, regulamentado em lei estadual, embora existam outras bonificações descritas e analisadas na dissertação. Essas metas também reforçam o encarceramento em massa e remunerado. Menciona-se os pontos debelados que se relacionam com apreensões de maconha. Debelar significa vencer em luta armada, cessar efeito ou poder de algo, derrotar, sujeitar. Todos esses termos dizem muitos sobre os sentidos reais que a criminalização de drogas possui na Região Metropolitana do Recife. Em fria e fordista tradução, devo dizer, com base na minha incursão etnográfica, que um ponto debelado significa geralmente uma prisão. Com 40 pontos debelados em média um policial militar consegue-se 1 folga remunerada. Essa benesse possui particularidades de acordo com cada Batalhão da PM.
4. A frase registrada no Diário de Campo em 28.07.2015: "– eu não sei por que proibiram essa porra da maconha!" é um dos exemplos que explicita o tratamento comum e indiferente a respeito da criminalização da "erva" no País. O art. 281 do Código

droga leve. De outra banda, os policiais exercem o papel de empreendedores morais – verdadeiros cruzados – na luta contra drogas como o crack, para a qual existe uma esfera de demonização e incentivos financeiros para que eles – os policiais – livrem a sociedade desse tipo de mazela.

2. Notas metodológicas

O campo de pesquisa envolve a Central de Plantões da Capital (Ceplanc), conhecida também como Central de Flagrante. Esse local situado no bairro de Campo Grande, Recife, Pernambuco, reúne flagrantes advindos da atividade ostensiva da polícia militar, a qual converge para esse local onde também funciona um Batalhão da Polícia Militar de Pernambuco.

A pesquisa conta com a participação de 10 delegados interlocutores, todos com muito tempo de carreira na polícia civil (4 são mulheres e 6 são homens). Os escrivães tornaram-se ao longo do tempo importantes interlocutores deste trabalho. Estimo que entrei em contato direto com pelo menos 69 policiais militares pertencentes a 10 Batalhões da Polícia Militar. Esse número leva em conta o total de procedimentos acompanhados (23) e o fato de que por ocorrência participam em média 3 PMS (um como condutor do infrator e dois como testemunhas do fato).

A pesquisa na área do Direito é afetada por muitas das características do próprio mundo jurídico. Uma delas é a noção de autoridade, o que de certa maneira tem como consequência uma pesquisa jurídica marcada pela verticalidade: os estudos sobre o Direito comumente baseiam-se na lição de "renomados doutrinadores" e, muitas vezes, restringem-se a estudar as decisões oriundas de autoridades judiciárias. Pode-se dizer assim que a construção do saber jurídico se legitima usualmente a partir da autoridade (FILPO, 2012, p. 11), concepção bastante diversa da Antropologia, daí a escolha pelo método antropológico para construir esta pesquisa.

As angústias, os percalços, as ansiedades, os medos, passaram a ser parte dos estudos das Ciências Sociais, quebrando-se, dessa maneira, a lógica de que esses sentimentos constituem intrusos que os manuais tendem a rechaçar e solenemente ignorar.

Penal, hoje revogado, é um dos marcos históricos da criminalização das drogas no Brasil. É com a Lei 4.451/1964 que se introduz ao tipo do art. 281 a ação de plantar. A partir desse momento o verbo plantar tornou-se mais um ato perigoso a ser controlado pela norma penal.

Esse lado – robustamente subjetivo – é o lado obscuro do ofício dos etnólogos, mas também o mais significativo. Esconder esse sentir é um modo muito envergonhado de varrer o lado humano e fenomenológico da Antropologia; um temor infantil de revelar o quanto vai de subjetivo nas pesquisas de campo; temor esse que é tanto maior quanto mais voltado está o etnólogo para uma idealização do rigor nas disciplinas sociais (cf. DAMATTA, 1978, p. 26).

As interações que marcam a quase integralidade desde trabalho são fruto, não de entrevistas, mas de "pontos" que, no caminhar da pesquisa de campo, comecei a sentir necessidade de esclarecer pouco a pouco, sem pressa.

Poderia ter feito o clássico e protocolar modelo de entrevistas semiestruturadas e utilizado um gravador portátil. Ocorre que, para perguntar sobre pontos sensíveis e ilegalismos tolerados,[5] sobre flagrantes forjados e até mesmo sobre práticas como corrupção relacionadas à questão das drogas, preferi dialogar de maneira mais natural possível e, aos poucos, ir compondo o mosaico de minha entrevista (cf. OLIVEIRA, 1984, p. 42).

A fim de ter mais segurança no que aos poucos descobria, fazia a mesma pergunta para outra pessoa da mesma "patente" do primeiro informante. Assim, depois de garimpar uma informação de um policial militar, ratificava esse mesmo elemento informativo por meio de outra conversa, nos mesmos termos da anterior, com outro policial militar. Se conseguisse com um delegado, de igual modo, procurava ter a mesma informação com outro delegado.

São marcadores teóricos de minhas práticas em campo os trabalhos dos pesquisadores Luciano Oliveira (1984) e Edson Araújo (1978), com seus improvisos e declarados não formalismos em prol de uma imersão numa realidade muito visceral para ser simplesmente desperdiçada em nome das "caixinhas metodológicas". Esse último antropólogo, organizador da obra Aventura Sociológica, define o norte nos percursos desta pesquisa:

> (...) no decorrer de um trabalho de campo são tantas as questões a resolver, tantos os pequenos detalhes, tantos os improvisos, tão intenso, sistemático e penoso o afastamento entre a pesquisa e o projeto inicial que, talvez – indicava o providencial bom senso – esta fosse a regra, e não a exceção e que, talvez, ainda fosse sensato e relevante produzir relatos que pudessem fixar publicamente esta experiência (1978, p. 13).

5. Práticas ilícitas, definidas como crime, mas toleradas pela cultura policial e outras instâncias de controle social como Ministério Público e Poder Judiciário e, em última análise, pela própria sociedade. A lista é extensa, mas a tortura é um exemplo.

Em termos de técnica de pesquisa, a de que basicamente me vali foi a "observação não participante"[6] durante os meses de junho a outubro, totalizando-se 18 visitas à Ceplanc e 1 visita ao Departamento de Repressão ao Narcotráfico/ Denarc.[7] Os horários que dediquei para entender o funcionamento da Central foram alternados entre os turnos da tarde, noites e madrugadas, em média envolvendo 5 horas de atividades, tempo que, com sorte, se consegue ao menos acompanhar um auto de prisão em flagrante. E pode demorar muito, muito mais!

Conversando com policiais, e até mesmo intuitivamente, adotei as sextas-feiras como dias preferenciais para realização das incursões etnográficas, tanto pelas tardes, quanto nas noites e madrugadas. Conversa com um escrivão interlocutor traduz um quadro geral de dias e ocorrências na Central de Plantões da Capital:

> Nas sextas-feiras, quando o povo recebe, geralmente, tem muito furto, roubo e tráfico de rôdo; nos domingos por volta das 17 h começam a chegar as brigas de vizinhos e os crimes de menor potencial ofensivo como os sons altos. Os dias refletem nossa sociedade (Diário de Campo, 25.09.2015).

Desse modo, num labirinto de dramas, como diria Roberto DaMatta, foi que esta pesquisa de viés etnográfico teve que literalmente se virar. Não estava num espaço vazio – muito pelo contrário –, neste campo se pôde ouvir um *anthropological blues* (DAMATTA, p. 31), isto é, os sentimentos, os medos, os dramas. É bem verdade que em alguns momentos é preciso chamar

6. Utilizo esse termo apenas para fins didáticos e compreensivos. Quero dizer que não participo como ator principal dos processos observados, entre eles a criminalização de usuários e traficantes. Entendo que minha observação poderia ser declaradamente participante se utilizasse para a pesquisa a descrição de casos em que atuasse, por exemplo, como advogado. Não estou com a utilização do termo "observação não participante" afirmando que estive absolutamente neutro no agir etnográfico, bem como ignorando qualquer modificação de condutas no campo de pesquisa com a presença do pesquisador. Reitero a ideia de Soares (2005, p. 167) de que não ser visto significa não participar, não fazer parte, estar fora, tornar-se estranho. Eu fui visto, meu papel na Ceplanc não foi muitas vezes bem compreendido, afinal os advogados que lá frequentam estão por questões profissionais.

7. O Denarc é a Delegacia de Repressão ao Narcotráfico, que visitei por uma vez, em 15 de outubro de 2015, com o encerramento do campo na Ceplanc. Por lá há prisões envolvendo quantidade maior de pessoas e drogas. Realizam-se lá algumas investigações com melhores condições. A Denarc está instalada numa casa aparentando ser do século XIX, na Rua da União, no Centro do Recife, muito próximo da Faculdade de Direito do Recife.

a razão para neutralizar nossos sentimentos e, de certa maneira, manter-se distante do vendaval de fatos e realidades sociais que perpassam o ofício do etnógrafo.

Não estou, com isso – espero ter sido bastante claro –, proclamando a falência do rigor científico[8] nos estudos da sociedade. Estou explicitando a necessidade de perceber a realidade social em que consiste o campo de pesquisa enquanto objetividade relativa, mais ou menos ideológica e sempre interpretativa (cf. VELHO, 1978, p. 43).

Compartilho da percepção do antropólogo Gilberto Velho.[9] Assim, ao estudar o que está próximo a sua própria sociedade, o antropólogo expõe-se, com maior ou menor intensidade, a um confronto com outros especialistas e inclusive leigos que possuem também saber empírico.

Propus uma análise do processo de criminalização de base teórica com o auxílio da Criminologia Crítica e suporte empírico da Antropologia para nortear minha investigação. Daí ter cunhado o termo criminoantropológico.[10]

O olhar criminoantropológico demonstra, por exemplo, quem, de fato, define a incriminação por uso e tráfico no Sistema Legal Brasileiro (Lei 11.343/2006):

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo

8. Não quero, com isso, afirmar que nossas percepções particulares a respeito dos fatos acontecidos, durante as visitas na Central de Plantões da Capital, impediram-me de relatar com máximo empenho e precisão como essas situações ocorrem. Não pode haver atividade de pesquisa que se pretenda científica com a noção de neutralidade totalmente descartada (cf. OLIVEIRA, 1988, p. 19). Desse modo, quando aspeio frases, sinalizo que aquelas frases foram proferidas, ditas, e algumas vezes gritadas, pelos respectivos sujeitos na situação narrada (policiais civis ou militares, autuados, familiares dos presos, peritos etc.). Há neutralidades e neutralidades. A primeira, aplicada ao conjunto da atividade de investigação científica, é impossível, mas a segunda, aplicada a um dos momentos em que se divide essa atividade, é indispensável. (cf. OLIVEIRA, Op. cit., p. 122).
9. Em Nobres e Anjos, Um Estudo de Tóxicos e Hierarquia (que retomaremos no segundo capítulo deste trabalho) duas das pessoas que Velho entrevistou não concordaram com algumas conclusões dele, apresentando críticas que o levaram a rever seus posicionamentos. Estou aberto e disposto a receber essas contribuições, sobretudo por parte da Polícia.
10. O termo criminoantropológico guarda inspiração no termo criminodogmático cunhado pela pesquisadora Vera Andrade (ANDRADE, 2009, p. 171). Por criminoantropológico quero sinalizar a lente e predileções epistemológicas para minha análise da criminalização das drogas, isto é, a Criminologia Crítica e a Antropologia.

> com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas (...) § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Embora a lei fale em juiz, a definição da categoria desviante de "traficante" e de "usuário" conta prioritariamente com o julgamento de policiais militares. Eles são os primeiros agentes do Estado a julgar usuários e traficantes. É verdade que vários fatores podem, por outro lado, levar a polícia civil a discordar da definição realizada inicialmente pela polícia militar. Mas isso é raro. Da mesma forma, é factível acreditar que dificilmente um promotor de justiça, e muito menos um juiz, venha a modificar a categoria incriminadora decidida na Delegacia.

Os juízes, ainda que sem soldo de magistrado e também sem a formação acadêmica de "Suas Excelências", são os policiais militares. Eles, os juízes da rua, que julgam sob o sol das periferias, longe dos gabinetes do Poder Judiciário, serão considerados pelo Direito Oficial como testemunhas de acusação, que sentarão, numa audiência, diante de Doutos Juízes e Promotores de Justiça e com sua palavra condenarão pela segunda vez alguém considerado primeiramente por eles como traficantes.

A etnografia, então, ao reverso do utópico "dever ser" dos juristas, estaria interessada naquilo que "é", podendo mesmo evidenciar que o que está escrito na lei e nos manuais não corresponde ao que acontece nos corredores e nas salas de audiência dos tribunais (FILPO, *Op. cit.*, p. 15). Nesta pesquisa de viés etnográfico, afirmo que sem a Antropologia não poderíamos fazer uma análise franca do que ocorre nos nada "limpos" (com e sem aspas) corredores da polícia.

3. Flagrando por meio de números as incoerências da criminalização das drogas no campo de pesquisa

Dei entrada, por meio de Portaria Acadêmica 213/2010, na Gerência de Análises Criminais e Estatísticas (Gace), em pedido de levantamento de dados estatísticos sobre a Ceplanc (Protocolo – Sigepe 4006923-6/2015). Na Secretaria de Defesa Social, fui orientando a apresentar o parecer da Gace a respeito de minhas credenciais estudantis e apresentação da pesquisa na Central para que lá fossem estabelecidas a conveniência de minha pesquisa de campo e suas particularidades.

Os dados conseguidos junto à Gace, antes mesmo da realização desta minha investigação, certificam que as ocorrências relativas à Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que acompanhei na Central de Plantões da Capital, são demandas frequentes no cotidiano do Departamento Policial de Plantão.

Solicitei informações sobre a quantidade de procedimentos envolvendo drogas (entre 06 de março de 2014, data de abertura da localidade, e 06 de março de 2015). A Gace apresentou os seguintes números:

Ano do registro	Entorpecentes (posse e uso)	Entorpecentes (tráfico)	Entorpecentes (associação)	Total
2014	453	2488	243	3184
2015	199	510	27	736
TOTAL	652	2998	270	3920

(Fonte Sistema Infopol/GACE/SDS. Dados extraídos em: 22 mai. 2015)

As ocorrências de drogas são sempre presentes nas quatro equipes que funcionam até às sete da noite. É, por outro lado, no horário noturno que delitos envolvendo drogas costumavam "chover" na Ceplanc.

Uma simples leitura dos dados do ano de 2014 explicita que em média chegam proporcionalmente 6,8 casos de tráfico de drogas para 1,2 de posse/uso por dia na localidade.

A quantidade de ocorrências envolvendo tráfico/uso de drogas depende de inúmeras variáveis, entre as quais mencionamos a quantidade de viaturas e efetivo disponível da polícia militar nas ruas da Região Metropolitana do Recife.

No dia 10/06, por exemplo, houve a chamada "Operação Saturação", na qual todo o efetivo da polícia militar, por ordem do governo do estado, foi colocado na rua. Por ironia, nesse mesmo dia os policiais civis decretaram paralisação pela melhoria das condições de serviço.

Ainda assim, no dia da paralisação da polícia judiciária, a Ceplanc não parou. Acompanhei (aproximadamente das 14h até depois da 00h) dois autos de prisão em flagrante por tráfico e três termos circunstanciados de ocorrência por uso/posse de drogas. Em visita posterior pude conferir junto ao setor administrativo da instituição que foram mais de dez ocorrências envolvendo tráfico de drogas só no dia 10 de junho e mais cinco outras pelo mesmo crime computadas no dia 11 de junho.

As incriminações, por tráfico, previstas no art. 33 da Lei 11.343/2006, costumam ser as mais comuns quando o procedimento envolve drogas, como se pode constatar na tabela acima, e como confirmei na coleta de dados[11] que acompanhei na Ceplanc.

11. Numericamente, 50% dos casos acompanhados correspondem a Autos de Prisão em Flagrante por tráfico de drogas, 23% Termos Circunstanciados de Ocorrência por

No que se refere às ocorrências de incriminação de usuários por porte/uso de substâncias psicoativas, prevista no art. 28 do mesmo diploma legal, têm aumentado consideravelmente em comparação com o ano de 2014. Residualmente associar-se ao tráfico (art. 35) aparece como categoria limite, por vezes utilizada quando não se pode enquadrar o "conduzido" nas figuras de traficante ou de usuário.

Esses números revelam contradição na engrenagem punitiva na RMR. É possível observar mais criminalizados pelo comércio das substâncias proibidas do que usuários e consumidores. É de se questionar se existe mais gente vendendo do que usando drogas ou a incriminação dos envolvidos na ambiência de drogas é bastante esquizofrênica? Fico com a última premissa e desde já afirmo que a incriminação é um tortuoso processo sem nenhuma segurança jurídica.

A moldura quantitativa desta pesquisa é muito semelhante a de outros trabalhos já realizados nacionalmente. Desse modo, destaco que o maior contingente de presos condenados por tráfico de drogas no Rio de Janeiro e em Brasília é primário (66,4%); 91,9% foram presos em flagrante; 60,8% estavam sozinhos quando foram presos e que só 15,8% respondem por associação para o tráfico, além de apenas 14,1% terem sido condenados em concurso com posse de arma (BOITEUX et al., 2009). Esses dados são de pesquisa realizada em parceria de professores da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e da Universidade de Brasília (UnB) e possuem conclusões numéricas bastante aproximadas às informações que garimpei na Ceplanc.

Dessa maneira, as pessoas apreendidas na RMR, salvo em raríssimas exceções portam arma de fogo ou entram em confronto com a polícia militar. Em um dos casos, houve apreensão de um revolver Calibre 38, não havendo, por outro lado, incriminação em nenhum artigo do Estatuto do Desarmamento. A quantidade de dinheiro nunca ultrapassou os R$ 100,00 (cem reais).

A maioria dos autuados, afora a substância tornada ilícita apreendida,[12] não traz consigo nem dinheiro, nem arma, nem qualquer outro objeto

porte de drogas para consumo pessoal, 14% APFs por tráfico e associação para o tráfico, 4% APFs por tráfico, associação ao tráfico e corrupção ativa, 5% Portarias pelo crime de tráfico de drogas e 5% Autos de Apreensão por Ato Infracional análogo ao crime de tráfico de drogas.

12. Deixo de apresentar quantidades de todas essas substâncias, pois não consegui unidade de medida padrão. Assim, nos procedimentos envolvendo apreensões de maconha, pode haver indicação de "um dolão", "uma dolinha", "um cigarro", "uma cinquentinha", " x big-big", " x gramas" " x kg". No caso do crack, "x pedras", "x gramas

de valor. Alguns deles não portam nem documento de identificação[13] e também não têm amigos ou familiares que compareçam à Ceplanc para auxiliá-los.

Sobre a ausência de apreensões de armas associadas às atividades de tráfico de drogas, preciso conectar esse achado de campo com o fato de a maioria dos traficantes conduzidos à Central serem "vapores baratos, meros serviçais do narcotráfico" como menciona a canção "Fora da ordem" de Caetano Veloso.

Em outras palavras, traficantes do varejo não costumam trazer consigo armas de fogo ou outras com potencial letal. Os mercadores do varejo na RMR costumam não ter local de atuação definido, são errantes, não criam raízes em territórios fixos. Luiz Eduardo Soares explica que é justamente da necessidade de proteger um território do qual emana o poder do tráfico ("boca de fumo", "biqueira" etc.) que nasce o casamento perverso entre arma e tráfico de drogas a partir de uma sendentarização do comércio varejista ou do comércio atacadista que costuma garantir sua segurança por meio de arsenal bélico (2005, p. 248-249).

As pessoas apreendidas com crack eram aquelas que quase nunca tinham algum valor de dinheiro ou outro objeto. Sem lenço, sem documento, e nem cachimbo, mas com muitas características em comum: magreza, dedos queimados, bocas ressecadas e em estado de rachaduras, ausência de banho e forte cheiro das entranhas, além do quase sempre abandono familiar e também autoabandono.

Sobre a idade dos encarcerados, esclareço que 36% dos procedimentos que acompanhei envolvem sujeitos entre 18 e 25 anos. Essa cifra corresponde ao que as pesquisas sobre violência urbana e civilização já alertavam sobre a predominância de YAMs nos processos de criminalização nas cidades: *young adult males* (homens adultos jovens). Esse número pode ser ainda maior e suspeito de fato que o seja, mas obedecendo às informações colhidas dos documentos da Ceplanc, em 29% dos casos não há informações sobre idade dos autuados, a maioria homens.

Argumenta-se que esse nicho populacional, por ser especialmente consciente de sua força física, precisa colocar-se à prova, tendo menos a perder que

---

de crack". No máximo consegui visualizar 0,5 kg (meio quilograma) de maconha. 60 pedras de crack equivalem a 14 gramas como pude confirmar em mais de uma vez pelos laudos do Instituto de Criminalística.

13. Daí realiza-se o procedimento de identificação civil por razão da persecução penal. Esse procedimento ocorre em uma sala da Central, perto da carceragem, áreas que nunca conheci exceto quando um portão de ferro ficava aberto de onde avistava esta sala e as grades.

os velhos com responsabilidades, o que explica sua prevalência também no processo de vitimização. Assim, em São Paulo, por exemplo, em 1994, 93% das vítimas registradas de violência também eram do sexo masculino e cerca de 75% delas tinham entre 15 e 49 anos de idade. Novamente a predominância dos YAMs (cf. BURKE, 2002, p. 37-38).

Preciso aqui esclarecer que a faixa de idade também se deve a outros fatores já mapeados pela pesquisa social que se debruça sobre a tragédia brasileira revigorada a cada dia pela criminalização das drogas.

Existe no Brasil afora uma cultura de violência gestada, alimentada e reproduzida pelo tráfico de drogas. Essa rede de crimes e violências é reforçada a partir do recrutamento dos jovens vulneráveis integrados ao sistema de poder do tráfico de drogas. Essa juventude que está engrossando as fileiras da criminalidade abarca não só os jovens adultos, mas muitos adolescentes. Esse é um dado alarmante e parafraseando MV Bill, se você está lendo este trabalho, então não estou sozinho na preocupação com o drama da juventude negra e pobre de nossa terra (cf. SOARES, 2005, p. 282).

Essa juventude não possui acesso à educação digna, é empurrada ladeira abaixo para o desemprego, o subemprego e às subeconomias da barbárie, estando o tráfico de drogas localizado nessa última e restrita possibilidade. Esse mesmo contingente também corresponde ao setor populacional cujas marcas do cárcere – que retroalimentam o ciclo de criminalização – e a letalidade são as ferramentas que têm impedido um porvir adulto desses YAMs.

Em Cabeça de Porco (SOARES, 2005, p. 247), apresenta-se o perfil da vítima letal brasileira. Jovem do sexo masculino entre 15 e 24 anos (ainda que o espectro etário se estenda rápida e perigosamente para baixo e para cima). Esses quase cadáveres, pelas cruéis estatísticas do País, moram nas vilas, favelas ou periferias das metrópoles e, frequentemente, são negros. Essa explanação converge com os dados que colhi na Ceplanc. Esse quadro, pois, revela que a face cruel da criminalização, narrada pela Criminologia, encontra correspondência com outro lado perverso, o das mortes, contado pela Vitimologia. Aqui, peço licença a um leitor mais austero, para denominar essa tragédia brasileira, sem nenhum exagero retórico, como *genocídio*[14] do cárcere ou do corpo estendido no chão.

14. Luiz Eduardo Soares afirma que esse genocídio é paradoxal, autofágico e fraticida. Desse modo, jovens pobres são mortos pela polícia ou por seus pares numa dinâmica que não conhecem e não controlam, em que todos são vítimas, mesmo aqueles que ocupam provisoriamente o papel circunstancial de algoz, no circuito vicioso que os conduzirá à morte precoce e cruel (SOARES, *Op. cit.*, p. 247).

Explicito que a marcha criminalizadora das drogas tem tragado para um ciclo de criminalização secundária das polícias e Poder Judiciário e, por fim, a criminalização terciária das prisões da juventude entre 18 e menos de 25 anos, o que revela a faceta perversa de uma criminalização que segrega jovens adultos para quem o fracasso do Estado começa com a exclusão de acessos à educação formal.

4. A gerência de drogas pelo Programa de Segurança Pública Pacto pela Vida

O Pacto Pela Vida (PPV) é uma política de segurança pública implantada em Pernambuco a partir do ano de 2007. O Pacto centrou seus esforços no que se chama de Crimes Violentos Letais Intencionais (CVLIs), ou seja, delitos que resultam em morte. O objetivo do enfoque foi tentar diminuir os índices de homicídios que se verificavam em abastada representação no estado do nordeste brasileiro.

Pernambuco, uma das 27 unidades federativas do País, e o segundo estado mais populoso do nordeste brasileiro, apresentou uma taxa média de homicídios por 100.000 habitantes de 50, 40 durante o período compreendido entre 2000 e 2011, segundo os dados do Sistema de Informação de Mortalidade do Ministério da Saúde. Já na vigência do PPV, especificamente entre 2007 e 2011, houve uma redução de 26,26% nas taxas de homicídio, com uma redução média de 5,25% ao ano (cf. RATTON et al, 2014, p. 10).

Esse programa de segurança contou para sua formulação com a criação de 16 câmaras técnicas por ordem temática. Entre essas câmaras, aquela sobre política de drogas interessa a essa investigação, por ter guiado o eixo de atuação das polícias a respeito do tema das substâncias tornadas ilícitas como o crack. Além disso, houve a criação de um Comitê Gestor que se desdobra em cinco câmaras técnicas: 1) defesa social; 2) administração prisional; 3) articulação com Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria; 4) prevenção social e 5) enfrentamento do crack. (RATTON et al, *Op. cit.*, p. 14).

O modo pernambucano de fazer segurança tem conexões com a Escola de Minas que, por sua vez, possui inspirações operacionais no que se realizou em Medelín e Bogotá na América Latina. Em última escala, é no modelo implementado na cidade de Nova York que as políticas de segurança pública sul-americanas, acima mencionadas, guardam sua primogênita linhagem. Contudo, é preciso ter cuidado na importação de modelos *prêt-à-porter* sem

o devido perceber de particularidades brasileiras envolvendo a segurança pública.

Tal como O Programa de Segurança implantado em Nova York, o PPV obteve êxito no controle de determinada criminalidade, mas esta pesquisa relata que esse êxito é também um enigma, já que o encarceramento por tráfico de drogas, assustadoramente, quase que quadruplicou, ao passo que a redução de homicídios também ocorreu, mas em menor proporção. Naquela megalópole, ainda hoje há um enigma posto: os índices positivos de redução de criminalidades que dominavam expressivos territórios da "cidade que nunca dorme" vieram acompanhados de brutalidade e corrupção policiais.

O exemplo nova-iorquino ajuda a compreender um grande encarceramento de violadores de normas como, por exemplo, "não quebrar uma janela", usando a conhecida metáfora de Wilson, que justifica a tolerância zero (SOARES, 2002, *Op. cit.*, p 232). Depois de algum tempo, os custos desse modelo de segurança começaram a aparecer e por um ponto em comum ao modelo Pernambuco: a superlotação e escândalos em seus sistemas penitenciários que passaram a não conseguir administrar e custear seus "recolhidos" da cidade. O sistema prisional pernambucano está pelas tabelas com o encarceramento transbordante por crimes envolvendo a Lei de Drogas.

O Pacto Pela Vida formulou regime de atuação policial, guiado por rigorosas metas, como "bônus crack", as quais indicam as eficiências e produtividades dos agentes da lei. A bonificação por crack e uma dezena de outras, a exemplo do bônus arma e pontos debelados, norteiam a criminalização das drogas no território do estado de Pernambuco.

Preciso, neste momento, recorrer aos dados do Departamento Penitenciário Nacional (Sistema Nacional de Informação Penitenciária através do que se chama de estatísticas consolidadas dos anos de 2006 a 2012[15]) sobre a criminalização das drogas para depois proceder ao entrelace dessa criminalização com o Pacto pela Vida no combate às mortes violentas intencionais. O progredir da criminalização dos delitos relacionados ao tráfico de drogas e aos crimes de homicídio simples e qualificado revela:

15. A tabela está incompleta no que diz respeito ao delito de homicídio simples e qualificado, porquanto os dados do MJ estão inacessíveis a partir de 2011. Os dados estão defasados, pois não têm informações a partir de 2012 sobre o tráfico e a partir de 2011 nem podem ser consultados sobre os crimes contra a vida. A respeito da completude dos dados a respeito de população, população carcerária, presos provisórios e de tráfico de drogas, esclareço que fiz esse preenchimento em garimpagem anterior.

Período	População	População Carcerária	Presos Provisórios	Delito de Tráfico de Drogas	Delito de Homicídio Simples e Qualificado
Jun/2006	8.502.602	16.509	6.448	1.205	1.682
Dez/2006	8.502.602	15.778	5.954	1.508	1.478
Jun/2007	8.502.602	17.400	10.723	1.998	3.398
Dez/2007	8.502.602	18.836	10.508	2.577	4.578
Jun/2008	8.502.602	18.888	10.576	2.688	4.450
Dez/2008	8.734.194	19.808	11.243	2.844	4.897
Jun/2009	8.734.194	20.865	12.299	2.911	5.005
Dez/2009	8.810.256	21.041	12.349	2.940	5.089
Jun/2010	8.810.256	23.086	13.762	3.185	5.443
Dez/2010	8.810.256	23.925	13.737	3.391	5.594
Jun/2011	8.810.256	25.321	14.857	3.745	-
Dez/2011	8.796.032	25.850	15.177	4.127	-
Jun/2012	8.796.032	27.193	16.504	4.990	-

Tabela 1. População carcerária no Estado de Pernambuco.

Fonte: DEPEN (montagem autor)

É possível perceber, no período de informações disponíveis no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, como o encarceramento aumentou significativamente no Estado de Pernambuco no período de implantação do Pacto Pela Vida. Os números comparados do delito de tráfico de drogas chegam em determinadas épocas a ser muito semelhantes (proporcionalmente falando) à constrição da liberdade de pessoas envolvidas em delitos de homicídio simples e qualificados, duas modalidades de crimes contra a vida (somadas para apresentação desses dados).

Os dados acima apresentados estão em ressonância com o Relatório do Departamento Penitenciário Nacional que presenta o Brasil no 6º lugar do ranking das nações que mais encarceram. Como causa do aumento no quadro prisional nacional apresenta-se tanto o encarceramento provisório quanto o decorrente de delitos envolvendo o tráfico de drogas (INFOPEN, 2014, p. 22).

Uma mudança política a fim de minimizar o encarceramento deve partir da administração da segurança pública. Ocorre que, diferentemente do que vem enfatizando o Ministério da Justiça, as políticas formuladas vem incentivando

financeiramente prisões por apreensões de algumas drogas como se apresenta neste trabalho.

Tal orientação de encarceramento de delitos relacionados aos entorpecentes decorre do fato de que as drogas são apontadas como principal causa dos homicídios em algumas pesquisas. Desse modo, investigação do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Criminalidade, Violência e Política Pública de Segurança (NEPS-UFPE), apresenta as drogas como principal causa dos homicídios (17,5%) no território pernambucano. Depois, aparecem outras razões, em 14,8%, motivo imediato; 13,6%, motivo passional; 13%, transação criminal (retirada da computação acertos relacionados ao tráfico de drogas); 8,3%, conflitos entre gangues; 7,7%, justiça privada;4,1%, delação ou boato; 3%, motivo incidental; 3%, reação à ameaça de morte; 2,4%, conflito envolvendo relações domésticas ou familiares (não incluído motivo passional) e 1,8%, motivo desconhecido (cf. ANDRADE, 2015, p. 120).

Essa motivação confirma as informações de delegados interlocutores da pesquisa a respeito do motivo de o Pacto Pela Vida focar esforços e reforços policiais no "enfrentamento" às drogas (pela via do encarceramento), embora essa relação causal da droga como principal motor dos homicídios não seja inteiramente verdadeira. Assim, no período em que realizei pesquisa de campo, verifiquei que as metas por drogas estavam sendo cumpridas, mas as de homicídio em compensação não estavam "sendo batidas". Informações coletadas junto a um dos delegados interlocutores reforçam a tese apresentada neste trabalho:

> O crime de tráfico de drogas é responsável por mortes. Pernambuco não é exceção. Aqui, por outro lado, as mortes ocorrem em decorrência de disputas territoriais. Quando um grupo assume o controle de determinada área, as mortes caem. Exemplo disso foi na Favela do Detran, onde haviam grandes disputas por controle do mercado das drogas. A intenção do Pacto Pela Vida foi ir na principal causa de mortes, porém hoje as metas de arma e drogas são cumpridas com tranquilidade mas os homicídios não caem. (Diário de Campo, 17.10.2015)

O trecho acima retirado do Diário de Campo encontrada respaldo em pesquisas sociais a respeito do tráfico de drogas e da questão de mortes. A invasão de territórios alheios por falanges rivais é apresentada por ampla literatura do tema como causa de homicídios ou crimes violentos letais intencionais como pontua o Pacto Pela Vida.

Em Cabeça de Porco, por exemplo, uma análise sobre as fronteiras da tensão entre crime e violência, o domínio territorial é também apresentado na

mesma lógica expositiva pelo delegado interlocutor. Desse modo, o novo modelo do tráfico na cidade do Rio de Janeiro requer como base um amplo domínio territorial que se desgarra de seus determinantes geográficos e sociais, generalizando-se e tornando-se forma por excelência da organização dos grupos criminosos vinculados ao varejo de tóxicos (cf. SOARES, 2005, p. 256).

Diante do quadro acima apresentado, é preciso afirmar que o viés de segurança pública que instrumentaliza esforços para o controle das drogas para tentar proteger a vida não pode se valer da máxima de que "a principal causa de homicídios são as drogas". Logo, quando se afirma (quantitativamente) que as drogas são as causas primeiras das mortes não se visualizam particularidades (qualitivamente – onde se mata? quem mata? quem morre?) e se legitimam imbróglios argumentativos que fundamentam tortuoso quadro prisional por tráfico de drogas.

Atrelar a questão das drogas como diretas razões para os homicídios não é recente. José Vicente da Silva Filho, ex-secretário nacional de Segurança Pública e ex-coronel da PM, em análise muito semelhante às diretrizes do Pacto, afirma expressamente que o papel da PM em ações estratégicas para reduzir homicídios é realizar batidas constantes no que ele chama de pontos suspeitos de vender entorpecentes (cf. 2002, p. 71).

Desse modo, um exemplo de causa de morte no território da RMR é quando um usuário-revendedor[16] sai de sua comunidade, por estar endividado com os que controlam o comércio das drogas, para contrair dívidas com outros mandachuvas do tráfico de outra área. A morte pode ocorrer pela insubordinação hierárquica deste sujeito que está na base do tráfico, ou pelo fato de ele revender droga de outra localidade na sua comunidade.

Saliento, todavia, que a principal causa de mortes ocorre por disputas territoriais que elevam o risco de crimes letais violentos (de pessoas alheias ao universo das drogas, mas que habitam esses territórios de conflito), como pude perceber dos diálogos com delegados interlocutores.

Reforço que as mortes não são nunca decorrentes da ação de pequenos traficantes/usuários-revendedores, que são, via de regra, apreendidos pelas polícias. Esses indivíduos são sujeitados tanto pelo tráfico quanto pelo Estado e portam geralmente crack, geralmente não apresentando possibilidade física de promover um CVLI. Torno claro que essas pessoas não fazem parte da es-

16. Com a expressão usuários-revendedores saliento a ideia de que, em vários casos no universo de *outsiders*, muitos usuários realizam venda de substâncias entorpecentes para poderem arcar com os custos do seu vício.

trutura organizacional que disputa o controle de territórios no Grande Recife. Muito pelo contrário, esse sujeito apreendido com pouca quantidade de drogas é aquele que se encontra na base da pirâmide do tráfico de drogas e será sobrepresentado nas estatísticas do encarceramento.

Em interação com um escrivão interlocutor a respeito da relação do Pacto Pela Vida com a política criminal de drogas dentro da lógica de diretrizes do PPV, apresento ao leitor a contundente explanação:

> A pior coisa para o cidadão pobre foi esse tal de Pacto pela Vida. Ponto debelado não é nunca uma boca derrubada. As metas conduziram a muitos absurdos. Os pontos debelados são para os PMs que estão na rua, mas que há remuneração financeira para os comandantes e que, às vezes, há inclusive briga por saber de quem são as ocorrências em áreas de divisa, justamente por conta dessas remunerações aos comandantes. A ideia de atacar a droga por conta dos homicídios é uma falácia. (Diário de Campo, 25.09.2015)

O uso proeminente dos aparelhos policiais no combate às drogas, em desprestígio do incremento do fortalecimento de redes de atendimento de saúde mental e física para pessoas imersas na ambiência de drogas, tem gerado consequências já apontadas por pesquisadores do tema da proibição e do controle penal.

O aumento da vigilância, violência imposta aos mais desfavorecidos que são suspeitos de tráfico, até prova em contrário; favorecimento do envolvimento dos jovens com o crime, desagregação familiar; incremento do tráfico de armas; incremento das possibilidades de lavagem de dinheiro; a alta dos preços derivada da ilegalidade torna cada vez mais poderosas as organizações traficantes; aumento da corrupção nos poderes púbicos e na polícia, em especial nos países em desenvolvimento; aumento da violência e do número de homicídios nos grandes centros urbanos são sintomas precisos do uso do braço policial no enfrentamento das drogas (cf. BOITEUX, 2006, p. 242).

Reforço ao leitor que com a justificativa de combater os crimes contra a vida (o homicídio simples, a modalidade qualificada e até o mesmo latrocínio), o Pacto pela Vida acabou introduzindo sub-repticiamente um contundente e robusto encarceramento por crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico.

Portanto, embora não seja um programa de Segurança Pública com discurso explicitamente proibicionista e propagador de "uma fé salvacionista" contra as drogas, o PPV gerou efeitos deletérios na política criminal de drogas, sendo, pois, na prática e ao cabo um Pacto Pela Proibição com a permissiva benção de

juízes de direito e promotores de justiça curvados às imposições políticas de um governo estadual.

5. A polícia entre as drogas e as metas: uma delicada relação

Ao lidar com o problema das drogas, a polícia trata com situações extremamente variadas, envolvendo várias significações do universo das drogas. Logo, ela atua com diversos usuários e traficantes, bem como com infinidade de drogas,[17] algumas perigosas no plano da potencialidade lesiva imediata no organismo e outras inofensivas se considerar efeito a curto prazo, fisiologicamente falando (GOLDESTEIN, 2003, p. 123).

A polícia muito dificilmente questiona o conteúdo da regra que o desviante – traficante ou usuário – de drogas quebra, afinal é a existência da regra que lhe fornece um emprego, uma profissão e alguns casos "pagamento extra" como apontam os resultados desta pesquisa empírica.

Devo pontuar, com base em incursões em campo e com o que já foi escrito a respeito do agir policial, que esses agentes da lei não costumam discutir as razões do tráfico. É verdade que, por vezes, esses agentes da lei questionam sem respostas definitivas as razões de alguém se tornar traficante, mas sem reflexões que saiam do senso comum a respeito de "obter lucro fácil".

Desde os estudos de Becker a respeito da sociologia do desvio que se percebe como a maconha não é considerada um problema tão grave quanto o uso de outras substâncias de natureza opiácea. Essa mesma conclusão pode ser apresentada para a realidade brasileira, substituindo-se as opiáceas pelo crack.

Há razões para esse agir seletivo da polícia na atribuição de mais mal aos envolvidos com algumas drogas como a heroína no passado e o crack no presente. Isso decorre da afirmação verossímil e verificável de que alguns usuários – tanto de drogas como a heroína no século XX quanto os de crack no XXI – praticam atos desviantes como a prostituição[18] e pequenos crimes como o

17. Na Lei 11.343/2006, lei de drogas vigente, não há o conceito do que seja droga, sendo a lei completada pela Portaria 344/SVS da Anvisa, de natureza administrativa. Trata-se do que a dogmática penal chama de norma penal em branco.

18. Alguns dos usuários-revendedores ou traficantes por azar, que chegaram à Central durante as incursões etnográficas na polícia, possuíam as mesmas características de degradação corporal descritas acima. Entre esses atores que – sem exagero – não conseguem nem levantar a cabeça, encontrei a Maria Caranguejo que abre as reflexões deste trabalho. Reconheci nessa mulher aprisionada por tráfico de drogas outras que Taniele Rui encontrou em sua pesquisa: "com esse calor não dá vontade transar, é

furto. O intuito de obter essas drogas nos casos desses usuários leva à prática de outros pequenos delitos que os usuários da maconha não costumam por em prática (BECKER, 2009, p. 166).

A proibição retroalimenta a engrenagem punitiva e boa parte dos problemas da segurança pública. Assim, como os sujeitos não conseguem substâncias psicoativas tornadas ilícitas legalmente, recorrem à clandestinidade. Esse quadro empurra o preço das drogas pra um nível que poucos têm condições de pagar, reforçando não só a criminalização do usuário, mas a realidade que muitos usuários serão considerados traficantes por se arriscarem na mercancia de drogas para garantir seus segundos de prazer e entorpecimento.

Nas redes da criminalização, pude perceber que ocorrem incentivos financeiros para que os policiais passem a buscar algumas drogas e criminalizar certos sujeitos. Essa lógica está inserida na estrutura do Programa de Segurança Pública conhecido como Pacto Pela Vida em vigor desde o ano de 2007 em Pernambuco. O PPV formulou regime de atuação policial, guiado por rigorosas metas, como "bônus crack", que traduzem as eficiências e produtividades dos agentes da lei.

Nesse ciclo, os policiais sofrem pressões políticas por resultados que podem ser maiores ou menores em períodos diferentes, de acordo com pânicos morais particulares ou com tendências expostas em estatísticas criminais. Logo, sob a pressão para obter "resultados", sob a forma de solução de casos, os policiais sentem-se impelidos a ampliar seus poderes e violar os direitos dos suspeitos (REINER, 2003, p. 136).

Em meio à estrutura que exige o cumprimento de metas pela polícia, a prisão passa ser o desejável dos policiais. Dessa maneira, à polícia só cabe formar a culpa ao invés de realizar investigações acuradas dos fatos ocorridos. Essa situação não pode ser analisada sem que o crítico dessa realidade a perceba como orientação política de programas de segurança pública que têm guiado as ações polícias nesse sentido.

Deixo claro que a criação de regimes relacionados com a realização de prisões em flagrantes, notadamente de pessoas portando drogas, acaba reforçando um recorte seletivo na qualidade de drogas que a polícia deve buscar. Não se criaram, desse modo, metas a respeito do êxtase, do LSD ou de outras drogas mais caras. Essas metas acabam reforçando a longa tradição inquisitorial da polícia brasileira que nem mesmo a redemocratização foi capaz de expurgar.

---

ruim. Eu suo, fico melecada, depois não tenho onde tomar banho. Mas mesmo assim eu prefiro vender meu corpo do que roubar as pessoas para conseguir o crack" (RUI, 2014, p. 283).

No plano prático, a imposição de regimes de metas é um incentivo perverso ao ofício do trabalhador policial que acaba sendo empurrado para atravessar a barreira da legalidade para que seja considerado um profissional eficiente. A eficiência nesse ponto é o incentivo perverso que reforça uma cultura policial de carrasco e não de um agente garantidor de direitos e da democracia. Esse quadro também elimina da polícia civil sua prerrogativa elementar: investigar.[19] E afirmo que se a polícia não investigar, o Ministério Público, "seu fiscal", muito menos o fará.

Preciso explicitar que essas metas são cobradas das polícias, tanto a militar quanto a civil-judiciária.[20] Com as exigências direcionadas ao elo mais fraco da corrente, o Poder Judiciário e o Ministério Público reforçam o serviço que é iniciado nas Delegacias de Polícia.

Essa prática de metas e cobranças políticas constantemente exigidas das instituições policiais permite ao sistema judicial permanecer "inocente" de atuar em quaisquer práticas discriminatórias e injustas na aplicação da lei penal (LIMA, 1995, p. 36).

Sem meias palavras, à polícia cabe o serviço sujo de transformar estigma em identidade criminosa de grupos manjados e projetá-los sobre a população submetida ao seu constante controle. (MISSE, 2008, p. 24).

Acontecimentos como os flagrantes forjados – conhecidos também como "plantados", no dizer popular – no espectro da criminalização das drogas são os efeitos colaterais das eficientes ilegalidades advindas da cobrança por produção por metas.

---

19. A investigação criminal no Brasil é uma exceção. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2015, p. 28), em recente pesquisa a respeito da aplicação das penas no País, confirmam a fatídica realidade do inquérito policial brasileiro fartamente representado pelo ato de prisão em flagrante. Assim, em pesquisas em processos criminais, constata-se que 59,2% deles foram instruídos por um inquérito instaurado a partir da prisão em flagrante dos suspeitos e 34,8% a partir de inquéritos iniciados por portaria. Além disso, em 6,0% dos casos os acusados já se encontravam presos por motivos alheios ao processo. Ou seja, em 64,4% dos processos analisados os acusados já se encontravam presos no momento da instauração dos inquéritos policiais. Assim sendo, no Brasil, apesar de a legislação indicar a necessidade de instauração de inquérito policial sobre todas as notícias-crime, na prática, não é bem isso o que acontece em uma delegacia de polícia. Assim, a investigação criminal não é uma regra, mas uma exceção.

20. O art. 144, § 4.º e 5.º da CF estabelecem no âmbito dos estados as funções de investigação criminal à polícia civil chamada também de judiciaria e à de realização do patrulhamento ostensivo à polícia militar. Na prática investigar e realizar apreensões nas ruas como funções bem determinadas dessas duas polícias não é tão simples.

Trago a opinião de um delegado interlocutor desta investigação a respeito dos "sintomas" das bonificações para os policiais por apreensão de drogas:

> As remunerações por drogas criaram um profissional de segurança pública adestrado a ter benefícios e condicionado à lógica da prisão e do encarceramento. Prende-se para cumprir metas, às vezes sem a necessária investigação. (Diário de Campo, 17.10.2015)

Outras pesquisas sociais também reconhecem tais práticas de manipulação de situações para enquadramento de tráfico de drogas por razões de produtividade ou de corrupção. Não estou sumariando que esse agir em nome do forjado é prática majoritária nos procedimentos envolvendo drogas, mas ele existe, seja por razões de ausência de ética no agir policial seja para cumprir metas. Transcrevo parte de relato encontrado em Cabeça de Porco escrito em parceria de Luiz Eduardo Soares, MV Bill e Celso Ahayde:

> (...) Mas para minha surpresa os caras voltaram dizendo que encontraram uma parada no carro. Nenhum de nós sabia do que se tratava. Era um embrulho bem pequeno de jornal, do tamanho de duas borrachas escolares embrulhadas. Muitos episódios macabros desse tipo, que escrevem parte da história do Brasil e que nem mesmo o Brasil conhece. Era o que eles chamam de forjado (...) Como a palavra de um cidadão de bem, que não tenha antecedentes criminais, pode ficar subjugada pela palavra de certos policiais que respondem a vários e vários homicídios e acusações de corrupção? Mas é assim. A lei é da selva, a selva chamada Brasil. (...) Claro era uma forma de nos incriminar por dinheiro, um simples forjado de rotina (...) Segui a lógica da corrupção: aquele verme estava quase me convencendo de que a droga era minha (...) (SOARES, 2005, p. 157-159).

Identifico teoricamente as metas como incentivos perversos que gerem algumas instituições brasileiras. Quando me refiro aos incentivos perversos, quero ilustrar mecanismos estabelecidos que premiam comportamentos prejudiciais à consecução dos propósitos da própria instituição que fazem parte. Essa afirmação leva em consideração que as polícias têm atribuições constitucionais de prevenção e investigação (cf. SILVA FILHO, GALL, 2002, p. 200).

Ademais, o regime de metas acaba acirrando antigas rivalidades entre as polícias civis[21] e as militares. No caso representativo do bônus crack, por exem-

21. É preciso esclarecer a identidade do que se chama polícia "judiciária". Quando me refiro ao que chamo de identidade explico que essa identidade é órfã. As polícias civis não pertencem ao Judiciário, mas são chamadas de "judiciárias", abastecendo os

plo, as polícias militares[22] passam a "investigar" supostas áreas onde se pratica varejo dessa substância e a polícia civil passa a realizar "patrulhamento ostensivo" para apreender sujeitos com crack.

Há, então, uma oposição de sinergias, que deveriam trabalhar em conjunto para um bem comum da sociedade em face da competição pelo bônus. Essa situação aprofunda um quadro de rivalidades endêmicas como já pôde ler e sentir o leitor.

Passo a expor e analisar a meta mais peculiar que se entrelaça na criminalização das drogas.[23] Reitero que essas metas constituem incentivos perversos que transmitem e refletem as estruturas de poder da sociedade através de um padrão de discriminação contra determinados grupos ou subculturas.

Tribunais como amas de leite de seu sumo vital: inquéritos policiais que se tornam ações penais. Elas não são nunca retribuídas devidamente por suas atividades essenciais à vida da justiça brasileira. Além disso, as polícias órfãs são as primas pobres do Ministério Público, que deve fiscalizá-las devido às atribuições funcionais de controle externo da atividade policial, o que, geralmente, não se realiza (art. 129, VII da CF). Ainda posso afirmar que elas são enteadas – mas nunca filhas – do Poder Executivo, não tendo orçamento próprio, desse modo, seu padrasto concede-lhes incentivos políticos e financeiros para atuar de determinada forma, como relato a todo tempo neste trabalho.

22. As polícias não poderiam ser diferentes da história da nação constituída a partir de um moinho de triturar gente. Legatária da marca dos bandeirantes, as polícias, sobretudo a militar, ainda representam a figura dos brasileiros que pelejam contra a pobreza e cujo ofício de caçador de gente se converteu em gênero de vida. É preciso reconhecer na cultura brasileira as marcas de vigilância perpétua de alguns grupos, bem como a violência atroz da punição preventiva (cf. RIBEIRO, 2006, p. 96-107). A frase de um agente da polícia civil, que outrora foi policial militar, sobre sua forma de ser policial, confirma a esfera de valorações de práticas que constituem o ser um policial militar: "– eu saí da PM, mas a PM não saiu de mim" (Diário de Campo 23.06.2015).

23. Quantitativamente, recorto dados da dissertação de mestrado que originou este trabalho. As sustâncias tornadas ilícitas apreendidas por procedimento são o crack e a maconha juntos ou separados. em nenhuma oportunidade vi um Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) quando a droga é o crack. Quando se trata dessa famigerada droga, realiza-se Auto de Prisão em Flagrante (APF) em tráfico de drogas, a despeito da pouca quantidade de pedras e até mesmo do degradado estado físico do sujeito autuado. O TCO é um procedimento escrito realizado em crimes de menor potencial ofensivo, como é o caso do delito de uso e posse de drogas no Brasil, que está sujeito ao controle despenalizador dos Juizados Especiais Criminais. O Auto de Prisão em Flagrante ocorre em crimes para os quais é prevista a possibilidade de pena privativa de liberdade como é o caso do delito de tráfico de drogas.

6. Bônus crack

A gratificação conhecida como bônus crack é regulamentada por meio de lei estadual. Primeiramente ocorreu por meio da Lei 14.320 de 27 de maio de 2011, na qual "corrida pelo crack" teve sua largada legal. Depois uma nova lei modificou a anterior (Lei 15.458 de 12 de fevereiro de 2015), na qual a busca por crack foi "aperfeiçoada".

Essa bonificação estabelece pagamento de R$ 1000,00 para os 50 agentes da lei que mais apreendem crack em todo estado de Pernambuco em lista mensal (quantidade mínima de 120 gramas de crack para entrar em um ranking). Também existe a previsão de R$ 500,00 para os policiais classificados entre as posições de 51º ao 100º, (mínimo de 80 gramas de crack para poder concorrer) e R$ 250,00 para os 50 últimos da lista, desde que apreendam o montante mínimo de 40 gramas.

Tomando por base a lista de premiação de abril do ano de 2015, referente à "produtividade" de março do mesmo ano, apresento os seguintes dados: os que receberam mil reais apreenderam entre 2700 gramas a 124 gramas; os agentes da lei para quem essa atividade rendeu R$ 500,00 promoveram incursões na Região Metropolitana do Recife garantidora de apreensões de 124g a 81g e, por fim, os últimos colocados que embolsaram R$ 250,00 retiraram de circulação a quantidade de 76g a 55g de crack. A maioria é PM, mas há alguns policiais civis na lista.

Deixo claro que, desde a Lei 14.320/2011, existe a ponderação que cocaína[24] equivale ao crack na seguinte proporção: 1g de cocaína ou pasta base = 3g de crack para fins de cálculo do bônus crack. Explicito também que nenhuma ocorrência envolvendo cocaína foi verificada na pesquisa que realizei na Central.

A cocaína, desse modo, aparece na Ceplanc somente através dos laudos que atestam tratar-se de crack, "cocaína em pedra", como diz a linguagem técnica. Tecnicismos à parte, cocaína e crack, faces da mesma moeda, ou do mesmo componente químico, diferenciado apenas por uma molécula de cloreto, são substâncias irmãs destinadas a diferentes sujeitos. Aos filhos da pobreza é des-

24. "– Nunca tive o prazer de apreender cocaína. Em Boa Vigem ainda se consegue apreender traficante de pó, mas é muito raro" (Diário de Campo, 01.07.2015). Escutei essa frase, certa vez, de um sargento da polícia militar ao indagar sobre as substâncias apreendidas em flagrantes na RMR. Essa frase, dita por um agente da lei, de mais de trinta anos de serviço em atividades policiais, tem muito a nos dizer sobre o controle excessivo da criminalização de algumas drogas pelas polícias e como o encarceramento por crimes relacionados às drogas possui violento recorte seletivo.

tinado o crack, resíduo da cocaína, misturada com substâncias como gasolina e outros aditivos químicos.

Quando falo em faces da mesma moeda, mais do que chamar atenção para a identidade química dos componentes do crack e da cocaína, gostaria de salientar que a setorização dos usos dessas substâncias representa forte estratificação social. A cocaína encontra abrigo nos protegidos apartamentos de luxo e nas festas privadas, enquanto o crack é o genuíno filho da rua e suas vicissitudes, exposto nas praças públicas e locais urbanos em que seu uso é massificado, como nas Cracolândias.

Em diálogo com um soldado, pude dimensionar que o benefício não é algo mensal, mas de 6 em 6 meses costuma aparecer no seu contracheque. O bônus, na verdade, é uma maneira de tentar compensar a precarização que espreita o trabalho das polícias. Transcrevo mais um trecho do diálogo com o mesmo interlocutor da polícia militar:

> (...) Por meta de quantidade de auto de prisão em flagrante também se ganha, mas varia muito de batalhão para batalhão. – No meu veressa forma individualista de pagar só beneficiando uma equipe não ajuda a ter cooperação e pode incentivar a corrupção! Exemplifica: se eu souber de uma notícia de onde tá tendo crack e tiver de folga eu vou bem indicar a outra equipe?". O soldado também fala na irregularidade de recebimento de bônus crack (Diário de Campo, 28.07.15)

Criar uma benesse salarial, como incentivo para apreensão de crack, é uma maneira institucional de querer as ruas limpas, já que é notório que a população em situação de rua é o público que precisa se entorpecer com os efeitos da "pedra" (RUI, 2014, p. 295). Logo, foi o público da rua o sacrificado para que a polícia pudesse ter pequena gratificação em face de sua tacanha precarização. Na Etnografia da Abjeção, realizada em regiões que compreendem a chamada Cracololândia da capital paulista, há uma descrição do público envolvido na ambiência do crack:

> (...) Desde que chegou ao país, o crack é uma droga que se liga fortemente ao cotidiano da população urbana desabrigada (embora não só)(...) Aqui, porém, trabalho com dupla via: o crack pode tanto ser uma possibilidade para quem já frequentava as ruas quanto pode levar indivíduos a essa condição. Uma vez na rua, o despojamento corporal, o consumo continuo da droga, a falta de asseio diário e a ausência de proteção noturna, juntos, denotam com mais evidência a situação a que chegaram (...) Quanto mais o tempo que passam a ficar continuamente na rua, maior a espessura da sujeira. Nesse processo, os pés vão se tornando ásperos e empoeirados, as

> unhas ficam pretas, grossas e grandes, os cabelos se apresentam rançosos, as peles se tornam encardidas, manchadas, opacas e ressecadas, em alguns casos cheias de espinhas ou feridas, os olhos e ouvidos se exibem com remela. Quem vivencia no corpo esse processo não fica alheio a ele (...) (RUI, 2014, p. 295-296).

É preciso reconhecer nessa gratificação por apreensão de crack uma cultura policial que costuma focar esforços para grupos minoritários, para quem a hostilidade da polícia é historicamente focada. Os estudos empíricos sobre a cultura policial e suas práticas revelam que o mapa social da polícia se diferencia de acordo com o poder de grupos específicos, transformando em "propriedade" da policia os mais fracos (cf. REINER, *Op. cit.*, p. 159).

Bonificar a polícia por apreensão do crack e de sujeitos vulneráveis que o utilizam e/ou o comercializam é também marca de uma rasgada discriminação na atividade de criminalização secundária pelo aparelho policial. Quando falo em discriminação, pretendo explicar a ideia de um padrão diferenciado nos poderes de polícia. Esse agir trás como consequência algumas categorias sociais serem super-representadas como alvo das ações policiais.

Pontuo que essa forma de lidar com o problema do crack produz o enquadramento discricionário de pessoas apreendidas com crack, mesmo com poucas pedras, como traficantes de drogas.

O "imperativo categórico", de quando se trata de crack haver a incriminação majoritária por tráfico de drogas, ilustra um processo de sujeição criminal, através da qual são selecionados preventivamente os supostos sujeitos que irão compor o tipo social cujo caráter é socialmente considerado como "propenso a cometer um crime" (MISSE, *Op. cit.*, p. 11).

Saliento que a busca por esse tipo de recompensa envolvendo crack acaba impossibilitando que os usuários dessa droga sejam tratados por meio dos Juizados Especiais Criminais (JECrim) e seus institutos despenalizadores, sendo esses quase sempre flagelos humanos levados ao cárcere.

Afirmo, com base na observação da operacionalidade dessa forma de gerenciar a questão do crack, que ela é um profícuo exemplo de discriminação institucionalizada. Nesse quadro, percebe-se que há procedimentos de policiamento estruturados que abertamente contribuem para práticas discriminatórias.

Percebo como equívoco o fato de trabalhos policiais no controle das drogas serem destinados fartamente ao traficante do varejo, ou melhor contextualizando, ao mercador de drogas das ruas e Cracolândias, como as que existem em Recife e em São Paulo. Se repressão há no combate às drogas, o braço policial não deve ser focado no pequeno comerciante de drogas. Esse direcionamento acaba recaindo sobre usuários-revendedores da "pedra".

Scherman, pesquisador da sociologia do crime e de questões urbanas atreladas ao delito, (2003, p. 234-235) mostra que a "epidemia do crack" trouxe ainda mais confusão na cartilha policial, tendo os enfoques tornados ainda mais ignorantes, estrategicamente falando. Assim, o central na repressão às drogas tem sido optar pelos traficantes do varejo e não por aqueles que vendem em atacado. Essa guinada para o pequeno traficante é fruto de pressões políticas imaturas sobre a polícia para prender os revendedores de crack que incomodam os olhos da boa sociedade.

Preciso reconhecer que os agentes da segurança pública não criaram a discriminação contra o crack e seus pobres apreciadores. As polícias são agentes transmissores da discriminação social que prefere expurgar de seus olhos e do seu convívio o refugo humano que utiliza o crack, um resíduo de outras drogas.

A questão de bonificações, focando o agir policial em grupos como os que estão ao redor das rodas de crack, é um verdadeiro sortilégio. A ação policial guiada para grupos vulneráveis permite e reforça práticas discricionárias. Essa tradição discricionária na cultura policial persiste desde as milícias dos capitães de assalto no Brasil Colônia – origem dos capitães de mato negreiros de tão tenebrosa memória nas palavras do historiador Caio Prado Junior (AB'SABER, 2015, p. 98).

7. Considerações finais

A criminalização das drogas no Grande Recife, que pude verificar através de cada caso que acompanhei na Central, não ocorre sem incentivos. Os incentivos são perversos e contribuem diretamente para um encarceramento que começa com uma cifra no contracheque de um policial.

A incriminação por delitos relacionados às drogas é, pois, guiada por um recorte que criminaliza sujeitos jovens, a maioria entre a faixa de 18 a 25 anos, e envolvidos no comércio de pequenas quantidades de drogas, como a maconha e o crack.

O universo de repressão às drogas está intimamente fundido com a criação de regime de metas pelo Pacto Pela Vida. Tal situação condiciona o agir policial às apreensões de drogas e de pessoas (algumas delas em situação de risco, vulnerabilidade e de rua) como ocorre com o escancarado exemplo das metas ligadas à repressão do crack, "bonificando" parcamente a polícia para, por vezes, recolher das ruas um público que deveria estar em contato com agentes de saúde e assistentes sociais.

A criação de regimes de produção para as polícias é uma tacanha imposição ao trabalhador da segurança pública, constituindo-se como uma fogueira onde a cultura discricionária continua queimando a legalidade e fortalecendo o agir policial para uma lógica instrumental, que associa desempenho com produção em série de prisões. Esse encarceramento ocorre fartamente voltado aos traficantes do varejo de quantidades irrelevantes na subeconomia da barbárie, que tem no tráfico de drogas seu exemplo clássico.

A engrenagem do produtivismo, a exemplo da "corrida pelo crack", continua reforçando balizas que não dirigem a cidadania à polícia, tão criticada, mas pouco compreendida.

É também através de políticas que trazem o saudosismo da tolerância zero no plano da segurança pública, como reavivou o Pacto Pela Vida com sua matriz estruturante, que as já conhecidas consequências dessa política aparecem: completo desequilíbrio no sistema prisional, que passa a não dar conta dos "recolhidos da cidade".

Portanto, o estabelecimento de metas, notadamente o bônus crack e os pontos debelados, acaba obliterando a autonomia da polícia civil – conhecida como judiciária – no processo de investigação criminal. No meu sentir, é como se a polícia tivesse se tornado uma máquina de produzir flagrantes e prisões a despeito de sua importante e necessária função de investigar a ocorrência de delitos numa sociedade livre e democrática.

Nos sertões da criminalização, deparei-me tanto com os novos escravos, acorrentados no autoabandono, nas ruas e na adicção de drogas das ruas, como o crack, quanto os novos bandeirantes, cujo ofício ainda é o ato de caçar gente para sobreviver. Acorrentados e levados às delegacias, desviantes são lançados nas teias da criminalização e da humilhação, tal como a mulher que brotou do mangue em minha frente. Crendo na possibilidade de mudança entre vida e morte, almejo que, tal como no Alto de Natal Pernambucano de João Cabral de Melo Neto, a vida Severina renasça do mangue por um porvir melhor.

8. Referências

AB'SÁBER, Tales. Ordem e violência no Brasil. *In*: KUCINSKI, Bernardo et al (Org). *Bala perdida*: A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015.

ANDRADE, Rayane Maria Lima. *Configurações de homicídios dolosos em Pernambuco*: uma investigação sociológica. Tese de Doutorado Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Recife: UFPE, 2015.

ANDRADE, Vera Regina de. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com na lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 59, p. 161-19, dez. 2009.

BECKER, S. Howard. Outsiders. *Estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito do São Paulo. São Paulo: USP, 2006.

_____; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Tráfico de drogas e constituição. In: *Pensando o Direito*. Ministério da Justiça. Brasília, n. 1, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Sistema penitenciário no Brasil*: diagnóstico e propostas. Disponível em: [www.mj.gov.br/depen]. Acesso em: 28 jan. 2016.

_____. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Junho 2014. 41 p.

BURKE, Peter. Violência urbana e civilização *In*: OLIVEIRA, Vieira Nilson (Org.). *Insegurança Pública:* reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

DAMATTA, Roberto. O ofício do etnólogo, ou como ter "anthropological blues". *In*: Edson de Oliveira Nunes (Org.) *A aventura sociológica:* objetividade, paixão, improvisa e método na pesquisa social. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

FILPO, Klever Paulo Leal. Possibilidades e perspectivas de utilização do método etnográfico para uma pesquisa jurídica libertadora. *In*: GERALDO, Pedro Heitor Barros; FONTAINHA, Fernando de Castro; MEZZAROBA, Orides (coord.). CONPEDI/UFF (org.). *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 140-160. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=137]. Acesso em: 08 nov. 2015.

GOLDSTEIN, Herman. *Policiando uma sociedade livre*. Tradução Marcello Rollemberg; revisão da tradução Maria Cristina P. da Cunha Marques. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

IPEA, A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas, 2015. Disponível em: [www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf]. Acesso em: 02 fev. 2016.

LIMA, Roberto Kant. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro*: seus dilemas e paradoxos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MISSE, M. Sobre a Construção Social do Crime no Brasil: Esboços de uma Interpretação. *In*: Michel Misse. (Org.). *Acusados e acusadores*: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

NUNES, Edson de Oliveira Introdução. *In*: Edson de Oliveira Nunes (Org.). *A aventura sociológica:* objetividade, paixão, improvisa e método na pesquisa social. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário*. Dissertação de Mestrado Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Recife: UFPE, 1984.

_____. Neutros & neutros. *Humanidades*, v. 19, p. 122-127, 1988.

RATTON, Jose Luiz; GALVÃO, Clarissa, FERNANDEZ, Michelle. *O pacto pela vida e a redução de homicídios em Pernambuco*. Instituto Igarapé. Artigo Estratégico 8. Ago. 2014. Disponível em: [https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-8-p2.pdf]. Acesso em: 02 fev. 2016.

REINER, Robert. *A política da polícia*. Tradução Jacy Cardia Girotti e Maria Cristina P. da Cunha Marques. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006.

RUI, Taniele. *Nas tramas do crack*: etnografia da abjeção. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

SHERMAN, Lawrence. Combatendo o crime: a polícia e o controle do crime. In: TONRY, Michel, MORRIS, Norval (Orgs.). *Policiamento Moderno*. Tradução Jacy Cardia Girotti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

SILVA FILHO, José Vicente. Homicídios: o que a polícia pode fazer *In*: OLIVEIRA, Vieira Nilson (Org). *Insegurança Pública*: reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

SOARES, Luiz. Eduardo. O enigma de Nova York. *In*: OLIVEIRA, Vieira Nilson (Org.). *Insegurança Pública*: reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

_____. et. al. *Cabeça de porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

VELHO, Gilberto. *Nobres e anjos*: um estudo de tóxicos e hierarquia. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre *second codes* no julgamento dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil, de Érica Babini Lapa do Amaral Machado e Cristhovão Fonseca Gonçalves – *RBCCrim* 117/313-332 (DTR\2016\116);
- Política criminal de drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro, de Gustavo de Carvalho Guadanhin e Leandro de Castro Gomes – *RBCCrim* 127/263-294 (DTR\2016\24946); e
- Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista, de Gustavo de Carvalho Guadanhin e Leandro de Castro Gomes – *RBCCrim* 123/259-300 (DTR\2016\24036).

O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil

Legislative impact assessment as possible way to avoid mass incarceration in Brazil

Carolina Costa Ferreira

Doutora (2016) e Mestra (2010) em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). 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).
carolina.ferreira@uniceub.br

Recebido em: 15.10.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão do autor: 11.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Considerando o cenário de saturação da produção legislativa em matéria penal no Brasil, a fim de contribuir com a elaboração de estratégias de contenção do encarceramento em massa, o presente trabalho apresentará os fundamentos para a formulação de um Estudo de Impacto Legislativo, instrumento de avaliação de políticas criminais inspirado no modelo de *Better regulation* da Comissão Europeia. O artigo parte do problema do encarceramento em massa no Brasil e da tendência político-criminal em justificar aumentos de penas ou alterações no processo penal quando o Poder Legislativo é instado, pela mídia, a reagir diante de crimes graves, sem a devida reflexão sobre os efeitos que determinada alteração legislativa poderá produzir no sistema carcerário. Assim, é necessário que, em alguma fase da análise de proposições legislativas, seja realizado o estudo de impacto legislativo, como

Abstract: Considering the scenario of legislative production in criminal matters in Brazil, in order to contribute to face mass incarceration, this paper will present the foundations for formulating a Legislative Impact Study, which consists of a criminal policy assessment tool, inspired by the European model called *Better regulation.* The paper considers the problem of mass incarceration in Brazil and the political-criminal tendency to justify increases in penalties or modifications in criminal process when the Legislature is urged by media to react to serious crimes without due consideration of effects that a certain legislative change may produce in the prison system. Thus, at some stage in the analysis of legislative proposals, a legislative impact assessment must be carried out, as a way of containing the approval of legislative proposals that may contribute to the

forma de conter a aprovação de proposições legislativas que possam contribuir para o aumento da população carcerária sem as devidas reflexões sobre tal problema. Propõe-se, ao final, que referido estudo seja formulado, conduzido e executado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP/MJ), a quem cabe a definição das matrizes político-criminais do Estado Brasileiro.

Palavras-chave: Política criminal – Encarceramento em massa – Processo legislativo – Estudo de impacto legislativo – Better regulation.

increase of the prison population without due consideration of this problem. It is proposed that the study is formulated, led and executed by the National Council on Criminal and Penitentiary Policy (CNPCP / MJ), who is responsible for the definition of political and criminal headquarters of the Brazilian State.

Keywords: Criminal policy – Mass incarceration – Legislative process – Regulatory impact assessment – Better regulation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Realidade conhecida e vivida: o encarceramento em massa no Brasil. 3. O processo legislativo brasileiro: breves comentários sobre a tramitação de uma lei ordinária. 3.1. O que é o Estudo de Impacto Legislativo? 4. O encarceramento em massa e as possiblidades de definição de uma agenda para a política criminal legislativa. 5. Conclusões. 6. Referências.

"As fontes de informação do legislador devem ser fidedignas. Ao redigir uma lei, o legislador não pode perder de vista a observação real da vida, porque a malícia encontra muitos atalhos por onde infiltrar-se por entre as sanções da lei, sem incidir nelas. Não basta ter em mira o resultado a atingir: é preciso escolher cuidadosamente os meios adequados, velando por que não sejam excessivamente severos, nem inócuos."

(Victor Nunes Leal. *Problemas de Direito Público*, 1997. p. 19-20)

1. Introdução

O trabalho apresentará o Estudo de Impacto Legislativo e sua necessidade de implementação no âmbito da política criminal brasileira. Partindo-se da situação carcerária do Brasil, em que vivemos duramente a era do "encarceramento em massa", é necessária a reflexão sobre meios de contenção da expansão do sistema penal em todos os seus processos: criminalização primária, secundária e terciária. O objetivo do presente trabalho é expor uma possível forma de contenção do encarceramento em massa, sob a perspectiva da criminalização primária: como os projetos de lei, em matéria penal e processual penal, são discutidos e aprovados no Brasil.

Em um primeiro momento, o instrumento proposto será considerado uma estratégia metodológica e institucional de contenção de discursos puni-

tivos que precisa ser contextualizada no processo legislativo brasileiro. Para tal, suas hipóteses de aplicação e interferência no debate sobre a criação de novos tipos penais precisam ser definidas. A hipótese é de que o Estudo de Impacto Legislativo pode ser estratégia eficiente de contenção dos discursos punitivos propagados no Congresso Nacional, na era do encarceramento em massa.

No campo das ciências criminais, referida análise de impacto é muito importante; trata-se de uma área sujeita às pressões da mídia e do senso comum para a inflação legislativa (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005). A legislação penal, especialmente após a reforma empreendida em 1984, causou sérios impactos no sistema carcerário. Desde a promulgação do Código Penal, entende-se que o Brasil teria adotado o sistema progressivo de penas; no entanto, apenas com a Lei de Execução Penal houve a criação de normas sistematizadoras a respeito do assunto (CASTILHO, 1988; GRAZIANO SOBRINHO, 2007; ROIG, 2015). Para posteriores alterações legislativas, também houve a necessidade de atuação do Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, no caso do julgamento do *habeas corpus* 82.959-7/SP, no qual a Corte, por maioria (6 votos a 5), declarou a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/1990, que vedava a progressão de regimes a condenados por tais crimes (FERREIRA, 2009).

Assim, para uma efetiva reflexão sobre as reformas legais empreendidas no campo criminal, é necessário conceituar e identificar as políticas criminais adotadas pelo Poder Legislativo brasileiro. Para Juarez Cirino dos Santos (2002, p. 53), "a política criminal é o programa do Estado para controlar a criminalidade". Parte-se deste conceito para entender, inicialmente, que a política criminal é um mecanismo discursivo, social e político para: (i) identificar quais condutas merecem ser criminalizadas; (ii) determinar as estratégias de aplicação do poder punitivo.

O trabalho parte da seguinte premissa: as políticas criminais devem ser consideradas políticas públicas, independentemente de seu campo de atuação – penal, penitenciária, legislativa. A interpretação das normas penais e seus instrumentos de realização só pode ser considerada uma tarefa estatal – no sentido de política de Estado – se levadas em consideração todas as fases do chamado ciclo de políticas públicas: formulação de agenda, planejamento, execução, monitoramento e avaliação. Cabe, porém, identificar qual seria o *locus* adequado – no processo legislativo e, também, no ciclo de políticas públicas – para a realização do Estudo de Impacto Legislativo. Em primeiro lugar, será identificada a ascensão punitiva presente na legislação aprovada, no

Brasil, entre os anos de 1940 e 2015,[1] constituindo a chamada era do grande encarceramento.[2]

A presente pesquisa de contribuição acadêmica parte do pressuposto de que o sistema penitenciário brasileiro atual – superlotado, instituição que viola sistematicamente direitos humanos de todos a ele vinculados, gerador de mais violência – não pode ser usado como referência para as discussões político-criminais, a não ser para legitimar mais desigualdades. O presente trabalho analisa perspectivas de contenção do encarceramento em massa a partir da criminalização primária,[3] numa perspectiva criminológica crítica, por meio do Estudo de Impacto Legislativo. É tempo de superar os questionamentos teóricos e partir a campo, com instrumentos metodológicos adequados, para ocupar espaços nos debates políticos e sociais ligados às questões criminais.

2. Realidade conhecida e vivida: o encarceramento em massa no Brasil

Não é novidade que vivemos na era do "grande encarceramento": o aumento desenfreado da população carcerária é fenômeno observado na primeira década do século XXI em diversos países – Estados Unidos da América,

1. O retrato e o desenvolvimento das "ondas punitivas" apresentadas no presente trabalho é resultado de uma pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto "Descarcerização e Sistema Penal: a construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo", promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e financiado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/MEC). O termo "ondas punitivas" foi utilizado, pela primeira vez, por Loic Wacquant, em 1999, em sua obra "As prisões da miséria" (*Les prisons de la misère*).
2. O termo "era do grande encarceramento" também foi utilizado por Loïc Wacquant, na mesma obra acima citada. Até hoje, a expressão é utilizada para a discussão da expansão do poder punitivo, por meio de políticas de encerramento dos pobres nas prisões como reflexo de uma política advinda do Estado de Bem-Estar Social. Exemplos deste uso estão reunidos em ABRAMOVAY, BATISTA, 2010.
3. A criminalização primária consiste na seleção dos bens jurídicos considerados relevantes para a tutela penal. Tal seleção é feita, de forma geral, pelo Poder Legislativo; a criminalização secundária, por sua vez, consiste na seleção das pessoas que se submeterão ao sistema de justiça, na condição de investigadas/os ou rés/réus; a criminalização terciária, finalmente, consiste na execução da pena – uma dupla seleção, uma vez que a/o condenada/o já foi selecionada/o pelo sistema de justiça e, nesse momento, galga a posição de "condenada/o", para depois figurar como "egressa/o" do sistema penitenciário. Sua condição de cidadã/cidadão nunca mais será a mesma. Para mais discussões sobre os processos de criminalização, ver BARATTA, 2003.

Grã-Bretanha, Rússia, Itália, Estônia, Letônia, Lituânia (CHRISTIE, 2011; GARAPON, PAPADOPOULOS, 2008; TONRY, 2004). Michael Tonry pressupôs a importância da formulação de uma política criminal para a definição da população carcerária: a partir do momento em que um Estado define a sua política criminal, este opta por manter altos ou baixos seus índices de população carcerária. Para comprovar sua hipótese, o autor analisou o "campeão mundial da população carcerária mundial", os Estados Unidos da América, utilizando dados de 2002, reafirmados por informações mais recentes, compiladas pelo *International Centre for Prison Studies*, então vinculado à Universidade de Essex (UNIVERSITY OF ESSEX, 2013).[4]

Tonry comparou a taxa de criminalidade relacionada a crimes violentos, a taxa de encarceramento e a taxa de homicídios de três países: Estados Unidos da América, Alemanha e Finlândia. As taxas de encarceramento apresentadas pelos norte-americanos são sensivelmente maiores em comparação com os dois países. Há duas perspectivas importantes sobre estes dados: em primeiro lugar, os crimes violentos aumentaram em todos os países; em segundo lugar, como os países adotaram políticas criminais diferentes, pode-se concluir que a política criminal não se define a partir da população carcerária, mas ao contrário: definem-se os resultados esperados na população carcerária (sendo estes aumento ou diminuição) e, a partir deste resultado, define-se a política criminal (TONRY, 2004, p. 33).

De acordo com os dados mais atualizados do *International for Criminal Policy Research* (2016), o Brasil detém a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos da América (com 2.217.000 pessoas presas), China (1.649.804 pessoas presas) e Rússia (646.319 pessoas presas). Hans-Jörg Albrecht explica que o encarceramento em massa é um fenômeno mundial há décadas, e que muitos países têm discutido políticas para a sua redução, geralmente baseadas – como mencionado no Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária brasileiro – na restrição às portas de entrada das prisões e à diminuição do tempo de permanência no cárcere (ALBRECHT, 2011, p. 61).

Luiz Regis Prado, ao discutir a relevância da proteção dos bens jurídico-penais e sua relação direta com os princípios constitucionais do direito penal, disse que "o Poder Legiferante, com a criação dos tipos penais, faz uma opção

4. Em novembro de 2014, o ICPS se uniu ao International for Criminal Policy Research, da Universidade de Londres. Mais informações estão disponíveis no sítio eletrônico [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total]. Acesso em: 25 jan. 2016.

que reflete o espírito de sua época" (PRADO, 2003, p. 96). Nada mais apropriado para contextualizar a ascensão punitiva em que vivemos desde 1940. No Brasil, a depender das pautas, oscilamos entre aumento desproporcional, ineficaz e apenas discursivamente construído para alguns crimes, enquanto que, para outros, aplica-se o acima citado "enfoque psicossocial de diagnóstico e remediação" (como é o caso do tratamento conferido ao usuário de drogas, após a publicação da Lei 11.343/2006 – naturalmente, a alteração legislativa não impede a atuação seletiva do sistema de justiça criminal, responsável por distinguir usuários de traficantes, o que, na realidade, significa distinguir brancos de negros).[5]

Entre 1940 e 2015, o Brasil passou por décadas de inflação penal.[6] Apresenta-se, para expor tais informações, levantamento quantitativo que compõe dados coletados no curso de pesquisa realizada entre 2011 e 2015. As leis mencionadas nesta análise se referem a alterações nos Códigos Penal, de Processo Penal ou à Lei de Execução Penal, ou a leis ordinárias que criaram novos tipos penais ou revogaram alguns já presentes no ordenamento jurídico. Por decisão metodológica da equipe de pesquisa, não foram consideradas, neste cômputo, leis que alteraram a estrutura de órgãos componentes do sistema de justiça criminal – por exemplo, normas que criaram novos cargos para Tribunais ou que determinaram a criação de novas comarcas ou vagas em carreiras, como a magistratura, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Apenas durante a década de 1940, houve 18 (dezoito) atos, entre Decretos-Lei e Leis que alteraram a legislação penal, dentre eles, especialmente, os Decs.-lei 2.848 e 3.689, nossos atuais Códigos Penal e de Processo Penal, respectivamente. Nos anos 1950, contamos com 20 (vinte) novas leis penais; nos anos 1960, o número sobe para 43 (quarenta e três) leis; em 1970, diminui para 25 (vinte e cinco) leis, em 1980 chega a 28 (vinte e oito) leis (deve-se destacar, nesta década, a reforma do Código Penal, por meio da Lei 7.209/1984, e a aprovação da Lei de Execução Penal, Lei 7.210/1984).

Na década de 1990, chegamos ao ápice das alterações legislativas no Brasil: foram 83 (oitenta e três) leis, chegando quase à média de 10 (dez) novas alterações por ano. Foi nesta década que presenciamos as mudanças na concepção

5. A respeito da tramitação legislativa do PLS 115/2002, que originou a Lei 11.343/2006, ver CAMPOS, 2015a.

6. Importante mencionar a tese de Doutorado em Sociologia defendida por Luís Wanderley Gazoto (2010), que realizou pesquisa empírica sobre as leis penais aprovadas entre 1940 e 2009, e o trabalho de Marcelo Campos (2010), que traçou uma análise da política criminal aprovada entre 1989 e 2006, no Brasil.

de bem jurídico, com a ampliação da tutela dos bens chamados "difusos", como o meio ambiente, a ordem tributária, a ordem econômica, as relações de consumo. É importante lembrar que, nos anos 1990, vivíamos, ainda, exemplos de "sucesso" das chamadas políticas de lei e ordem empregadas nos Estados Unidos da América (GARLAND, 2008).

Nos anos 2000, tivemos 75 (setenta e novas leis penais e processuais penais e, até dezembro de 2015, os anos 2010, considerando os dados atualizados até dezembro de 2015, trouxeram ao ordenamento jurídico mais 45 (quarenta e cinco) leis. Todas as informações estão contidas no Gráfico 1:



Fonte: Dados da pesquisa Descarcerização e Sistema Penal – CNJ Acadêmico (2012-2015). Informações atualizadas até dezembro de 2015.

A análise da "ascensão punitiva" nos permite, numa primeira visualização, perceber o primeiro salto na produção legislativa em matéria penal nos anos 1960, quando se constata uma diminuição considerável na criação ou alteração de leis penais e processuais penais. Pode-se relacionar com o primeiro aumento o advento da Constituição de 1946 e, aos anos 1950, a crescente criminalização de novas condutas, como a "repressão ao abuso do poder econômico" ou o aumento das causas de majoração de pena do art. 281 do CP, que versava sobre o "comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes", revogado posteriormente pela Lei 6.368/1976.

O salto mais considerável se dá nos anos 1980 e 1990. É interessante perceber que, no período da redemocratização, houve necessidade de "proteção" por meio da legislação penal. Isso pode levar-nos a uma série de questionamentos sobre a efetividade das garantias constitucionais: a excessiva salvaguarda legislativa em matéria criminal seria uma "proteção" aos princípios e garantias contidos da Constituição, ou, como os autores acima mencionados demons-

tram, houve uma resposta institucional, tal como ocorreu em outros países do mundo, que reforçou a política de encarceramento?[7]

É certo que, como já alertou Luís Wanderley Gazoto, "o populismo penal é contagiante: tem seus rebentos em todos os setores governamentais, até mesmo onde a técnica deveria prevalecer sobre o senso comum" (GAZOTO, 2010, p. 286). Para este, as principais consequências do populismo são o acesso, pela mídia, a presos em flagrante, favorecendo a cobertura jornalística sensacionalista; o aumento do número de parlamentares oriundos de carreiras ligadas à segurança pública; a aprovação de leis penais mais gravosas, sem a discussão cuidadosa de suas consequências (GAZOTO, 2010, p. 277-297).

Desse modo, conclui-se que a produção de normas penais no Brasil, de 1940 a 2015, resultou no que se chama de "inflação legislativa" (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005). Considerado o grande número de tipos penais existentes no Brasil e o alerta à relação entre o aumento das leis penais com o aumento da desigualdade social,[8] é importante voltar os olhos à população carcerária.

Na América Latina, percebe-se que o aumento da população carcerária não é acompanhado do competente desenvolvimento de políticas públicas. Esta foi a constatação do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (Ilanud), em pesquisa realizada com representantes das chamadas instâncias formais de controle;[9] perguntou-se a eles quais seriam os principais problemas ou necessidades dos sistemas

7. Sobre o assunto, conferir as visões "penalógica, histórica e sociológica" de David Garland (2008) sobre o aumento do controle penal nas chamadas "sociedades modernas". Luís Wanderley Gazoto também concluiu que "(...) contrariando a expectativa de que, após a Constituição Federal de 1988, com a redemocratização do Estado, houvesse uma reavaliação geral do direito penal imposto pela ditadura militar, retomando-se o processo de abrandamento e humanização das penas, estas estão cada vez mais e mais rigorosas" (GAZOTO, 2010, p. 281).

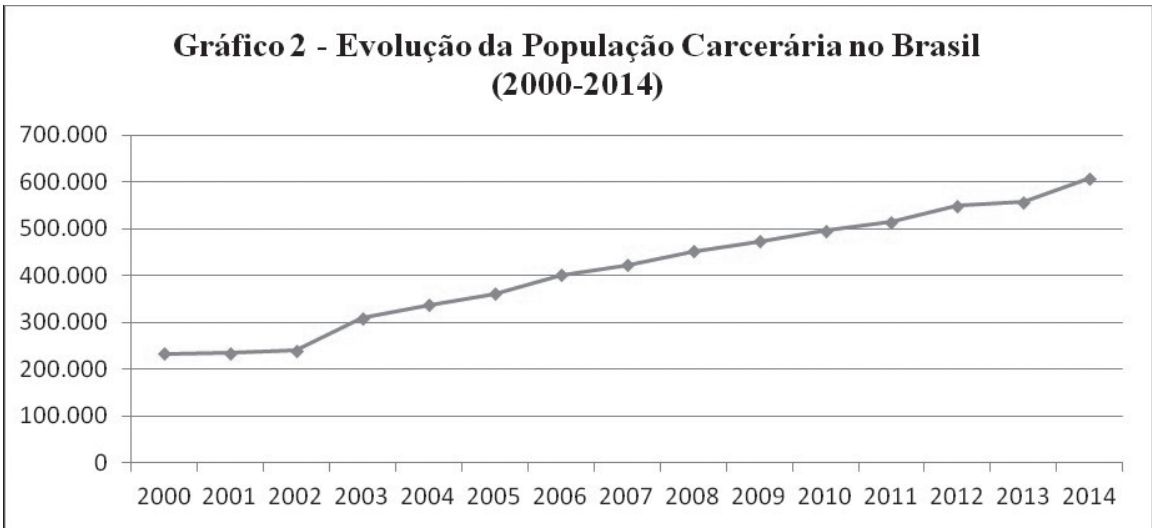
8. "A maior parte das medidas penais recentes, engajadas em um modo de ação que expressa a necessidade constante de punição severa, traduzindo o sentimento público de intranquilidade e insegurança e insistindo nos objetivos punitivos ou denunciadores; atestam, ao mesmo tempo, seu caráter inequivocamente 'punitivo'. Esse modelo político é ainda mais sedutor e mais funesto quando aplicado em países com fortes desigualdades sociais e desprovidos de tradição democrática como é o caso brasileiro" (PASTANA, 2012, p. 60).

9. Denominam-se membros das agências ou instâncias formais de controle os atores do sistema de justiça – policiais, peritos, membros do Ministério Público, juízes, advogados, defensores públicos (BARATTA, 2002, p. 174-176; ZAFFARONI, 2007, p. 17-18).

penitenciários da América Latina; as respostas apontaram problemas nas políticas integrais (penitenciárias, de reabilitação, de gênero, de justiça penal e, principalmente, de uma política criminal com foco nos direitos humanos), deficiências no funcionamento da justiça penal e a necessidade de leis penitenciárias (CARRANZA, 2010, p. 28-29).

No Brasil, não é novidade que a execução penal possui problemas estruturais. Até o mês de junho de 2014, o sistema penitenciário brasileiro abrigava 607.731 presas e presos, em caráter provisório e definitivo, em 376.669 vagas em estabelecimentos prisionais e nas polícias (BRASIL, 2013b), chegando, assim, a uma taxa de ocupação de 161% (BRASIL, 2015c). O Brasil é o quarto país do mundo em população carcerária, perdendo apenas para Estados Unidos da América, China e Rússia (UNIVERSITY OF ESSEX, 2013).

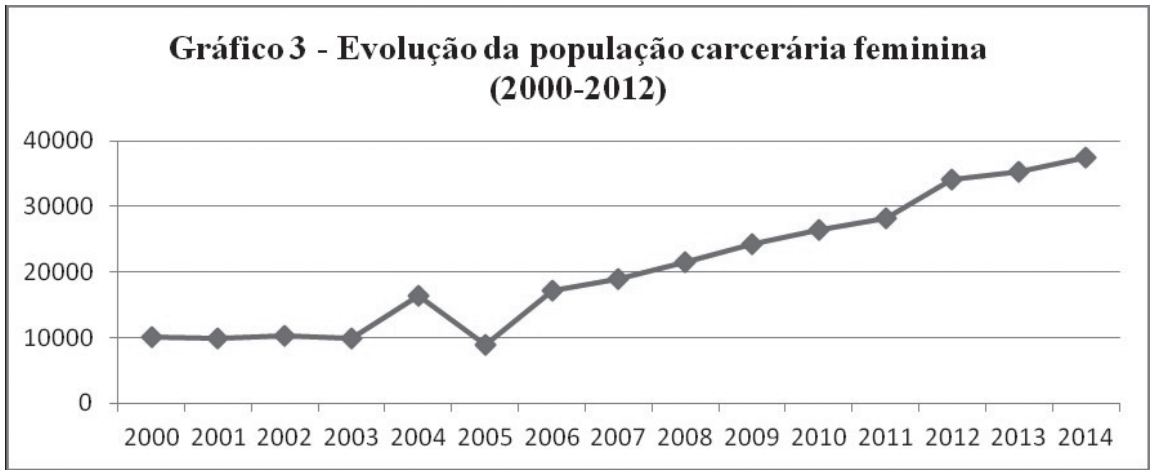
Como forma de ilustrar o aumento da população carcerária no Brasil, os gráficos abaixo foram produzidos a partir dos dados publicados pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça, e se referem aos anos 2000 a 2014:



Fonte: DEPEN (MJ)

Em relação à população carcerária masculina, os dados mais atualizados divulgados pelo Depen permitem a definição do seguinte perfil do preso no Brasil: jovens (56% têm idade entre 18 e 29 anos); negros (67% da população); solteiros (57% dos homens); com Ensino Fundamental incompleto (53%). Quanto ao acesso ao trabalho, apenas 16% dos presos, no Brasil, trabalham, e 10,7% têm acesso às atividades educacionais. O Depen informou que 78% dos estabelecimentos penitenciários não possuem oficinas de trabalho (BRASIL, 2015c).

A fim de discutir, ainda que em pequena dimensão, a perspectiva de gênero, seguindo a metodologia defendida por Katharine Bartlett (2011, p. 32-51) de se realizar "a pergunta pela mulher", também é importante mencionar o crescente aumento da população carcerária feminina na primeira década do século XXI, como indica o gráfico 3:



Fonte: DEPEN (MJ).

O Depen, em publicação voltada exclusivamente aos dados referentes à população carcerária feminina, destacou o aumento vertiginoso da população carcerária – 567% nos últimos 14 anos –, além da falta de infraestrutura adequada nas unidades penitenciárias, a superlotação, presente em 60% das unidades prisionais destinadas às mulheres[10] e o perfil da mulher encarcerada no Brasil: são jovens (50% têm idade entre 18 e 29 anos); negras (67% da população carcerária feminina); solteiras (57% das mulheres); com Ensino Fundamental incompleto (50%); 63% das mulheres brasileiras estão cumprindo penas de prisão de até 8 anos.[11] Também se deve destacar que o número de presas provisórias, considerando-se a média nacional, é de 30%, um pouco menos do que a média masculina, que é de 41% (BRASIL, 2015d, p. 21). Do universo de 37.380 mulheres, em 2014, 30% tinham acesso a atividades laborais, 25% tinham acesso a atividades educacionais e 8,8% trabalham e estudam (BRASIL, 2015d).

10. Segundo o relatório InfoPen Mulheres, "a situação de superlotação nas unidades femininas é menos pronunciada que a média nacional" (BRASIL, 2015d, p. 16).

11. Para o Depen, "esse dado revela a persistência da pena de prisão como medida sancionatória, inclusive para os casos de crimes menos graves, impactando de forma mais geral o total da população de mulheres encarceradas no Brasil" (BRASIL, 2015d, p. 20).

Uma simples comparação dos dados constantes dos Gráficos 1 e 2 permite concluir que a primeira década do século XXI assistiu a um encarceramento sem precedentes. De 2000 a 2010, a população carcerária passou de 232.755 presos em 2000 para 496.626 em 2010. No mesmo período, foram produzidos ou alterados 103 atos normativos relacionados à matéria penal ou processual penal. Entre 2002 e 2003, também podemos observar um aumento vertiginoso nas duas taxas – a população carcerária sobe 28% (passando de 239.345 presos para 308.304),[12] enquanto os atos normativos produzidos no período saltam de 4 para 21. A média de aumento da população carcerária no período estudado chega a 6,93% ao ano, enquanto a média de leis penais ou processuais penais publicadas chega a 9,36%.

Segundo o próprio Departamento Penitenciário Nacional, em termos proporcionais, o encarceramento das mulheres aumentou muito mais do que o dos homens – de 2000 a 2014, o aumento da população carcerária feminina foi de 567,4%, enquanto o encarceramento masculino aumentou, no mesmo período, em 220% (BRASIL, 2015d).[13]

A demanda pela criminalização primária, segundo Vera Andrade (1997), não é ligada a um regime político, a um partido político, a uma estrutura social específica: trata-se de um movimento político, quiçá global, traduzido em um "autoritarismo *fashion,* um autoritarismo *cool",* como ironicamente define Zaffaroni (2006, p. 67). Alessandro Baratta (1998) também alertou que o expansionismo, paradoxalmente, aumenta as hipóteses de criminalização ao mesmo tempo que aumenta a impunidade,[14] já que o sistema de justiça cri-

12. É importante ressaltar que, justamente entre 2002 e 2003 há alteração na alimentação dos dados do sistema penitenciário, que passam a ser publicados considerando a separação por Unidades da Federação, de acordo com as informações prestadas pelas Secretarias Estaduais de Segurança Pública.

13. A mesma publicação resume o perfil das mulheres encarceradas, atualmente, no Brasil: "Em geral, as mulheres em submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento. Em torno de 68% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas. A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico" (BRASIL, 2015d, p. 5).

14. "Mientras multiplica las previsiones de pena, el eficientismo penal multiplica también el número de casos de impunidad, los cuales, como han demonstrado las inves-

minal opera seletivamente – e, no caso do Brasil, já se encontra abarrotado de processos criminais, além de ser responsável por uma população carcerária em situação completamente irregular. Portanto, as disfunções dos processos de criminalização primária e secundária produziram o encarceramento em massa no Brasil.

Conclui-se, assim, que o Brasil passa, desde 1940, por uma ascensão punitiva e pelo aumento desenfreado da população carcerária. Diante dessa realidade, a tarefa da academia é refletir sobre as causas para tais aumentos e, sobretudo, refletir sobre mecanismos de enfrentamento dos discursos que ensejam a continuidade da ascensão punitiva. O presente trabalho trilha o caminho do processo legislativo para tentar conter, nas análises iniciais, propostas legislativas que contribuam para o agravamento do encarceramento em massa.

3. O processo legislativo brasileiro: breves comentários sobre a tramitação de uma lei ordinária

O estudo do processo legislativo ainda é seriamente negligenciado no campo jurídico brasileiro. Nos cursos de Direito, docentes e discentes parecem se preocupar com uma nova norma apenas após a sua publicação. Tal visão deturpada do processo de elaboração normativa impede que uma série de discussões relevantes seja feita antes da criação da norma.

Sobre o assunto, Carolina Haber (2011) argumenta que isso se dá em razão da excessiva influência do Positivismo Jurídico no Brasil, o que fez com que a relação entre Direito e Política se distanciasse. Leonardo Barbosa também entende que a resistência do campo jurídico em reconhecer o Poder Legislativo como espaço de discussão pode ser atribuída ao positivismo jurídico, que "é mais uma estratégia teórica de explicação do direito que tende a desconsiderar as legislaturas como objeto pertinente de sua reflexão" (BARBOSA, 2010, p. 84). Assim, considerando-se que o positivismo jurídico tem grande influ-

tigaciones sobre la cifra oculta de la criminalidad y sobre los procesos selectivos de la justicia penal, representan un porcentaje altísimo de todos los eventos penalmente relevantes, también en la fenomenología de un derecho penal 'normal'. Ensanchando desmedidamente los programas de acción del sistema de la justicia criminal, sin que a llo le pueda acompañar un adecuado aumento de los recursos a su disposición (lo que, por otra parte, no sería augurable, porque significaría la militarización total de la sociedad). El eficientismo eleva los niveles de la selectividad estructural del sistema punitivo, mientras permanecen constantes las variables tradicionales de ella; también el derecho penal eficientista llena las cárceles, sobre todo, de sujetos socialmente débiles" (BARATTA, 1998, p. 182).

ência para as Teorias do Direito no Brasil, juristas se preocupam muito mais com a norma publicada do que com o seu processo de elaboração.[15] Isso causa, segundo Felipe de Paula, uma crescente descrença na atividade legislativa.[16]

Assim, a produção acadêmica sobre processo legislativo é escassa e, sobretudo, focada no procedimento, no rito de aprovação de uma lei. As leituras constitucionais mais conhecidas sobre o processo legislativo[17] se referem ao rito previsto na Constituição, em seus arts. 59 a 69, e nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

As proposições legislativas se dividem por sua iniciativa: comum ou reservada (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 828). O Regimento Interno da Câmara dos Deputados indica que, uma vez recebida a proposta legislativa autuada como PLC – Projeto de Lei da Câmara –, esta será lida na sessão plenária, oportunidade na qual o Presidente da Câmara a encaminhará, por despacho, às Comissões, para que estas formulem seus respectivos pareceres. Emitidos tais pareceres, a proposta volta a plenário, para discussão, deliberação e, em caso

15. Leonardo Barbosa ainda complementa: "Esta nota teórica do positivismo é muito presente em nossa cultura jurídica. (...) O fato de os currículos de direito não tratarem de conteúdos ligados ao processo legislativo, quando muito abordando rapidamente as regras constitucionais sobre a matéria, também reforça a percepção de que as legislaturas não seriam um problema genuinamente jurídico" (BARBOSA, 2010, p. 89).

16. "O ciclo que se apresenta é relativamente simples: os diplomas legislativos, independentemente do grau de debate que os preceda e de seu predicado real, são aprovados, promulgados e publicados pelos órgãos competentes – não há, nesse primeiro passo, participação efetiva e sistemática da academia jurídica, seja *in loco*, seja mediante produção literária –; a lei torna-se, então, parte integrante do *menu* doutrinário, com invariável apreciação crítica de seu conteúdo; as "falhas" legislativas, expostas e interpretadas à exaustão – o que, aliás, para evitar qualquer mal-entendido, é salutar em democracias maduras –, contribuem para a crescente desqualificação da atividade legislativa brasileira, que, em meio à crise atual, tem nos seu produto de debilidade; o Poder Judiciário, em vetor que configura um dos eixos centrais do chamado (neo) constitucionalismo e em elemento que caracteriza, ainda que parcialmente, a chamada judicialização da política, é então chamado ao processo, instado a se manifestar sobre a constitucionalidade e a "qualidade" do ato normativo produzido, dada a abertura contemporânea à análise material de normas com base em princípios como o da razoabilidade, de regras como a da proporcionalidade, e de ferramentas como a chamada "interpretação conforme a Constituição" (PAULA, 2010, p. 73).

17. Considero, aqui, a doutrina constitucional, que cuida do procedimento de elaboração normativa, como, por exemplo, as publicações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012), Raul Machado Horta (1989, 1999) e Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gustavo Gonet Branco (2007).

de aprovação, encaminhamento ao Senado Federal. No Senado, a proposta vai à Comissão de Constituição e Justiça, para parecer e, posteriormente, discussão em plenário. Caso não haja emendas modificativas ao projeto encaminhado pela Câmara, após a discussão em plenário, o PL segue para a Presidência da República, para as fases de veto e sanção.[18]

Importante mencionar que, em termos regimentais, uma proposta legislativa que pretenda alterar a Lei de Execução Penal só deve, obrigatoriamente, ser analisada pela Comissão de Constituição e Justiça (e de Cidadania, no caso da Câmara dos Deputados). Não há previsão de submissão ou análise a qualquer outra Comissão, ficando esta decisão a critério do Presidente da Casa Legislativa, a depender do objeto da tramitação.

Assim, apesar de haver um procedimento definido pela Constituição e pelos Regimentos das respectivas Casas, há certa discricionariedade que dá ensejo às negociações próprias do espaço do Parlamento, que pode fazer com que a discussão em plenário de determinada proposta seja encurtada ou alongada, de acordo com os interesses definidos, sobretudo, pela Presidência das Casas e de seus Líderes. Assim, as fases do procedimento são importantes, sobretudo, para que se pense no momento mais adequado ou oportuno de inserção de um Estudo de Impacto Legislativo.

Por isso, para além de um conceito doutrinário sobre processo legislativo, Leonardo Barbosa (2010, p. 92) explica que "dizer que o procedimento de produção das leis é processo legislativo significa, portanto, perceber o desenvolvimento das relações entre os seus participantes a partir do princípio do contraditório". Seguindo as normas contidas nos Regimentos Internos, Deputados e Senadores debatem proposições,[19] manifestam-se sobre os mais diversos assuntos e, no que nos interessa, indicam a definição de políticas criminais a partir da produção legislativa.

É importante dizer que o processo legislativo brasileiro não possui espaços claros para a discussão de matérias relevantes a toda a sociedade, como é o caso das alterações em matéria penal ou processual penal. Leonardo Barbosa nos lembra de que:

18. Todo o procedimento pode ser consultado nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados (arts. 49 ao 59, e arts. 108 e ss.) e do Senado Federal (arts. 90 e ss.).

19. Pierre Bourdieu explica que o Parlamento é "lugar onde, sobre problemas conflituosos que opõem grupos de interesse, debate-se de acordo com as formas, segundo as regras, publicamente" (BOURDIEU, 2014, p. 145).

> (...) em quase 20 anos de vigência da Constituição de 1988, ainda não fomos capazes de superar a herança autoritária no que se refere ao processo legislativo. Autonomizado, corporativo, sujeito a *lobbies* privados pouco transparentes e envolvido em uma relação dúbia com o Poder Executivo. Enquanto instância que fomenta a formação de um potencial de crítica pública, nosso processo legislativo avançou pouco, ainda que do ponto de vista estritamente eleitoral tenhamos experimentado ganhos concretos. O problema é: mantidos esses termos, quão democrática é nossa democracia? (BARBOSA, 2010, p. 214).

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece a possibilidade de realização de audiências públicas – que podem ser requeridas e realizadas no âmbito das Comissões Permanentes, nas Comissões Parlamentares de Inquérito e nas demais Comissões – nos arts. 255 ao 258. O Regimento Interno do Senado Federal, de forma ainda menos específica, estabelece, em seus arts. 93 e 94, a possibilidade de realização de audiências públicas no âmbito das Comissões. Existe, porém, discricionariedade em relação à convocação de audiências públicas no Congresso Nacional; 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; além disso, em muitos casos, a presença na audiência pública não significa direito de fala ou acesso aos parlamentares que participarão da tomada de decisão sobre a proposta legislativa discutida. Sobre o assunto, Pierre Bourdieu expressou sua desconfiança quanto à representatividade da chamada "opinião pública" no Parlamento:

> Penso que a definição patente numa sociedade que se pretende democrática, a saber, que a opinião oficial é a opinião de todos, esconde uma definição latente, a saber, que a opinião pública é a opinião dos que são dignos de ter uma opinião. Há uma espécie de definição censitária da opinião pública como opinião esclarecida, como opinião digna desse nome. A lógica das comissões é criar um grupo constituído de tal forma que dê todos os sinais exteriores, socialmente reconhecidos e reconhecíveis, oficiais, da capacidade de expressar a opinião digna de ser expressa, e nas formas conformes (BOURDIEU, 2014, p. 101).

No entanto, vale dizer que nem sempre a concessão de espaços ou oportunidades para a participação social pode ser um sinal de interpretação minimalista para as propostas no campo da segurança pública. José Luis Díez Ripollés explica que, em razão do populismo penal evidente nos países da América Latina, parlamentares se utilizam de discursos próprios do senso comum punitivista para se pôr ao lado das vítimas (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 77-82).

De igual forma, atender a demandas formuladas por determinadas categorias (como policiais, peritos, membros do Ministério Público, da Defensoria ou da Magistratura) tem dado à participação social uma característica de arena de defesa de interesses corporativistas, o que pode prejudicar suas características democráticas.[20] Dessa forma, a importância (ou irrelevância) da participação social pode ser um aspecto importante para a qualificação dos discursos que levam à criação de novos tipos penais ou a propostas de alteração do processo penal.

O Estudo de Impacto Legislativo pode ser um espaço de abertura para a discussão da sociedade civil organizada com os parlamentares sobre questões sensíveis, que impliquem, dentre outras consequências, no aumento da população carcerária brasileira.

3.1 O que é o Estudo de Impacto Legislativo?

O Estudo de Impacto Legislativo é um instrumento de avaliação legislativa, destinado, no caso do presente trabalho, a analisar os projetos de lei que pretendam alterar a Lei de Execução Penal ou que influenciem o sistema penitenciário brasileiro. Tal instrumento ainda não foi criado no âmbito do processo legislativo brasileiro; uma provocação sobre o assunto foi apresentada por Salo de Carvalho (2008), que defendeu a criação de uma "lei de responsabilidade político-criminal", a fim de forçar a discussão sobre os impactos carcerários da aprovação de novas leis penais.[21]

Nesse sentido, numa situação hipotética, caso o Estudo de Impacto Legislativo indique que determinada alteração legislativa causará aumentos expressivos na população carcerária, segundo o raciocínio dos autores, as autoridades públicas que aprovaram uma determinada lei poderiam ser responsabilizadas.

O presente trabalho não tem o objetivo de desenvolver raciocínio ou instrumento normativo que contemple a responsabilização de agentes públicos – Deputadas/Deputados Federais, Senadoras/Senadores, Presidenta/Presidente da República e respectivos assessoras/assessores jurídicos, que discutem e ana-

20. Para mais referências sobre participação social, conferir COELHO; FAVARETO, 2012, p. 237-259.

21. Está em trâmite na Câmara dos Deputados o PLC 4.373/2016, proposto pelo Deputado Federal Wadih Damous em 16 de fevereiro de 2016, pretendendo a criação de uma "Lei de Responsabilidade Político-Criminal". O projeto avança nas discussões sobre a necessidade de um discurso mais qualificado no processo legislativo brasileiro, mas não desenvolve adequadamente as questões sobre uma análise de impacto legislativo.

lisam os atos normativos antes de sua aprovação. O trabalho tem por objetivo desenhar uma proposta de Estudo de Impacto Legislativo que seja relevante para a análise das consequências da aprovação de um projeto de lei, no sentido de conter o encarceramento em massa vivido pelo Brasil nas últimas décadas.

Os estudos de impacto ou a avaliação legislativa estão incluídos num campo de conhecimento denominado "Legística" ou "Legisprudência", que ganhou espaço na Europa, nos anos 1970, com a obra *Gesetzgebungslehre*, de Peter Noll (PAULA; ALMEIDA, 2013; WINTGENS, 2003). Sobre tais termos, adotarei, no presente trabalho, a terminologia de Carlos Blanco de Morais (2007, p. 209), que entende ser a Legística o "ramo da Ciência da Legislação que estuda os métodos e as técnicas que se destinam a assegurar a qualidade formal e substancial dos actos legislativos". O mesmo autor entende que o termo "Ciência da Legislação" engloba a chamada "Teoria da Lei" – que consiste nas discussões sobre a lei como norma jurídica, as formas da lei, seus valores, sua validade e eficácia, dentre outros critérios incluídos, tradicionalmente, no que chamamos de "Teoria do Direito"–; a "Teoria da Decisão" (as concepções dos mais diferentes tipos de legisladores, quando tomam a decisão de elaborar uma nova norma, o que incluiria a discussão sobre a decisão legislativa em relação às políticas públicas, as circunstâncias políticas que influenciam a decisão de legislar ou não e, por último, critérios objetivos, tais como competência, vínculos procedimentais, atuação de grupos de interesse); e, por último, a chamada "Legística", conceituada acima (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 68-69).

O termo "Legisprudência", muito utilizado por Luzius Mader (2001), estabelece um grau de similitude com o que Blanco de Morais chama de "teorias da decisão", mas também inclui os aspectos técnicos de elaboração normativa.[22] No presente trabalho, preferimos a noção mais ampla de Blanco de Morais, no que se refere à "Ciência da Legislação". Como o objetivo da análise, porém, é (re)pensar as políticas criminais, tais conceitos não são relevantes para a compreensão da importância do Estudo de Impacto Legislativo no âmbito da execução penal brasileira.

22. "(...) legisprudence aims at furthering the theoretical understanding as well as the technical handing of legislation; it combines elements of science, art and craftsmanship; it is interested both in content of legislation and in its form" (MADER, 2001, p. 17).

Estudos e análises de impacto legislativo são recomendados na União Europeia,[23] e utilizados em alguns países, como Portugal e Reino Unido. No âmbito da Comissão Europeia, o estudo de impacto no campo legislativo se insere num projeto chamado *Better Regulation*, com nítida inspiração no ciclo de políticas públicas:

> *"Better Regulation" means designing EU policies and laws so that they achieve their objectives at minimum cost. Better Regulation is not about regulating or deregulating. It is a way of working to ensure that political decisions are prepared in an open, transparent manner, informed by the best available evidence and backed by the comprehensive involvement of stakeholders. This is necessary to ensure that the Union's interventions respect the overarching principles of subsidiary and proportionality* i.e. *acting only where necessary and in a way that does not go beyond what is needed to resolve the problem.*
>
> *Better Regulation covers the whole policy cycle – policy design and preparation, adoption; implementation (transposition, complementary non-regulatory actions), application (including enforcement), evaluation and revision. For each phase of the policy cycle, there are a number of Better Regulation principles, objectives, tools and procedures to make sure that the EU has the best regulation possible. These relate to planning, impact assessment, stakeholder consultation, implementation and evaluation* (EUROPEAN COMISSION, 2015a, p. 5).

Assim, os estudos de impacto e de avaliação legislativos se inserem em um contexto de regulação de condutas, de uniformização de normas, como parece ser o objetivo de um conglomerado político diversificado como a União Europeia. Nesse sentido, segundo o *Impact Assessment Guidelines* da Comissão Europeia:

> *IA is a tool to help structure reflection and conduct analyses informing policy design. It is not a list of tasks to tick off. There is no recipe for the perfect IA. Given the widely differing nature of Commission initiatives, the best way to carry out an IA and present its results will vary from case to case.*
>
> *However, all impact assessments must answer a set of key questions and respect a number of principles. An impact assessment should comprehensive, proportionate, evidence-based, open to stakeholders' views, unbiased, prepared collectively with relevant Commission services, embedded in the policy*

23. A Comissão Europeia criou o *Impact Assessment Guidelines* e o publicou em 15 de janeiro de 2009. Tal documento, assim como a composição do *Impact Assessment Board*, foram ampliados em novos documentos publicados em 16 de dezembro de 2015 (EUROPEAN COMISSION, 2015a).

> *cycle, transparent and of a high quality* (EUROPEAN COMISSION, 2015a, p. 19).

As perguntas definidas nas diretrizes da Comissão Europeia para o Estudo de Impacto são: (1) O que é o problema e por que isso é um problema?; (2) Por que a União Europeia deveria agir?; (3) O que deveria ser alcançado?; (4) Quais são as várias opções para alcançar os objetivos?; (5) Quais são os impactos econômicos, sociais e ambientais e quem será afetado?; (6) Como comparar as diferentes opções em termos de efetividade e eficácia (custos e benefícios)?; (7) Como irá monitorar e como será organizada a subsequente avaliação retrospectiva? (EUROPEAN COMISSION, 2015a, p. 18-19, tradução livre).

Assim, as diretrizes da Comissão Europeia não indicam um modelo definido, pois cada assunto deve ser desenvolvido de maneira diferente; cabe ao relator ou à relatora do Estudo de Impacto definir as respostas às perguntas anteriormente indicadas e, a partir de tais respostas, refletir sobre as estratégias de sua elaboração, pensando que o objetivo do EI é reunir informações relevantes para as tomadas de decisão dos responsáveis por políticas públicas (EUROPEAN COMISSION, 2015a, p. 19).

De acordo com as novas orientações da Comissão Europeia, publicadas em dezembro de 2015 – o documento anterior datava de 2009 –, um Estudo de Impacto deve conter as seguintes características:

> *– IAs must set out the logical reasoning that links the problem (including subsidiarity issues), its underlying drivers, the objectives and a range of policy options to tackle the problem. They must present the likely impacts of the options, who will be affected by them and how.*
>
> *– Stakeholders must be able to provide feedback on the basis of an Inception Impact Assessment which describes the problem, subsidiarity related issues, objectives, policy options and an initial consideration of relevant impacts of these policy options.*
>
> *– A 12-week internet-based public consultation covering all of the main elements of the IA as part of a broader consultation strategy to target relevant stakeholders and evidence.*
>
> *– IAs must compare the policy options on the basis of their economic, social and environmental impacts (quantified as far as possible) and present these in the IA Report.*
>
> *– Certain elements must be included in the final IA Report. These include: (i) a description of the environmental, social and economic impacts and an explicit statement if any of these are not considered significant; (ii) a clear*

> *description of who will be affected by the initiative and how; (iii) impacts on SMEs; (iv) impacts on competitiveness; and (v) a detailed description of the consultation strategy and the results obtained from it.*
>
> *– The draft IA Report must be presented to the Regulatory Scrutiny Board for its scrutiny. A positive opinion of the Board is necessary before an interservice consultation can proceed.*
>
> *– The IA report must be complemented by a 2-page executive summary sheet available in all languages* (EUROPEAN COMISSION, 2015a, p. 16).

Seguindo a estrutura das diretrizes da Comissão Europeia, Carlos Blanco de Morais explica que o núcleo da avaliação prévia de impacto realizada no processo legislativo:

> (...) continua a incidir sobre a repercussão econômica e financeira do projeto sobre o sector público, sobre as empresas e sobre os cidadãos, através de uma análise de custos e benefícios. Isto sem prejuízo de se terem valorizado nas diretrizes e guias de avaliação, especialmente nos últimos seis anos [*cita o "Impact Assessment Guidelines" da Comissão Europeia]*, outros aspectos, tais como a prognose de riscos e de distribuição de impacto, a avaliação da praticabilidade administrativa bem como a antevisão de encargos administrativos e a análise da repercussão ambiental e social (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 344).

Blanco de Morais elenca argumentos desfavoráveis à realização de uma Avaliação Prévia de Impacto, que podem ser resumidas em: (i) estudos de impacto legislativo seriam mais uma etapa de burocratização de um procedimento que já possui inúmeras regras e procedimentos bem indicados; (ii) o trâmite do processo legislativo, que em muitas vezes já é criticado por ser moroso, poderia ser ainda mais demorado; (iii) a natureza do Parlamento – e, especialmente, a noção de política[24] – não dão espaço a estas formas de avaliação legislativa; (iv) quem seria responsável por custear a avaliação legislativa?; (v) legislações relacionadas a determinadas matérias tidas por não quantificáveis (tais como vida, integridade ou meio ambiente) não poderiam passar por avaliações de

24. "Não lograria, por vezes, influir na política legislativa, ou porque seria feita tarde demais, ou porque os responsáveis reagiriam negativamente junto do decisor a alterações propostas por um avaliados externo que não se envolveu originariamente na sua concepção, ou, ainda, porque os próprios decisores tenderiam a rejeitar avaliações (sobretudo quando não quantificadas) que deitem por terra alguns dos objetivos emblemáticos que presidem a um projecto de diploma" (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 347-348).

custo-benefício, como quer indicar a avaliação prévia de impacto (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 347-349).

Blanco de Morais se encarregou de construir os argumentos favoráveis à implementação da avaliação prévia de impacto – API, como chama o instrumento que, no presente trabalho, preferi denominar de "Estudo de Impacto Legislativo" (EIL). Segundo o autor, "a API constituiria um importante instrumento auxiliar na estratégia de decisão. Ela permitiria ao decisor a escolha tecnicamente orientada do *na* e do *quid* dos seus impulsos normativos" (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 348-349). Além disso, Blanco de Morais argumenta que as avaliações prévias de impacto se inserem em um contexto de boa governança, importante para as definições e as negociações típicas do campo político. Assim, "a avaliação reduziria o grau de exposição política do decisor relativamente à introdução e execução das suas políticas públicas" (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 349), dando a este mais segurança no cumprimento do ciclo de políticas públicas. O autor ainda exemplifica o seu ponto com políticas públicas que, não submetidas a um estudo de impacto prévio, não obtiveram sucesso. Também poderiam ser evitadas legislações que indicassem políticas públicas que podem resultar em "elefantes brancos"; com a API, excessos nos custos financeiros poderiam ser evitados (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 350).

A Comissão Europeia possui vasto material de auxílio à formatação dos Estudos de Impacto, tais como uma publicação contendo as diretrizes do *Better Regulation* e as possibilidades de inserção do EI nos mais diversos contextos e fases do ciclo de políticas públicas (EUROPEAN COMISSION, 2015a), um documento contendo formulários e outros modelos de documentos, denominado *Toolbox*, para auxiliar gestores de políticas públicas (EUROPEAN COMISSION, 2015b); e, finalmente, uma publicação destinada às partes interessadas, para que saibam as oportunidades em que podem interferir e exigir a realização dos estudos de impacto, dentre outras medidas, visando ao aperfeiçoamento da legislação (EUROPEAN COMISSION, 2015c).

Até outubro de 2016, o sítio eletrônico da Comissão Europeia continha 38 documentos submetidos à Análise de Impacto em 2016, sendo que apenas um deles se referia à legislação penal (EUROPEAN COMISSION, 2016).

Passando o estudo às experiências de países que adotam a avaliação legislativa, Portugal se destaca. Entre maio de 2010 e junho de 2011, o país estabeleceu um programa chamado Simplegis (ETTNER; SILVEIRA, 2014, p. 5). Criou-se a Comissão para a Simplificação Legislativa, vinculada ao Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, que realizou alguns Estudos de Impacto Legislativo, levando em conta os seguintes critérios: (i) delimitação do problema e de seu objeto; (ii) a quantificação do problema e sua

contextualização; (iii) as opções disponíveis para a solução do problema – apenas a criação de uma nova norma é viável à solução do problema? Que outros meios estão disponíveis ao Estado para solucioná-lo? (iv) os benefícios esperados; (v) os custos, divididos em custos gerais e custos de aplicação da nova lei; e (vi) recomendações (que podem ser gerais, de implementação ou de não implementação da medida legislativa) (BARROS; GAROUPA, 2001, p. 13-22).

Conceição Gomes e José Mouraz Lopes (2009) explicam o processo de reformas penais pelo qual Portugal passou nos anos de 2006 e 2007 e comentam a existência de um programa de monitoramento das alterações legislativas, que levou em conta o seu impacto em diferentes fases do processo penal e as percepções de diversos atores do sistema de justiça criminal português.[25]

No Reino Unido, até 2005, existia um departamento – *Regulatory Impact Unit* – ligado à Casa Civil do Governo, responsável por produzir guias e relatórios sobre os estudos de impacto legislativo aplicáveis às mais diversas áreas, como aviação civil, defesa, reforma do transporte público, saúde, assinatura de acordos bilaterais, dentre outros.[26] Carlos Blanco de Morais explica que, durante os governos de Margareth Thatcher, foi criado e incentivado o *Compliance Cost Assessments*, "cujo guia de avaliação previa uma valoração, dentro do possível, em termos monetários, das onerações e benefícios das medidas com repercussões econômicas e financeiras" (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 357). O Estudo de Impacto britânico se iniciava com uma capa conten-

25. "O programa de monitorização avalia a reforma considerando o seu impacto para os cidadãos (arguidos, vítimas/assistentes) e para o desempenho funcional dos operadores judiciários (magistrados judiciais e do Ministério Público, advogados, funcionários judiciais) e das organizações (tribunais, incluindo serviços do Ministério Público, órgãos de polícia criminal, sistema prisional, sistema de reinserção social e sistema de perícias médico-legais). As alterações legais são, ainda, avaliadas tendo em conta o seu impacto nas diferentes fases do processo penal (fase de inquérito, fase de instrução, fase de julgamento, fase de recurso e fase de execução). O resultado desta monitorização vai permitir um balanço crítico da reforma penal no que respeita à relevante dimensão da concretização de uma política criminal integrada que leve em consideração, não só a repressão, mas, sobretudo, a prevenção criminal e qual o seu efeito no necessário equilíbrio entre a concretização prática das garantias constitucionais dos arguidos e das vítimas e a eficácia na prevenção e repressão da criminalidade" (GOMES; LOPES, 2009, p. 31).

26. A página eletrônica [www.gov.uk/government/publications?publication_filter_option=impact-assessments] deixa à disposição dos pesquisadores todos os estudos de caso realizados.

do um formulário, que resume os assuntos que serão tratados de forma mais desenvolvida ao longo do estudo. Assim, a primeira página contém informações, tais como: data, estágio da solução do problema (inicial ou final), tipo de medida (por exemplo, "criminalização primária"), contatos, custos, perguntas mais objetivas, como "a intervenção do governo é necessária?" ou "a política pública pode ser revista? Quando?".[27]

A Holanda também possui estruturas governamentais a fim de cumprir com os princípios dispostos no programa *Better Regulation*, da Comissão Europeia. Segundo Blanco de Morais, o país passou por um período de modernização das avaliações legislativas, entre 2001 e 2002, que resultou em um procedimento de estudo de impacto prévio baseado em duas fases:

> "uma inicial, pautada pela brevidade e pela observância de directrizes não muito distintas da avaliação prévia inicial no Reino Unido ("*quick scan*"), e outra final, assinada pelo Ministro-proponente e acompanhando o projecto" (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 35).[28]

Wim Voermans, professor da Universidade de Leiden, explica a existência de um instrumento chamado *Table of Eleven,*[29] criado em 1994, na Holanda, com o objetivo de auxiliar a formulação de leis e de políticas públicas holandesas:

> *In 1994, the Dutch Ministry of Justice studied the possibility of periodically monitoring the level of compliance with legislation. In the course of that project the 'Table of Eleven' originated. The 'Table of Eleven' is a model based on behavioural sciences, consisting of eleven dimensions. Together, these dimensions are decisive for the level of compliance with legislation. The eleven dimensions*

27. Para um exemplo prático, ver o estudo de impacto sobre reformas na legislação sobre defesa britânica. Disponível em: [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/210533/Defence_Reform_Bill-_Impact_Assessment-_MOD0002.pdf].

28. Felipe de Paula, em tese de Doutorado defendida na Universidade de São Paulo, discutiu o papel do Poder Executivo na avaliação legislativa, a partir da redefinição, no Brasil, do conceito de "regulação", aqui interpretado de forma bastante restrita, o que pode impedir a análise ou a avaliação legislativas. Enquanto o trabalho não está publicado, ver PAULA, 2015.

29. A OCDE também se manifestou sobre o *Table of Eleven* (OECD, 1999). A versão de 2004 do instrumento está disponível em: [www.sam.gov.lv/images/mregulaçodules/items/PDF/item_618_NL_The_table_of_Eleven.pdf]. Acesso em: 15 jan. 2016.

> *are formulated with a view to as high a practicability as possible in the fields of policy making and law enforcement. The dimen-sions provide criteria with which we can assess whether or not it is possible to enforce draft legislation. These criteria, however, can also be used to evaluate existing legislation.*
>
> *In subsequent years, the 'Table of Eleven' was refined and improved. In addition, we gained the necessary experience in using it. These days, the 'Table of Eleven' is a household name among policy makers, jurists drafting legislation, supervisors and enforcers within the Dutch government*[30] (VOERMANS, 2015, p. 60-61).

Recentemente, o Brasil tem produzido alguns estudos sobre análise e avaliação legislativas.[31] As Consultorias Legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reúnem algum material sobre o assunto. Fernando Meneguin escreveu um texto bastante repercutido sobre análise e avaliação legislativa, que basicamente expõe as diretrizes do *Better Regulation* já aqui apresentadas, e inicia uma provocação no sentido de sua aplicabilidade no Brasil, restringindo-a aos seguintes assuntos:

> Merecerão avaliação as proposições que imponham ou reduzam custos à iniciativa privada, ao terceiro setor ou ao próprio setor público acima de um determinado valor a ser fixado pelos parlamentares ou pelos governantes. Também cabe a avaliação de impacto nas situações em que ocorrerá uma

30. "Em 1994, o Ministério da Justiça Holandês estudou a possibilidade de monitorar periodicamente o nível de cumprimento da legislação, no curso do projeto originalmente chamado *The Table of Eleven*. *The Table of Eleven* é um modelo baseado em ciências comportamentais, consistente em onze dimensões. Juntas, estas dimensões são decisivas para o nível de obediência à legislação. As onze dimensões são formuladas com a visão mais prática possível nos campos da formulação de políticas públicas e de elaboração legislativa. As dimensões preveem critérios sobre os quais podemos medir se é ou não possível aprovar um projeto de lei. Estes critérios também podem ser usados para avaliar a legislação em vigor. Nos anos subsequentes, o *Table of Eleven* foi refinado e melhorado. Além disso, adicionamos a experiência necessária para usá-la. Atualmente, o *Table of Eleven* é um termo familiar entre gestores de políticas públicas, juristas, parlamentares, autoridades e executores, no âmbito do governo holandês" (tradução livre).

31. Merecem destaque a pesquisa coordenada por Isabel Figueiredo sobre o impacto da Lei 8.072/1990 no sistema de justiça criminal e no sistema penitenciário (ILANUD, 2005), a tese de Doutorado de Carolina Dzimidas Haber (2011), já citada neste trabalho, e a dissertação de Mestrado de Natasha Schmitt Caccia Salinas (2008). Especialmente sobre reformas legais, ver o trabalho de Ana Claudia Cifali (2015).

> grande redistribuição de custos e benefícios entre grupos da sociedade (MENEGUIN, 2010, p. 9-10).

Há quem defenda que o Brasil já possui instrumentos de análise ou avaliação legislativa, considerando, para isso, a redação dos anexos do Dec. 4.176, de 28 de março de 2002. É importante ressaltar que este instrumento só se aplica aos atos normativos que tenham proposição no âmbito do Poder Executivo, especialmente os chamados "decretos autônomos", regulamentados pelo art. 84, III, da Constituição. É certo que as perguntas contidas nos anexos de referido decreto podem consistir em um bom ponto de partida para a formação de um instrumento para o Estudo de Impacto Legislativo, já que fazem referência a impactos, estabelecem a obrigatoriedade de traçar os objetivos a ser alcançados com a proposição normativa, além de mencionar a relação da proposta com direitos fundamentais, o que seria de interessante análise, por exemplo, para a execução penal.

A simples adoção de um instrumento não significa, porém, em termos de gestão de políticas públicas, que se alcancem os resultados esperados num processo de avaliação legislativa.[32] Além disso, a discussão de formatação de um EIL é mais complexa do que o simples preenchimento de dados em um formulário: a reflexão sobre sua importância, pertinência e, principalmente, sobre o conteúdo de suas informações deve variar de acordo com o tema da proposta legislativa em discussão.[33] Assim, o objeto do presente trabalho é

32. Ao comentar a inserção do Dec. 4.176/2002 no processo legislativo de atos normativos do Executivo, Fabiana de Menezes Soares explica: "O Decreto 4.176/2002 densificou as regras e princípios da LC 95/98 ao introduzir dentre outras questões de Legística Formal, um instrumento de avaliação de impacto, uma *check list* bastante analítica (em comparação com outras como a *list blu* alemã e do modelo canadense, por exemplo), cujo fim é realizar um diagnóstico da situação-problema e um prognóstico em relação às variáveis de impacto. Todavia, a eficácia desta parte do dispositivo é toda uma outra história, ao lado do despreparo de quem for o responsável pela sua execução por desconhecer até mesmo o termo Legística, quanto mais as suas metodologias, a *check list* pode estar fadada a concretizar o oposto do almejado pela Legística, ou seja, uma conduta não internalizada na Administração Pública. Trata-se de um instrumento detalhado e que então exigiria uma interação entre profissionais diversos, com uma rotina e sistema de recolhimento de informações, com prazos bem definidos para que a avaliação tivesse de fato condições de ser realizada" (SOARES, 2007, p. 141).

33. Isabel Figueiredo, ao apresentar dados quantitativos sobre o sistema penitenciário do Estado de São Paulo após a entrada em vigor da Lei 8.072/1990, informa que "compreender o real impacto da promulgação da Lei de Crimes Hediondos no sistema

promover a discussão sobre a importância da qualificação dos discursos em matéria penal no âmbito do Poder Legislativo, motivo pelo qual este decreto não será analisado.

Para a formatação de uma proposta de Estudo de Impacto Legislativo, é fundamental não desprezar o jogo político-parlamentar[34] que possibilita maior ou menor celeridade, ou até mesmo a superação de etapas regimentalmente previstas, em razão, por exemplo, de um "acordo entre líderes".

Como as experiências britânica e portuguesa nos mostram, poder-se-ia escolher qualquer lei ordinária para testar um instrumento de estudo de impacto; porém, é necessário pensar nos efeitos de tal legislação na sociedade, mas não é possível prever todos os fatores que podem influenciar a vigência e a forma de aplicação de uma nova norma penal.[35]

Assim, cada estudo de impacto deve conter peculiaridades para atender às expectativas de análise de determinada situação, mas fatores externos podem prejudicar a formação do instrumento. O Estudo de Impacto Legislativo pretende, assim, indicar quais pontos são necessários para a análise completa de uma alteração legislativa na área penal. Para isso, tanto o formulário a ser preenchido quanto o alcance da consulta pública – e da consequente participação

---

penitenciário demandaria aferir também em que medida suas disposições afetaram a dinâmica da execução penal, observando-se não apenas o aumento ou não da incidência destes crimes, do tempo de condenação e do cumprimento real de pena, como também o impacto na predominância de tipos de regime, na concessão de benefícios e nos mecanismos disciplinares" (FIGUEIREDO, 2005, p. 61).

34. Para Bourdieu (2014, p. 141), "(...) as regras são regularidades implícitas, quase ignoradas quase o tempo todo pelos jogadores, dominadas no estado prático sem que os jogadores sejam capazes de leva-las à explicitação. Não são estáveis, à diferença das regras do jogo; não são exteriores ao jogo. As pressões segundo as quais o jogo é jogado são, por sua vez, o produto do jogo. Uma análise estrutural do jogo implica, portanto, uma análise da história do jogo, do devir que conduziu a esse estado do jogo, do processo pelo qual o jogo gera e mantém as pressões e as regularidades segundo as quais ele é jogado. O jogo não tem em si mesmo toda a sua verdade. Um campo é um jogo que se joga segundo regularidades que são suas regras, mas com cujas regras ou regularidades também podemos jogar para transformá-lo".

35. Sobre o assunto, é importante mencionar que, na primeira década do século XXI, a lei que mais impactou o aumento da população carcerária foi, sem dúvida, a chamada "nova Lei de Drogas", Lei 11.343/2006. A criminalização de homens, mas, principalmente, de mulheres, cresceu a patamares inaceitáveis. Marcelo da Silveira Campos (2015) estudou o assunto com profundidade. A seletividade desta criminalização também deve ser estudada. Como referência de pesquisa empírica sobre a política de drogas, ver GONÇALVES, 2016.

social na elaboração normativa – devem variar de acordo com a complexidade da matéria a ser analisada.

Assim, para cada EIL seria necessária a realização de pesquisas quantitativas e qualitativas sobre o assunto da alteração legislativa proposta, para trazer a ela as informações empíricas mais adequadas para a tomada de decisão – pela aprovação ou rejeição da proposição legislativa analisada. É importante mencionar que não se pretende substituir os pareceres das Comissões no Congresso Nacional, em qualquer uma das Casas Legislativas, pelo EIL. A ideia é exatamente a oposta: trazer o EIL ao cotidiano do processo legislativo, como forma de contribuição para a qualificação dos discursos legislativos, a partir de dados, de informações oficiais, a fim de que a avaliação das opções – pela criminalização ou descriminalização, pelo encarceramento em massa ou por propostas de descarcerização – seja consciente e fundada em informações acessíveis a toda a sociedade, e não a valores ou a suposições, sem a devida discussão.

Considerando-se o ciclo de políticas públicas e a possibilidade de inserção de um Estudo de Impacto Legislativo, entendo que este pode ser incluído tanto na fase de formulação de políticas – a primeira etapa do ciclo, para falar com Michael Howlett – ou na fase de avaliação delas:

> (...) a maioria das avaliações é realizada por funcionários ou membros do judiciário, que são isolados da opinião e da pressão públicas. Provavelmente as formas de avaliação mais próximas do público são os diferentes tipos de revisões legislativas. Mesmo aqui, entretanto, o efeito da opinião pública sobre a formação de políticas é fraco e muito indireto. Em muitas legislaturas contemporâneas, as funções de avaliação de políticas não são desempenhadas no plenário mas nas comissões estabelecidas com base em bancadas funcionais para analisar a legislação proposta. As comissões frequentemente atingem competência considerável na área de sua atuação, e essa competência permite que o legislador exerça sua influência sobre o processamento das políticas. Mas para construir essa competência, os membros devem participar das comissões por períodos relativamente longos de tempo. Os membros das comissões também não devem seguir necessariamente a posição de suas bancadas ao votar, a fim de manter sua autonomia. A natureza do problema considerado também afeta o envolvimento legislativo na avaliação de políticas. Questões técnicas e puramente legais dificilmente envolverão os legisladores, seja porque podem não compreender inteiramente os problemas ou soluções, seja porque podem ver benefícios políticos insuficientes na questão (HOWLETT, 2000, p. 182).

Percebe-se que o Estudo de Impacto Legislativo consiste em uma das oportunidades de inserir, nos debates que compõem o processo legislativo, infor-

mações relevantes para que se discuta o modelo de política pública penitenciária possível em nossa estrutura legislativa e estatal.

Outro aspecto importante é o momento oportuno para a realização do Estudo de Impacto Legislativo. Sob o ponto de vista normativo, seria necessária uma alteração em nossa Constituição, por meio de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC), a fim de inserir tal estudo como etapa obrigatória do processo legislativo relacionado à esfera penal e processual penal? Em análise ainda superficial, pode-se imaginar que tal etapa poderia ser inserida como um § 2.º do art. 65 da CF/1988,[36] fazendo-se menção à importância do estudo de impacto para a realização de uma nova proposição sobre o mesmo assunto no art. 67 da Constituição.[37]

Fernando Meneguin, apesar de restringir o âmbito de aplicação da avaliação legislativa no Brasil, propõe sua atribuição ao Poder Executivo ou ao Legislativo:

> No âmbito do Poder Executivo, poderia haver um órgão junto ao Ministério da Justiça ou à Casa Civil que elaborasse, em conjunto com as áreas temáticas, a avaliação de impacto dos projetos legislativos e medidas provisórias que fossem encaminhados ao Congresso Nacional. Junto ao Poder Legislativo, essa atividade poderia ser desenvolvida pelas Consultorias Legislativas e de Orçamentos do Senado e da Câmara dos Deputados quando as proposições fossem iniciadas nestas Casas ou quando houvesse necessidade de aprofundar uma avaliação vinda do Poder Executivo. Em ambos os casos, há a possibilidade de convênios com outras instituições que possam colaborar na realização da avaliação, principalmente em tarefas de coleta e análise de dados (MENEGUIN, 2010, p. 12).

No campo da avaliação em políticas públicas, a literatura entende ser o Poder Executivo o espaço mais adequado para a sua realização, pelos motivos resumidos por Michael Howlett:

---

36. Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.
Parágrafo único – Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

37. Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

> (...) o Executivo é responsável em última instância por todas as políticas, autoridade que ele afirma algumas vezes. A implementação de grandes questões políticas tende a envolver níveis mais altos de controle executivo. O controle pelo Executivo tende também a ser maior se a burocracia consistentemente se opõe às opções políticas preferidas pelos políticos ou pelo público. (...) há poucas dúvidas de que esta etapa do processamento de políticas é muito pouco afetado pela opinião pública, a menos que os administradores exijam que suas ações sejam consideradas legítimas a fim de assegurar o cumprimento das regras e regulamentos governamentais (HOWLETT, 2000, p. 181).

Segundo Carlos Blanco de Morais, o *locus* mais adequado para a formulação e execução do Estudo de Impacto Legislativo também seria o Poder Executivo, como já ocorreu em países como os Estados Unidos da América, Reino Unido e Austrália:

Os Executivos foram os principais, senão os exclusivos, responsáveis pelo lançamento e liderança da API, a qual conceberam como um auxiliar útil e amigável para a segurança do próprio decisor.

A introdução do API logrou igualmente sedimentar uma *cultura de gestão normativa* nas estruturas dirigentes e nos técnicos superiores dos departamentos da Administração, direta e indiretamente envolvidos na preparação dos diplomas, alterando um perfil de dirigente caracterizado décadas atrás pela sua imagem referencial excessivamente generalista (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 363).

Aplicando tais possibilidades ao Brasil, e considerando a formulação e a execução de políticas criminais aplicáveis ao Brasil, como políticas públicas, no contexto da execução penal –, sugere-se a alteração do art. 64 da Lei de Execução Penal, a fim de incluir o Estudo de Impacto Legislativo como atribuição do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, subordinado ao Ministério da Justiça, é órgão da execução penal e tem sua composição e atribuições definidas na LEP. O CNPCP é composto de 13 membros, com mandatos de 2 anos, renovados 1/3 de sua composição a cada ano. A escolha de seus membros se dá pelo Ministro da Justiça, nos termos do *caput* do art. 63 da LEP, "dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social" (BRASIL, 1984). Segundo o art. 64 da LEP, cabe ao CNPCP:

> Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:
>
> I – propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;
>
> II – contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária;
>
> III – promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País;
>
> IV – estimular e promover a pesquisa criminológica;
>
> V – elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor;
>
> VI – estabelecer sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados;
>
> VII – estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal;
>
> VIII – inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento;
>
> IX – representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal;
>
> X – representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal (BRASIL, 1984).

De acordo com o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária elaborado pelo CNPCP, uma das principais demandas para conter o avanço da criminalização primária no país é a "definição e formalização dos mecanismos e instrumentos para promoção da *accountability* da política", além da "adequação da política criminal e penitenciária aos modernos instrumentos de governança em políticas públicas"[38] (BRASIL, 2015, p. 7-8).

Por suas disposições legais e pelas definições contidas na última edição do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o CNPCP é o *locus* ideal para a formulação, a execução e a publicação do Estudo de Impacto Legisla-

38. O Plano prossegue: "(...) a norma deve também identificar e dividir riscos e oportunidades, bem como estabelecer formas de revisão, avaliação e monitoramento da política" (BRASIL, 2015b, p. 7).

tivo como instrumento para a formação de agenda e de avaliação de políticas públicas, pois, a este, cabe a proposição de diretrizes para a política criminal, a promoção da avaliação periódica do sistema criminal e estimular e promover a pesquisa criminológica.

De acordo com as definições das políticas criminais, o CNPCP – por meio de uma Comissão liderada por Conselheiros e composta de membros externos, representantes da sociedade civil – poderia formatar o EIL adequado a cada proposição legislativa na área criminal, conduzir uma (ou mais) consulta(s) pública(s)[39] sobre o assunto discutido e, ao final, apresentar o EIL (em formato preliminar) à Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania de ambas as Casas Legislativas, para que, neste contexto, o Parlamento analise a viabilidade da proposição legislativa e seus efeitos.

O monitoramento da execução das políticas públicas objeto das proposições legislativas também deveria ser executado pelo CNPCP, já que a este também incumbe realizar inspeções periodicamente[40] e reuniões periódicas para a análise de casos, definição de políticas e de estratégias,[41] além da expedição de resoluções,[42] que possuem caráter de recomendação, mas que são extremamente relevantes à condução das políticas públicas penitenciárias no campo estadual. Nesse espaço, entende-se que o CNPCP poderia fazer avaliações legislativas *ex ante* e *ex post*.

Importante mencionar que o PLS 513/2013, que prevê a reforma completa da Lei de Execução Penal (BRASIL, 2013b) propõe a alteração do art. 63 para

39. Para conhecer melhor a dinâmica histórica da participação social no Poder Executivo, no Brasil, ver publicação organizada pela Secretaria Geral da Presidência da República sobre o assunto (BRASIL, 2014). Importante mencionar o esforço desta mesma Secretaria em uniformizar e centralizar as consultas públicas do Poder Executivo em um só sítio eletrônico, intitulado [www.participa.br/].

40. Segundo dados à disposição no sítio eletrônico do CNPCP, os Conselheiros realizaram 4 inspeções a estabelecimentos penais em 2015, 9 em 2014, 3 em 2013 e 11 em 2012, apenas para citar as informações dos últimos anos (BRASIL, 2016. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/relatorios-de-inspecao-1/relatorios-de-inspecao]. Acesso em: 15 jan. 2016).

41. Tais reuniões são mensais, duram, em média, 2 dias, e seu calendário é previamente divulgado no sítio eletrônico do CNPCP. As reuniões de 2016 estão todas marcadas: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/calendario-de-reunioes/reunioes-2016]. Acesso em: 15 jan. 2016.

42. Todas as resoluções podem ser acessadas no sítio eletrônico do Ministério Público do Paraná: [www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=685]. Acesso em: 15 jan.de 2016.

expandir a composição do CNPCP, ampliando a participação de membros de conselhos, especialmente daqueles cujo interesse são as políticas de segurança pública;[43] porém, nota-se que, ainda, a estrutura sugerida preocupa-se muito mais com a ocupação de espaços daqueles que possuem respeitabilidade no campo jurídico do que com a interdisciplinaridade exigida para as definições de política criminal, especialmente no âmbito da execução penal.

Portanto, o Estudo de Impacto Legislativo pode ser considerado um instrumento que poderá auxiliar na formulação, na avaliação ou no monitoramento de políticas públicas e, além disso, como estratégia de realização dos princípios constitucionais atinentes à execução penal, tais como a individualização da pena e a prevenção a tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes.[44]

4. O encarceramento em massa e as possiblidades de definição de

43. A proposta de nova redação do art. 63 é a seguinte: "Art. 63. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária será integrado por 14 membros, sendo 7 designados por ato do Ministro da Justiça, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, servidores penitenciários ocupantes de cargo efetivo, representantes da comunidade e dos Ministérios da área social, bem como por um representante indicado pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado de Execução Penal no Sistema de Justiça – CONSEJ, um representante indicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, um representante indicado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, um representante indicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, um representante indicado pelo órgão representativo dos Defensores Públicos, um representante indicado pelo Conselho Nacional de Segurança Pública – CONASP, e um representante indicado pelo Conselho Nacional de Drogas – CONAD.
Parágrafo único – O mandato dos membros do Conselho terá a duração de três anos, vedada a recondução" (BRASIL, 2013b, p. 21).

44. Segundo Diogo Coutinho, "em suma, a distância dos juristas do estudo aplicado e da pesquisa em políticas públicas impede que eles desenvolvam um tipo de conhecimento próprio e que o arcabouço jurídico possa ser, dentro de limites, adaptado e funcionalizado à realização de objetivos identificados com metas de desenvolvimento. Se não puder fazê-lo (se os atuais e futuros juristas não forem treinados para tanto, poder-se-ia dizer), paradoxalmente, ficarão mitigadas a eficácia e a efetividade dos direitos assegurados pela Constituição ou pelas leis em vigor. Afinal, é razoável admitir que programas de ação adequadamente concebidos, implementados e avaliados do ponto de vista jurídico podem ser vistos como condição de efetividade dos direitos que procuram realizar ou materializar" (COUTINHO, 2013, p. 194).

UMA AGENDA PARA A POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA

A política legislativa no Brasil não guarda coerência entre os projetos de lei aprovados em matéria de execução penal. Vera Malaguti Batista nos provoca ao dizer que "o que o pensamento crítico vai propor depois do grande encarceramento parece ser a principal questão política dos nossos tempos" (BATISTA, 2010, p. 34).

As políticas públicas precisam ser monitoradas – como indica o seu ciclo, explicado no primeiro capítulo – e tal monitoramento pode ser realizado por múltiplos órgãos, que trarão diversos olhares em relação a um mesmo objeto, o que pode ser positivo. O maior desafio – unânime entre os autores e as autoras que trabalham com as Criminologias Críticas – é a redução do encarceramento em massa no país.

Para tal desafio, algumas políticas públicas precisam ser seriamente estruturadas. Uma delas, sem dúvida, consiste no aumento da aplicação das penas e medidas alternativas à prisão. O IPEA, em estudo sobre o assunto, atribui a uma "hegemonia política em torno da utilização da prisão"[45] uma das razões pelas quais as políticas criminais alternativas não ganham mais espaço de discussão; tais iniciativas têm espaço, mas não o suficiente para que possam produzir resultados significativos a ponto de alterar a política de encarceramento.

Lola Aniyar de Castro, em um de seus últimos textos publicados no Brasil, expressou o seu "pessimismo realista", no sentido de que é necessário lutar

45. "Sobre o tema da eficiência do sistema de justiça criminal, faltam pesquisas sobre o custo total que o sistema representa para a sociedade brasileira. Segundo dados coletados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2013), o Brasil gastou R$ 61 bilhões em segurança pública em 2012 (gastos das Secretarias Estaduais de Segurança, o que inclui as polícias) mais R$ 9 bilhões com o sistema penitenciário. Ainda há os gastos com o Judiciário, o MP e a Defensoria Pública. Ainda assim, a magnitude dos números disponíveis reforça a importância de se discutirem reformas para que o sistema de justiça criminal deixe de ser utilizado diante de condutas antissociais menos graves e para aquelas sobre as quais outras políticas possam ter mais efeito. A revisão da política penal tem que passar pela questão do encarceramento. Apesar dos problemas conhecidos e de sua baixa eficácia na redução da criminalidade, no Brasil ainda há uma hegemonia política em torno da utilização da prisão como forma eficaz para incapacitar infratores. Nesse sentido, em que pesem seus males, será um avanço se a pena de prisão só for aplicada a apenados por crimes violentos graves, como estupro, extorsão mediante sequestro e latrocínio, lesão corporal grave, tortura, tráfico de pessoas com emprego de violência, ameaça ou fraude, cárcere privado e homicídio doloso" (BRASIL, 2015e, p. 91).

contra o encarceramento em massa reconhecendo sua atual vitória, mas realizando uma "resistência ativa":

> Parece-nos que a ação deve estar na rua, na mídia, nos discursos universitários. Embora pareça utópico pedi-lo, é necessário clamar pelo *exercício* de uma política criminal e social que seja, pelo menor, de orientação abolicionista, com abundantes e bem estimulados acordos reparatórios. De prevenção ou *deterrence*. De recursos de inclusão social em que se requeiram, assim como de outros recursos, gerais, de caráter educativo, sanitário, nutricional. Uma política que, ao privilegiar a liberdade, seja, ao mesmo tempo, bastião do pensamento – mas, sobretudo, da ação – humanista (ANIYAR DE CASTRO, 2010, p. 100).

Em relação às políticas situadas no campo do sistema prisional, Heliana Hess (2011, p. 264) considerou o projeto "Mutirão Carcerário", promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, como "programa inserido em políticas públicas de inclusão social" que contribuíram para o "controle da moralidade e transparência administrativa, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal".

Os mutirões carcerários não são apenas promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça, mas podem ser articulados localmente, pelo juiz da Vara de Execuções Penais, com o apoio do Ministério Público e da Defensoria Pública. Além disso, sua articulação não se assemelha a um "programa de política pública", uma vez que se trata de medida emergencial para diminuir a situação de superlotação carcerária.

Apesar da precariedade de sua elaboração em termos de políticas públicas, o fato é que os mutirões carcerários têm ganhado projeção – muito pela própria campanha do CNJ em relação ao seu sucesso. Tanto o é que, no PLS 513/2013, que pretende revogar a Lei 7.210/1984 e propõe uma nova Lei de Execução Penal, há a sugestão de inclusão do inc. V ao art. 66, para caber ao juiz da execução penal "realizar de ofício ou a requerimento das partes mutirões carcerários sempre que a capacidade do estabelecimento estiver superior à lotação" (BRASIL, 2013b). Na atual versão do PLS – que está sob análise da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania do Senado Federal desde agosto de 2015 – também consta a inclusão do art. 114-A.[46]

46. Art. 114-A (inclusão). É vedada a acomodação de presos nos estabelecimentos penais em número superior à sua capacidade.
§ 1.º Sempre que atingido o limite será realizado mutirão carcerário pela Corregedoria respectiva.

Há que se discordar da ideia de que os mutirões carcerários configuram políticas públicas; trata-se apenas de um paliativo, de um instrumento judicial e administrativo à disposição do sistema de justiça criminal. Porém, entende-se que as políticas públicas devem afetar a causa (a superlotação, o encarceramento em massa), e não um de seus instrumentos de (pouca) contenção.

Desse modo, são necessárias propostas objetivas de descarcerização. A pesquisa do IPEA, já mencionada, elenca algumas medidas possíveis:

> (...) a apresentação de uma agenda mais progressista para a política criminal, em sintonia com a CF, precisa envolver os movimentos sociais, políticos e acadêmicos que apoiam o avanço do minimalismo penal e passar pela realização de amplo e profundo processo de discussão e esclarecimento junto à sociedade. Algumas táticas podem ser avaliadas: i) convocação de uma Conferência Nacional de Política Criminal, com amplo processo de discussão das alternativas de políticas; ii) reestruturação do CNPCP, para permitir a presença de movimentos sociais organizados; iii) realização de mais estudos para fundamentar propostas de reforma do sistema de justiça criminal, para melhorar o planejamento das políticas e aumentar o controle social pela sociedade civil; iv) proposição ao Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da inclusão da política criminal brasileira entre seus temas de debate; v) estabelecimento de parceria com o CNJ, o Conselho Nacional do MP e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), entre outros órgãos, para a revisão da política criminal brasileira (BRASIL, 2015e, p. 92-93).

Além das propostas acima mencionadas, entende-se que é fundamental a definição de uma política criminal brasileira que seja capaz de (i) apresentar articulação e definição conceituais na criminalização primária; (ii) promover a discussão de sua aplicação, considerados os princípios constitucionais previstos na Constituição e a sistemática de tutela de bens jurídicos relevantes, projetados na criminalização secundária e (iii) por meio dos dados do sistema carcerário brasileiro, possibilitar a avaliação de seus efeitos na criminalização terciária.

Para isso, a análise dos discursos das propostas legislativas e a construção de um Estudo de Impacto Legislativo devem resultar na provocação da (re) discussão do pensamento criminológico crítico. Vera Malaguti Batista defende

---

§ 2.º Havendo preso além da capacidade do estabelecimento o Juízo de Execução deverá antecipar a concessão de benefícios aos presos cujo requisito temporal esteja mais próximo (BRASIL, 2013b).

que o século XXI precisa ser ocupado por criminólogos "na trincheira da resistência à barbárie", esta consistente nas políticas criminais criminalizantes/expansionistas, nos altos índices de nossa população carcerária e na dissociação do debate entre políticas públicas, políticas criminais, políticas de segurança e políticas penais.

Para construir tal trincheira de resistência, Alessandro Baratta, num debate sobre sua obra *Criminologia Crítica e crítica do direito penal* realizado na Universidad Nacional del Litoral, em Santa Fe, Argentina, pontuou que não há uma articulação para que as propostas da Criminologia superem o "aparato burocrático" e contribuam para as reformas legais.[47]

Para alcançar seus atuais objetivos, a Criminologia Crítica precisa, então, definir seus instrumentos de inserção no debate legislativo, nas propostas do Poder Executivo, na atuação do Poder Judiciário. É necessário definir estratégias para que os discursos – de descarcerização, de diminuição da inflação legislativa – consigam ser eficazes nestes meios. Para isso, propõe-se um posicionamento à trincheira, numa atitude de enfrentamento. A Criminologia Crítica no século XXI, que ainda está "sem jeito", sem propostas ou parâmetros

47. "No es que los espacios no existen, porque la alimentación del aparato burocrático no es absolutamente monopolizable dentro del discurso oficial. Escapa a este espacio, porque no hay una estrategia tan establecida como para hacerlo. Hay una serie de posibilidades de entrar en el aparato burocratico y, entonces, cuando decimos que nosotros estamos tratando de plantear intervenciones de tipos distintos, no estamos simplemente haciendo una crítica, que es imprescindible para que acierte. No se elaboran datos para no ser el fracaso de una política oficial, no se pueden sugerir propuestas, pero el rumbo que ha tomado, especialmente en los últimos períodos la Criminología Crítica, también aquí en el continente americano después de un cierto restablecimiento de la democracia formal, etc, es un rumbo de propuestas, no solamente de críticas. […] Los ciudadanos son los sujetos de la política. Ahí, el problema consiste no solamente en producir propuestas alternativas, como por ejemplo se ha hecho en el tema de drogas, o en el tema de control de la desviación juvenil, o en el tema de propia mafia, sino que el problema existe al mismo tiempo en que se producen propuestas alternativas. Se trabaja con tácticas que, efectivamente, la Criminología Crítica hasta ahora no ha desarrollado de manera suficiente como para controlar las condiciones culturales de transmisión de una nueva gramática para manejar lo que normalmente se llama criminalidad, etc. Esto es un problema de trabajo a nivel de opinión pública, es un problema de promoción cultural, de contribuir a la producción de una cultura política, que no sea la cultura de los políticos, sino la cultura de los ciudadanos" (BARATTA, 1994, p. 447-448).

de luta,[48] precisa retomar sua posição e se colocar à frente de questionamentos políticos, jurídicos, sociais. Camila Prando expõe esse incômodo e o desafio de se (re)produzir o saber criminológico:

> Produzir criminologia desde uma margem, pensada a partir desta dinâmica, significa habitar as margens e revirar os limites entre dentro e fora, promover autocrítica na própria instituição desde as bordas, incorporar linguagens, tensionar status de validade e legitimidade e fronteiras. Fazer transitar falas, saberes e vivências desde um não-lugar à margem para um lugar habitado na margem no saber acadêmico e na Criminologia Crítica (PRANDO, 2015, p. 15).

Nesse momento em que as tensões institucionais estão maiores a cada dia, é necessário que encontremos espaços de interlocução e discussão. É importante, assim, promover o incômodo na academia, nos espaços de pesquisa, para que haja o enfrentamento necessário e adequado a discursos punitivos e expansionistas.

Subscrevo a maneira como Foucault define o papel dos acadêmicos nestes assuntos. De acordo com ele, o papel do 'profeta intelectual' consiste em dizer às pessoas o que elas têm que fazer, e lhes determinar os moldes de pensamento, objetivos e meios (que ele desenvolve em sua mente, trabalhando em seu estudo e cercado por seus instrumentos, maneira tradicional pela qual muitos acadêmicos de Direito Penal têm trabalhado). Em vez disso, o papel do acadêmico é mostrar (a) como as instituições realmente funcionam e (b) quais são as consequências de seu funcionamento nos diferentes segmentos da sociedade. Além disso, ele tem que desvendar (c) os sistemas de pensamento que sustentam estas instituições e suas práticas. Ele tem que mostrar o contexto histórico desses sistemas, a coação que exercem sobre nós, e o fato de que eles se tornaram tão familiares que são parte de nossas percepções, nossas atitudes e nosso comportamento. Por último, (d) ele deve trabalhar em conjunto com os diretamente envolvidos e com profissionais em prol da modificação das instituições e suas práticas para desenvolver outras formas de pensamento (HULSMAN, 1996, p. 142-143).

Pelas mãos de Vera Andrade (2012, p. 273), "é urgente tomar partido com clareza, mas uma clareza capaz de tocar a vida, porque é vital desemaranhar e agir por dentro dos labirintos estigmatizantes e genocidas do controle penal".

48. Vera Andrade (2012, p. 85) questiona: "o projeto criminológico crítico foi interrompido na década de 1990 e permanece em suspenso até hoje: por quê? É possível retomá-lo? Qual a importância de sua retomada?"

As Criminologias Críticas devem superar a fase de diagnóstico sobre o funcionamento das instituições totais, sobre os componentes do sistema de justiça, e então propor ao próprio Estado – quer seja aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – novas soluções para a questão criminal.

5. Conclusões

A título de uma breve conclusão, considerando a estrutura de Estudo de Impacto Legislativo apresentada no texto, defendo a importância de este ser inserido no processo legislativo – como contribuição da sociedade civil organizada e por meio de manifestação do Poder Executivo, no âmbito do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Dentre as perguntas a ser formuladas, destaco as seguintes: (i) O que é o problema? (ii) O problema reflete uma realidade nacional (do sistema penitenciário ou do sistema de justiça criminal)? (iii) O assunto do problema deve ser tratado exclusivamente pelo Direito Penal? (iv) A proposição legislativa, quando aprovada, será avaliada? Por quem? (v) As alterações propostas consideraram os dados existentes sobre o tema? (vi) As alterações propostas provocarão efeitos na estrutura do sistema de justiça criminal? (vii) Todas as partes interessadas foram ouvidas para a elaboração da alteração legislativa?

Nesse sentido, para que o Poder Legislativo possa contribuir efetivamente para a mudança do cenário das estatísticas do sistema prisional – que materializam o encarceramento em massa no Brasil –, a resposta passa pela análise das políticas públicas, pelo monitoramento dos dados já coletados sobre o sistema prisional, no sentido de promover as ações mais adequadas para a diminuição do grande encarceramento.

Trata-se de apenas uma medida, dentre tantas, que podem colaborar para a contenção dos discursos punitivos que inflamam e provocam alterações legislativas que causam mais e mais aprisionamento de corpos jovens e negros no sistema penitenciário. As Criminologias Críticas já mencionaram que o sistema de justiça criminal não é só instrumental, mas seletivo, simbólico: encampa discursos generalizantes e moralizantes, mas sua atuação é seletiva, restrita e discricionária. Compartilho da angústia de muitas criminólogas críticas,[49] no sentido de que os pensamentos criminológicos críticos precisam ter uma função provocadora, de desconstrução de questões postas ou tidas por "solu-

49. Dentre estas, Vera Andrade, Vera Malaguti Batista, Lola Aniyar de Castro, Camila Prando, Marília Montenegro e tantas outras mulheres que fizeram e fazem história no campo das Criminologias Críticas.

cionadas", de enfrentamento aos discursos punitivos pouco qualificados. A Criminologia Crítica, ainda que em fase de resistência ou de posicionamento em "trincheiras" contra o aumento desenfreado do controle penal, é importante instrumento de questionamento da desigualdade e inoperância do sistema penal, da estrutura de classes, e de desenvolvimento de propostas, em qualquer um dos Três Poderes.

6. Referências

ABRAMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ALBRECHT, Hans-Jörg. Prison Overcrowding: Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities. Max-Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2011. Disponível em: [www.mpicc.de/shared/data/pdf/research_in_brief_43_-_albrecht_prisonvercrowding.pdf]. Acesso em: 15 mar. 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Pelas mãos da criminologia:* o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan: 2012.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos "concordes, capazes e seguros". In: ABRAMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do grande encarceramento:* seminário. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal) (1984). In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2006.

_____. ¿Tiene futuro la criminología crítica? (1995) In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2006.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BARROS, Pedro Pita; GAROUPA, Nuno. Avaliação de impacto de normas – efeitos económicos da alteração do art. 81.º do Código da Estrada. Lisboa, 2001. Disponível em: [www.csl.gov.pt/docs/estudoimp.pdf]. Acesso em: 10 maio 2013.

BARTLETT, Katherine T. Métodos jurídicos feministas. In: FERNÁNDEZ, Marisol; MORALES, Félix. *Métodos feministas en el Derecho:* aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Lima: Palestra Editores, 2011.

BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre a descriminalização. *Revista de Direito Penal*. n. 13/14. São Paulo. p. 28-40, 1974.

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

BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do grande encarceramento:* seminário. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. *Introdução crítica à criminologia brasileira.* Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Manual de legística*: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editorial Verbo, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre o estado:* cursos no Collège de France (1989-92). Trad. Rosa Freire d´Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 4.373, de 16 de fevereiro de 2016. Cria a Lei de Responsabilidade Político-Criminal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016a. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077166]. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Regimento Interno da Câmara dos Deputados: atualizado até a Resolução 12, de 2015. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015a. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados]. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: Ministério da Justiça, 2015b. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf]. Acesso em: 16 jan. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 05 jul. 2013.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. InfoPEN – Junho de 2014. Brasil, 2015c. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal]. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. InfoPEN Mulheres – Junho de 2014. Brasil, 2015d. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 04 dez. 2015.

_____. Exposição de Motivos 213, de 09 de maio de 1983 (Do Senhor Ministro de Estado da Justiça). Diário do Congresso Nacional ("Seção I – Suplemento 'B'"). Brasília, 1 de julho de 1983.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil. Brasília: IPEA, 2015e. Disponível em: [www.

ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf]. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm]. Acesso em: 10 mar. 2012.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Estatísticas do Sistema Prisional. Brasília, 2013. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11--A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 06 jul. 2013.

_____. Senado Federal. Regimento Interno do Senado Federal. Brasília, 2015e. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno]. Acesso em: 10 dez. 2015.

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

_____. Entre doentes e bandidos: a tramitação da lei de drogas (nº 11.343/2006) no Congresso Nacional. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 2. n. 2. p. 156-173. 2015.

CARRANZA, Elías (coord.). *Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe:* como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça/ILANUD, 2010.

CARVALHO, Salo de. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. *Boletim do IBCCrim*. n. 193. São Paulo, 2008. p. 1-3.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Controle da legalidade na execução penal:* reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (orgs.). *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais:* teoria e prática. Trad. Luis Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____. *La política criminal en la encrucijada.* Buenos Aires: Euros Editores, 2007.

ETTNER, Diana; SILVEIRA, João Tiago. Programas de *better regulation* em Portugal: o Simplegis. *E-Pública:* Revista Eletrônica de Direito Público. n. 1. Portugal, 2014. p. 2-38. Disponível em: [http://e-publica.pt/pdf/artigos/artigosimplegis.pdf]. Acesso em: 21 abr. 2014.

EUROPEAN COMISSION. *Better Regulation Guidelines*. Strasbourg, 19.5.2015. 2015a. Disponível em: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd_br_guidelines_en.pdf]. Acesso em: 09 jan. 2016.

_____. *Better Regulation Toolbox*. 2015b. Disponível em: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf]. Acesso em: 09 jan. 2016.

_____. *Stakeholders consultations*. 2015c. Disponível em: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/stakeholder-consultation/index_en.htm]. Acesso em: 09 jan. 2016.

_____. *2016 Impact Assessment reports/RSB opinions*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/cia_2016_en.htm#just]. Acesso em: 12 out. 2016.

FERREIRA, Carolina Costa. Função da pena e filosofia do Direito: um estudo de caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. *Justiç@*. n. 8. Brasília, 2009. Disponível em: [http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/Dezembro/artigo_Carolina1.html]. Acesso em: 01 jul. 2013.

FIGUEIREDO, Isabel (coord). *A Lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal*. São Paulo: Ilanud, 2005.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França:* cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARLAND, David. *A cultura do controle*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

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. Brasília, Universidade de Brasília, 2010.

GOMES, Conceição; LOPES, José Mouraz. As recentes transformações no sistema penal português: a tensão entre garantias e resposta à criminalidade. *Sistema Penal e Violência*. n. 1. v. 1. Porto Alegre. p. 22-32. 2009.

GONÇALVES, Cristhóvão Fonseca. Na Central da Capital: entre as drogas e o pacto – etnografando a criminalização das drogas e a cultura policial na sinfonia do Pacto pela Vida no Grande Recife. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2016.

GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. *A progressão de regime prisional no Brasil:* a interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HABER, Carolina Dzimidas. A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. v. 18. n. 30. Rio de Janeiro. p. 257-274. 2011.

HOWLETT, Michael. A dialética da opinião pública: efeitos recíprocos da política pública e da opinião pública em sociedades democráticas contemporâneas. Trad. Plínio de Souza Dentzien. *Opinião Pública*. v. VI. n. 2. Campinas. p. 167-186. 2000.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas:* o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LEAL, Victor Nunes. Técnica legislativa. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MADER, Luzius. Evaluation of legislation: contribution to the quality of legislation. In: COUNCIL OF EUROPE. Evaluation of Legislation: Proceedings of the Council of Europe's Legal Co-Operation and Assistance Activities (2000-2001). Germany: Council of Europe Publishing, 2001.

MENEGUIN, Fernando. Avaliação de impacto legislativo no Brasil. *Textos para discussão n. 20*. Brasília, Senado Federal, 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Regulatory Reform in the Netherlands: Government Capacity to Assure High Quality Regulation. 1999. Disponível em: [www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2507037.pdf]. Acesso em: 15 jan. 2016.

PAULA, Felipe de. Executive Degree Authority and Lawmaking Environment in Brazil: A Broader View of Provisional Matters. *Statute Law Review*. ano 36. n. 3. 2015. p. 233-252.

PAULA, Felipe de; ALMEIDA, Guilherme Alberto de Almeida e. Avaliação legislativa e Projeto Pensando o Direito: uma afortunada aproximação. In: BRASIL. *O papel da pesquisa na política legislativa:* metodologia e relato de experiências do Projeto "Pensando o Direito". Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Representações e corpos no saber criminológico: por quem falamos, com quem falamos? Palestra ministrada no I Congresso de Criminologia(s): crítica(s), minimalismo(s) e abolicionismo(s). João Pessoa, 2015. Texto gentilmente cedido pela autora.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do Terceiro Setor. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 50. Belo Horizonte. p. 124-142. 2007.

TONRY, Michael. *Thinking about crime:* sense and sensibility in American penal culture. Oxford: Oxford University Press, 2004.

UNIVERSITY OF ESSEX. International Centre for Prison Studies. Disponível em: [www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php?area=all&category=-wb_poptotal]. Acesso em: 05 jul. 2013.

VOERMANS, Wim. Motive-based enforcement. Universiteit Leiden, 2015. Disponível em: [https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/23641/Motive%20based%20enforcementfina%20Final%20Publication%20Nomos.pdf?sequence=1]. Acesso em: 15 jan. 2016.

WINTGENS, Luc J. Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación. *Doxa:* Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 26. p. 261-289. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Criminología como curso. In: DAVID, Pedro. *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI*. Buenos Aires: Depalma, 2001.

_____. La evolución del saber penal y sus contratiempos. In: CÓPPOLA, Patricia (comp.). *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: INECIP Córdoba, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil, de Cristina Zackseski, Bruno Amaral Machado e Gabriela Azevedo – *RBCCrim* 126/291-331 (DTR\2016\24555);
- Entre a disciplina e a liberdade: a necessidade de limitação temporal e material da análise do comportamento carcerário como requisito subjetivo do livramento condicional, de Gisela Aguiar Wanderley e Rafael da Escóssia – *RBCCrim* 123/331-360 (DTR\2016\24041); e
- Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional, de Fabio Lobosco Silva – *RBCCrim* 123/361-380 (DTR\2016\24045).

Tendências do processo de administração da pobreza em um governo antipobre

Tendencies in the poverty management process in an anti-poor government

Danilo José Viana da Silva

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federa de Pernambuco (PPGD/UFPE). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE) em 2014. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) em 2012.
daniloviana73@yahoo.com.br

Alexandre Ronaldo da Maia de Farias

Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE) em 2002. Mestre em Teorías Críticas Del Derecho y Democracia Em Ibero – Universidade Internacional de Andalucía em 2000. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE) em 1999. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) em 1995. Professor Adjunto de Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE).
alexdamaia@gmail.com

Recebido em: 07.10.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão autor (a): 15.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo pretende apontar algumas tendências relativas ao fenômeno de encarceramento dos pobres e miseráveis no atual governo antipobre do Brasil. Através da análise relacional da sociologia de Pierre Bourdieu e Loïc Wacquant levou-se em conta a atuação eficiente de alguns agentes do campo jornalístico, jurídico e econômico no processo de gestação da atual conjuntura política. Realizou-se uma análise dos discursos proferidos pelos atuais Ministros

Abstract: The present paper aims to demonstrate some tendencies relating to the phenomenon of incarceration of the poor and miserable in the current anti-poor government in Brazil. Through the relational analysis in Pierre Bourdieu and Loic Wacquant's sociology, the efficient actions of a few agents in the journalistic, legal and economical fields were taken into account, in the inception of the present political situation. The paper presents analyses of discourses proferred

do governo, bem como de alguns dados relativos aos índices de encarceramento, levando-se em conta a relação de compatibilidade entre essas variáveis com o projeto de intensificação da penalidade neoliberal. Instrumentalizando o quadro de análise relacional da sociologia reflexiva de Bourdieu e Wacquant, os dados e informações disponibilizados pelas mídias virtuais ou não virtuais foram interpretados tendo em vista a rede de relações da qual eles fazem parte, para, com isso, se chegar a algum tipo de prognóstico sobre o estado das políticas de penalização.

Palavras-chave: Bourdieu – Encarceramento – Governo antipobre – Penalidade neoliberal – Wacquant.

by current government ministers, as well as of data relating to incarceration numbers, considering the relation between the compatibility of such variables with the intensification of neoliberal punishments. To instrumentalize the analytic relational board of Bourdieu and Wacquant's reflexive sociology, the data and information available by virtual or non-virtual media were interpreted considering the network of relations in which they partook, to achieve some sort of prognostic on the state of penalization politics.

Keywords: Bourdieu – Incarceration – Anti-poor Government – Neoliberal punishments – Wacquant.

Sumário: 1. Introdução. 2. As investidas do governo antipobre. 3. Um perfil do atual governo. 4. Uma complexa rede de relações. 5. Tendências de um hiperencarceramento em massa em um governo antipobre. 6. Eliminação do princípio da presunção de inocência e tendências a uma maior intensificação do processo de encarceramento. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

Afirmar que a tendência de intensificação do fenômeno de encarceramento em massa das camadas mais pobres e miseráveis corresponde a um efeito de uma única causa (como um efeito de uma decisão de um único agente político), equivale a se ignorar os progressos mais significativos das ciências sociais no sentido de se romper com a monocausalidade no trabalho e explicação dos fenômenos sociais.

Além de corresponder a uma das características mais marcantes das visões mais próximas de uma miopia política, onde todos os males da sociedade poderiam ser imputados a um único fator, a um único agente, como uma espécie de Deus Leibniziano enquanto geometral de todas as variáveis, essa visão de mundo guia consideravelmente grande parte dos discursos reacionários à brasileira. Todos esses ingredientes monocausais tendem a alimentar uma espécie de narrativa ilusória que fundamenta as mais diversas teorias da conspiração, onde um único agente teria o poder de, conscientemente, planejar ou gerir a totalidade da trama dos acontecimentos.

Neste caso, na medida em que se considera a rede de relações segundo as quais as decisões são tomadas, onde os projetos políticos são definidos,

onde tanto políticos quanto os grandes conglomerados empresariais, a mídia, juntamente com os agentes do "campo jurídico" (BOURDIEU, 1998. p. 212) empenhados na realização de seus interesses, as condições de investigação se tornam propícias para não se reduzir esse campo do poder a um produto derivado da ação de um único agente.

Considerando como as investidas do atual governo acabam atingindo as camadas mais pobres no Brasil, assim como a classe trabalhadora, com as suas pretendidas e nunca bem explicadas alterações na CLT, bem como com as investidas dos atuais Ministros da Justiça e da Educação, para citar apenas dois exemplos de agentes do campo burocrático, que visam respectivamente intensificar o aparelho policial "com menos pesquisa e mais armas"[1] e possibilitar as condições para um processo de privatização da educação aliado a um projeto de redução do investimento nas Universidades Federais, o quadro que se configura é o de um governo antipobre que tende a dissimular muito mal suas políticas de retirada de direitos sociais,[2] de privatizações e de intensificação do Estado policial e penitenciário com termos empolados e caracterizados por uma considerável flacidez terminológica, tais como "flexibilização", "eficiência" e "progresso."

Por meio de uma metodologia relacional, o presente artigo desenvolve um esboço de uma análise sobre o processo de gestação do atual governo e sobre a atuação dos agentes dos campos jurídico, jornalístico, econômico e político no processo do impeachment da presidente Dilma Rousseff. Essa análise mostra-se crucial para uma compreensão mais completa das tendências de intensificação do neoliberalismo como política de penalização e de encarceramento em massa.

2. As investidas do governo antipobre

Diante da atual reconfiguração do campo do poder (Pierre Bourdieu) onde diversos representantes dos mais diferentes campos sociais lutam para ter as

1. Essa afirmação feita pelo atual Ministro da Justiça, Alexandre de Morais, juntamente com a crítica a burocratização para se comprar Fuzis: "Não é possível que se aguarde nove meses para se comprar fuzis", pode se encontrada em: [www.otempo.com.br/capa/brasil/pa%C3%ADs-precisa-de-mais-armas-e-menos-pesquisa-diz-ministro-1.1356694]. Acesso em: 21 set. 2016.
2. Informações referentes ao corte de 45% dos investimentos destinados às Universidades Federais podem ser encontradas no site da Revista Veja, um dos bastiões do "jornalismo" (neo) conservador à brasileira: [http://veja.abril.com.br/educacao/universidades-federais-devem-ter-corte-de-ate-45-em-investimento/]. Acesso em: 21 set. 2016.

suas propostas destrutivas em termos de direitos sociais acatadas pelos ministros do atual governo, não se pode ignorar os mais diversificados e nefastos efeitos para as camadas mais pobres que essa reconfiguração tende a engendrar.

Em outras palavras, de acordo com o quadro que o governo do atual Presidente da República, Michel Temer, está muito mais voltado a construir (a tomar pelas corriqueiras declarações de seus Ministros e as mais variadas sinalizações das mais novas propostas de projetos de Lei e de Emendas Constitucionais), as condições vão sendo preenchidas para um verdadeiro projeto de *intensificação* da retirada de direitos sociais, de privatizações de serviços essenciais à população e de maximização do Estado policial e penitenciário. As últimas declarações do atual Ministro da Justiça, Alexandre de Morais, um dos autores de Direito Constitucional mais conhecidos do país,[3] não dissimulam as suas pretensões no sentido de apontar para a necessidade de se investir mais em armamentos para a polícia: "o Brasil precisa de menos pesquisa em segurança e mais armamento."[4]

Ao lado dessa tomada de posição por parte do Ministro da Justiça, estão as mais novas investidas e sinalizações "*made USA*" do atual Ministro da Educação, que não consegue disfarçar as suas inclinações no sentido de se construir um contexto mais favorável para a realização de um projeto de privatização das Universidades Federais.[5] Apontando para uma perspectiva de corte de 45% das verbas destinadas a essas Universidades.[6]

3. O curso de Direito Constitucional de Alexandre de Morais, intitulado de *Direito Constitucional*, ocupa a posição 30º entre os livros de Direito mais vendidos no site da Estante Virtual, um dos sebos virtuais mais conhecidos do Brasil. Informação disponível em: [www.estantevirtual.com.br/livros-mais-vendidos/direito?gclid=CL2m__jWo88CFYiBkQodovkOgQ]. Acesso em: 22 set. 2016.
4. Disponível em: [www.brasil247.com/pt/247/brasil/250114/%E2%80%98Brasil-precisa-mais-de-armamento-do-que-pesquisas-em-seguran%C3%A7a%E2%80%99.htm]. Acesso em: 22 set. 2016.
5. "Temer sinaliza privatização do ensino médio e do ensino superior, alertam professores. Retrocessos incluem fim de programas como o Pronatec, Ciência Sem Fronteiras e de bolsas de pós-graduação; são previstos recuos até nas políticas afirmativas." Disponível em: [www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/04/programa-de-temer-aponta-privatizacao-do-ensino-medio-e-todo-ensino-superior-alertam-especialistas-8749.html]. Acesso em: 22 set. 2016.
6. "O governo federal prevê cortar até 45% dos recursos previstos para investimentos nas universidades federais em 2017". Disponível em: [http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/mundo/brasil/noticia/2016/08/10/universidades-federais-devem-ter-cortes-de-ate-45_porcento-nos-investimentos-248223.php]. Acesso em: 22 set. 2016.

Diante desse prognóstico, recheado pelo acolhimento das mais diferenciadas propostas apresentadas por um ex-ator pornô e o Grupo Revoltados Oline ao Ministro da Educação, entre elas está uma larga proposta de privatizações e de "flexibilização" da CLT: "venda de ativos da União, por meio de um amplo programa de privatizações" e "alteração e simplificação da legislação trabalhista",[7] entre outras dez propostas que têm por virtude elevar e alterar os ânimos dos mais fervorosos devotos do neoliberalismo à brasileira.

Termos como "simplificação" dissimulam mal os interesses e o viés dessas propostas que, independentemente de serem apresentadas pelos aludidos personagens ao Ministro da Educação, estão em conformidade com o viés ideológico do atual governo. Esse termo, como vários outros, como "flexibilização", constituem a "vulgata global" (BOURDIEU e WACQUANT, 2005, p. 210) neoliberal de eufemização do processo de precarização dos direitos e das relações trabalhistas. Esse termo é correntemente utilizado para se eufemizar o processo de precarização do trabalho. A palavra "flexibilização": um dos chavões que dão acesso a retórica neoliberal, são aqueles termos isolados e aparentemente técnicos como "*flexibilité*" [flexibilização] (ou seu equivalente britânico, *employability*) que, por encapsularem e silenciosamente comunicarem toda uma filosofia de organização individual e social, adaptam-se bem a funcionar como verdadeiras senhas e lemas políticos (nesse caso, a necessidade de redução e difamação do Estado, a redução da proteção social e a aceitação da difusão do trabalho assalariado precário como destino, ou melhor, uma benção. (BOURDIEU e WACQUANT, 2005, p. 212).

E o emprego de termos como "simplificação da legislação trabalhista" pode funcionar, nesse caso, como um tipo de véu simbólico para se tentar dissimular todo o processo de precarização do trabalho que ele potencializa.

Em uma tentativa de associar tacitamente "simplificação" com "precarização" percebe-se o quanto essas palavras contribuem para a produção de uma meca simbólica essencial à transfiguração de suas investidas mais danosas para a classe trabalhadora, dando uma tonalidade mais "branda" para as investidas de um governo cujas políticas e projetos estão baseados em uma eficiente política de desmonte do semiestado social.

7. As propostas que o ex-ator pornô, Alexandre Frota, apresentou ao Ministro da Educação, Mendonça Filho, em companhia de representantes do Movimento virtual Revoltados Online podem ser encontradas em: [http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2016/06/23/as-propostas-alexandre-frota-para-o-brasil/]. Acesso em: 24 set. 2016.

3. Um perfil do atual governo

Recheando esse processo de reconfiguração estrutural e ideológica do governo, estão os mais diversos escândalos de corrupção que, segundo os áudios vazados pela imprensa virtual e televisiva de uma conversa entre o Senador Romero Jucá (PMDB-RR) e o ex-presidente da Transpetro, Sérgio Machado, apontam que o Impeachment da presidente Dilma Rousseff tinha como objetivo por fim ("estancar a sangria", nas palavras do Senador) a uma operação de investigação dos esquemas de corrupção dos mais diversos agentes do campo político e burocrático.[8]

Diante de uma das composições mais conservadoras do Congresso Nacional desde 1964,[9] as condições para a instauração de um verdadeiro governo antipobre que alia amplamente autoritarismo via intensificação da truculência policial (tal como se pode observar no tratamento dado pelos policiais aos manifestantes que, em São Paulo, se posicionavam contra o atual governo, onde uma estudante acabou perdendo a visão do olho esquerdo após ser atingida por estilhaços de uma bomba de efeito moral lançada pela polícia militar[10]) com táticas neoliberais de governabilidade que, conjugada com uma

8. Mais informações sobre esse diálogo em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1774018-em-dialogos-gravados-juca-fala-em-pacto-para-deter-avanco-da-lava-jato.shtml]. Acesso em: 24 set. 2016.

9. Segundo a Diap, a atual composição do Congresso Nacional é a mais conservadora desde 1964: "apesar das manifestações de junho de 2013 – carregadas com o simbolismo de um movimento popular por renovação política e avanço nos direitos sociais – o resultado das eleições do último domingo, 5, revelou uma guinada em outra direção. Parlamentares conservadores se consolidaram como maioria na eleição da Câmara, de acordo com levantamento do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap). O aumento de militares, religiosos, ruralistas e outros segmentos mais identificados com o conservadorismo refletem, segundo o diretor do Diap, Antônio Augusto Queiroz, esse novo status. 'O novo Congresso é, seguramente, o mais conservador do período pós-1964', afirma." Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528]. Acesso em: 24 set. 2016.

10. "Uma estudante de 19 anos que participava de um ato contra o impeachment e o governo do presidente Michel Temer, na noite desta quarta-feira, perdeu a visão do olho esquerdo depois de ser atingida por estilhaços de bomba de efeito moral lançada pela Polícia Militar. Deborah Fabri usou as redes sociais para divulgar que passou por diversos exames, no Hospital das Clínicas, e "está bem", apesar de cega de um olho." Disponível em: [http://odia.ig.com.br/brasil/2016-09-01/estudante-atingida-em-protesto-contra-governo-temer-perde-visao-do-olho-esquerdo.html]. Acesso em: 24 set. 2016. Após o ocorrido, o Comandante da polícia militar em atos, utiliza o seu perfil

retórica da "novidade" e da "mudança", relegam retoricamente tudo o que diz respeito aos direitos sociais para o passado – assim como afirmava um dos protagonistas das investidas neoliberais de desmonte dos programas sociais, Lawrence Mead, que, em um de seus livros

> argumenta que a questão social que domina as sociedades (...) não é "a igualdade econômica", noção obsoleta, mas a "dependência dos pobres" incapazes de trabalhar por incompetência social e imperícia moral (WACQUANT, 2001, p. 45).

Observa-se o quanto o discurso neoconservador está baseado em uma negação das origens sociais da criminalidade, afirmando-a como um efeito de causas meramente individuais. Esse discurso além de ter a pretensão, e conseguir se realizar, de se tornar projeto político, renega para o simples plano da mera abstração a própria complexidade social da criminalidade.

Essa imagem "atomista da sociedade como simples coleção social de indivíduos" (WACQUANT, 2001, p. 47) que fundamenta as investidas da penalidade neoliberal em vias de intensificação nesse novo governo pode ser tomada como um tipo de verdadeira "teodiceia" (WEBER, 2010, p. 14) da boa sorte dos dominantes. Essa ideologia neoliberal que se passa por conhecimento científico acaba ignorando um dos mais importantes preceitos da ciência sociológica, o que exige que um fato social seja explicado por outro, pois, como lembra Durkheim, "não há motivos para buscar fora deles suas razões de ser" (DURKHEIM, 2014, p. 4). Baseado em uma espécie de retorno ao indivíduo

---

de Facebook para ironizar a estudante que perdeu a visão do olho esquerdo: "Comandante de operações da Polícia Militar em diversas manifestações recentes em São Paulo, o tenente-coronel da PM Henrique Motta usou seu perfil no Facebook para ironizar a estudante Deborah Fabri, de 19 anos. Ferida por uma bomba da PM no protesto contra o governo Michel Temer na quarta-feira (31), em São Paulo, Fabri perdeu a visão do olho esquerdo. A postagem de Henrique Motta é um compartilhamento de um tweet publicado pela página 'Socialista de iPhone' do Twitter. Na postagem, intitulada "Quem planta rabanete, colhe rabanete", o responsável pela publicação junta duas mensagens de Deborah Fabri, uma de novembro de 2015, na qual ela defende a 'destruição em protesto de cunho político que tenha objetivos sólidos' e outro, de quinta-feira (1º), no qual ela anuncia que perdeu a visão. Henrique Motta não fez comentários próprios, mas compartilhou o comentário de um outro usuário, identificado como ex-funcionário da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, que chama a estudante de "tontona". Disponível em: [www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/09/a-frente-da-pm-em-atos-coronel-ironiza-manifestante-que-perdeu-visao-4823.html]. Acesso em: 24 set. 2016.

revestido em uma retórica cientificista, os projetos neoliberais correspondem a produtos que foram e são constantemente universalizados e propagados por toda essa rede interligada de *think tanks* que atuam tanto no campo universitário e jornalístico quanto no campo político.

A mera explicação individualista da ação nada tem a opor em termos científicos ao preceito sociológico que exige que o social seja explicado pelo social e de que "a sociedade vive e age dentro de nós" (DURKHEIM, 2008, p. 82). Entretanto, a decretação meramente política de caducidade desse preceito sociológico (acompanhada, por meio de uma retórica da "novidade", de uma constante prática que tem como um de seus mais importantes objetivos relegar tudo o que se refere aos direitos sociais para o passado) acaba fazendo a ordem do dia na panaceia teórica neoliberal.

Diante da retirada do Estado de suas funções sociais, com a precarização do trabalho, com um corte substancial dos gastos direcionados as políticas de inclusão social e educação, e com o aumento no investimento direcionado para o aparato policial, as condições para a instauração de uma ditadura sobre os pobres, atrelada a intensificação da truculência policial, estão preenchidas.

Versão à brasileira do Estado policial neoliberal, ele se caracteriza por ignorar completamente as causas sociais da criminalidade, atacando as consequências, não as suas causas. Para a penalidade neoliberal, "o Estado não deve se preocupar com as causas da criminalidade das classes pobres (...), mas apenas com suas consequências, que ele deve punir com eficácia e intransigência." (WACQUANT, 2001, p. 50)

As constantes sinalizações de cortes no que toca aos gastos com políticas sociais beneficiadoras das populações mais carentes, alimentada por uma confusão (des)informativa acarretada, em grande parte, por uma constante mudança de planos onde o governo anuncia, por exemplo, aumento da jornada trabalho de 8 horas diárias para 12 e depois muda de posicionamento, como se a mídia, incluindo a virtual, pudesse auferir, como um termômetro, a temperatura desencadeada pelas constantes oposições e críticas que esse tipo de proposta desencadeia: esse jogo apresenta-se com todas as aparências de uma relação onde um vendedor oferece um preço demasiadamente alto por um produto para, no decorrer da relação de barganha entre ele e o comprador, se chegar ao valor que inicialmente o próprio vendedor almejava.

Aliado a essa vagueza informativa sobre as propostas de flexibilização do trabalho e de endurecimento da repressão policial, sob a decoração de uma reconhecida inclinação para a privatização do ensino e de retirada da obrigatoriedade de matérias como filosofia e sociologia da grade curricular do ensino médio, as táticas do atual governo possuem todas as características para se

mostrar como "uma *traição política do eleitorado popular* que os levou ao poder com expectativa de receber do Estado uma proteção reforçada contra as sanções e as carências do mercado." (WACQUANT, 2007, p. 34)

A dessocialização que caracteriza o processo de formulação de propostas de mudança, ou melhor, de "flexibilização" do trabalho assalariado, aliado ao desmonte das políticas de investimento em educação pública criando, assim, um favorável contexto para futuras privatizações do ensino superior, apresenta todas as características de uma postura paternalista, onde a população que mais precisa da atuação dos setores sociais do Estado não tem participação alguma na elaboração das medidas que visam gerar efeitos diretos em sua vida. Em outras palavras, não é ouvida nesse processo de formulação dessas propostas. É assim que, a demonstrar pelo atual quadro que se constrói, as condições vão se preenchendo para a construção de um verdadeiro assalariamento dessocializado e a instauração de um regime político que facilitará a sua imposição. Regime que pode ser qualificado de "liberal-paternalista", já que é *liberal* e permissivo no topo, em relação às corporações e às classes superiores, e *paternalista* e autoritário na base, em relação àqueles que se acham imprensados entre a reestruturação do emprego e o recuo da proteção social. (WACQUANT, 2007, p. 34-35)

Levando em conta as classes beneficiadoras desse projeto unilateral de "flexibilização" do trabalho nunca esclarecido devidamente pelo atual governo, juntamente com o viés privatizador, a instauração de um Estado liberal para os dominantes economicamente, e repressor e precarizador do trabalho para as classes dominadas economicamente, torna-se cada vez mais viável, mostrando que – muito embora o governo de Dilma Rousseff fosse alvo de várias críticas, inclusive no que diz respeito a própria política penal aplicada pelo seu governo – a face neoliberal de um governo pode ser *intensificada*.

Tomando a economia como um tipo de entidade pura que, segundo o discurso dominante, é tomada como "uma ordem pura e perfeita, desenvolvendo implacavelmente a lógica de suas próprias consequências previsíveis,"[11] e em oposição a tudo o que diz respeito ao mundo social e a socialização da economia, o atual governo constitui-se expressamente como um neoliberalismo à brasileira. Neste contexto, a saída para se combater a criminalidade é completamente direcionada para o reforço do armamento policial e a diminuição de pesquisas sobre segurança pública e a criminalidade, onde investimentos dire-

11. O texto *A essência do Neoliberalismo,* de Pierre Bourdieu pode ser encontrado em: [https://bibliotecadafilo.files.wordpress.com/2013/10/40-bourdieu-a-essc3aancia-do-neoliberalismo.pdf]. Acesso em: 27 set. 2016.

cionados a educação pública superior são consideravelmente cortados (45%), onde medidas de precarização do direito do trabalho são tomadas sem nenhuma participação daqueles que vão sofrer seus efeitos nefastos, onde o "paraíso" da profissionalização técnica tende a tomar o lugar de um projeto que viesse a propiciar algum conhecimento crítico nas escolas.

As condições para a instauração "de um governo da insegurança social" (WACQUANT, 2007, p. 39) tornam-se favoráveis. Nesse sentido, não se pode ignorar os efeitos desse tipo de projeto no que diz respeito à política de penalização, na medida em que a insegurança subjetiva e objetiva para as quais o projeto de precarização do trabalho contribui podem se mostrar como uma tendência ao aumento da própria criminalidade combatida apenas em suas consequências, não em suas causas sociais e econômicas. E a frase de placa de posto de gasolina citada por Michel Temer "não pense em crise, trabalhe", a qual foi reproduzida em 15 outdoors em Campo Grande (MS) por iniciativa de um empresário pecuarista e produtor rural, pode-se mostrar, aliada aos projetos de flexibilização do trabalho assalariado, como um tipo de nova norma de cidadania e de moralidade cívica na base da estrutura de classe.[12]

Corte nos investimentos direcionados a educação, aprovação de proposta de emenda constitucional (PEC 55) visando o congelamento de gastos em políticas sociais, como saúde e educação, por 20 anos; reformas na previdência social com proposta de aumento de tempo de contribuição para 49 anos como requisito para o recebimento da aposentadoria integral; reformas na base curricular do ensino médio direcionadas à retirada da obrigatoriedade de disciplinas como Educação física, filosofia e sociologia por meio de uma Medida Provisória,[13] ou seja, sem debater amplamente com a população e com os mais variados estudiosos sobre;[14] projetos e propostas mal divulgados e mal esclare-

12. A atual reforma da previdência social implementada pelo Governo Temer visa contribuir para concretizar e institucionalizar essa frase na medida em que exige, para o recebimento da aposentadoria integral, um tempo de contribuição de 49 anos por parte dos trabalhadores.

13. Trata-se da Medida Provisória 746/2016. Texto disponível em: [www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=126992]. Acesso em: 27 set. 2016.

14. "Não há consenso sobre educação e isso é bom, pois mostra como é complexo pensar a educação em um país diverso como o nosso. Você faz uma mudança drástica como essa sem consideração por um trabalho que há muito tempo vem sendo elaborado, mostra descompasso do governo", diz Dirce Zan, diretora da Escola de Educação da Unicamp. "Isso é muito antidemocrático, pois há uma desconsideração de todo um acúmulo de discussão que vinha se dando." Mais críticas sobre a reforma da educa-

cidos de terceirização e de flexibilização das garantias trabalhistas e discursos de espetacularização da segurança por parte do atual Ministro da Justiça, parecem ser as partes mais escancaradas do rosto dessa espécie de Frankenstein neoliberal brasileiro em via de gestação.

4. Uma complexa rede de relações

A compreensão da reconfiguração da conjuntura política atual exige a consideração dos mais variados agentes que contribuíram para o seu desenrolar. Aliado a agentes tanto do campo político, quanto dos campos jornalísticos, jurídico, universitário e econômico, pode-se observar a complexidade dessa rede de relações fortemente atuante.

Em outras palavras, é preciso que se leve em conta o campo do poder onde agentes representantes dos mais variados campos lutam para e pela acumulação de propriedades pertinentes, sejam estas econômicas ou simbólicas. Essa forma de análise relacional corresponde a uma verdadeira condição, como lembra Bourdieu, para não se reproduzir o erro de se "definir a verdade de um fenômeno cultural independentemente do sistema de relações histórica e sociais nas quais ele está inserido" (BOURDIEU, PASSERON, CHAMBOREDON. 2007, p. 30) e para não se reduzir a constituição da atual conjuntura a um produto de um plano plenamente consciente. Assim, as ações dos agentes provenientes dos campos político, jornalístico, econômico, jurídico e universitário constituem uma verdadeira rede de relações de força. Levando em conta, como adverte Bourdieu, que "o real é relacional" (BOURDIEU EU, 1998, p. 28) e considerando o quanto um pensamento relacional rompe com o senso comum, inclusive o universitário (com as teorias que reduzem uma ação a um efeito meramente individual, incluindo as mais variadas teorias da conspiração que afirmam que o resultado dos fenômenos sociais decorre de uma ação proveniente de uma consciência com poder decisório sobre o mundo) a reconfiguração do campo do poder corresponde bem mais a um resultado de todo um complexo feixe de relações do que de uma decisão advinda de uma única consciência manipuladora com capacidade e antever o curso da história.

Do campo jurídico e universitário, pode-se mencionar, ainda que de forma lacunosa, três agentes que, em certo sentido, foram cruciais para (baseados em

ção do governo Michel Temer podem ser encontradas em: [www.nexojornal.com.br/expresso/2016/09/24/Como-%C3%A9-a-reforma-do-ensino-m%C3%A9dio-e-quais-s%C3%A3o-as-cr%C3%ADticas-a-ela]. Acesso em: 28 set. 2016.

uma retórica ambígua que aliava elementos jurídicos, políticos e até mesmo religiosos) a constituição desse cenário: tratam-se dos professores de direito e juristas Miguel Reale Junior, Janaina Paschoal e Hélio Bicudo.

Filho de Miguel Reale, um dos juristas mais reconhecidos pelos setores da direita e do reacionarismo do campo jurídico no Brasil, e que também possui em seu currículo extraoficial o fato de ter feito parte do Movimento Integralista,[15] além de ter apoiado o Golpe e o período da Ditadura Militar brasileira iniciado em 1964,[16] Miguel Reale Junior foi um dos autores, ao lado de Janaina Paschoal e de Hélio Bicudo, da peça processual do pedido de Impeachment da Presidente Dilma Rouseff.

Em seu discurso de Defesa do processo de Impeachment no Senado,[17] o jurista adotou um discurso político repleto de adjetivos como "Lula e o petismo" que, segundo ele, em uma estratégia retórica monocausal explícita, representam a "esperteza malandra" contra a meritocracia. Mas um dos pontos que não podem ser ignorados é o drama inicial construído pelo jurista. Um dos efeitos performativos da palavra oficial é, como lembra Bourdieu, justamente a adoção de uma postura de "mandatado para levar essa palavra transpessoal." (BOURDIEU, 2014, p. 82) Nesse sentido, ao invés de dizer "eu penso", se diz "o Brasil pensa". Tratando-se de um tipo de encarnação de "uma coletividade reconhecida nele" (BOURDIEU, idem), essa característica do discurso oficial corresponde a uma eficiente estratégia de dissimulação dos interesses particulares mediante uma retórica do "bem comum" e do "interesse comum." No início de seu discurso, o jurista alega que o processo de Impeachment da presidente Dilma Rousseff "nasceu das ruas, que nasceu da Avenida Paulista, da Avenida Nossa Senhora de Copacabana, da Avenida Atlântica, que nasceu de Boa Viagem, que nasceu da Praça da Liberdade e do Parcão de Porto Alegre."[18]

---

15. O movimento Integralista Brasileiro "foi um movimento político fascista nacionalista brasileiro criado em 7 de outubro de 1932." Mais informações sobre em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/A%C3%A7%C3%A3o_Integralista_Brasileira]. Acesso em: 28 set. 2016.

16. Pode-se encontrar uma análise curta mais pontual do apoio do jurista Miguel Reale ao Golpe Militar de 64 em: [www.anpuhsp.org.br/sp/downloads/CD%20XVIII/pdf/ORDEM%20ALFAB%C9TICA/Rodrigo%20Pinho.%20Miguel.pdf]. Acesso em: 28 set. 2016.

17. A íntegra dessa defesa está disponível em: [www.youtube.com/watch?v=6pdS0TgWOy8]. Acesso em: 28 set. 2016.

18. É preciso atinar para o fato de que nesse tipo de ritual evocatório não se ouve o nome de nenhum espaço urbano marcado pelos estigmas midiáticos, como as favelas, lugar

Tratando-se de um exemplo claro de ritual evocatório, onde aquele que fala perante todos fala em nome do "público," o discurso que o mencionado jurista adotou foi muito mais político que jurídico. Tentando, através desse ritual, contribuir para se construir uma imagem de si mesmo como um representante histórico do povo, de alguém que fala em nome daqueles e daquelas que protestaram nas aludidas Avenidas, de alguém que encarna as expectativas do público através de sua retórica oficial.

Uma estratégia não muito diferente adota a advogada e professora de Direito Janaina Paschoal. Em uma estratégia que tenta dissimular os mais variados interesses escusos através de uma retórica que alude ao "povo," "Esse processo é do povo,"[19] a jurista pretende ocupar a posição de alguém que está "reforçando os valores da República," mas também reforçando a mensagem gospel dos baluartes da direita protestante ou católica afirmando, em um tom consideravelmente fervoroso e dramático que chega a lembrar as pregações de

caracterizado por representar as demandas das populações mais pobres, por exemplo. As Avenidas evocadas pelo jurista correspondem a pontos que tradicionalmente foram e são ocupados pelos mais variados movimentos de revolta das classes médias brasileiras a favor do Impeachment, de um tipo de "intervenção militar constitucional" (forma eufemizada inexistente na Constituição Federal de um Golpe militar), contra os programas de inclusão social e de redução da miséria, como o Bolsa Família e o Bolsa Escola. Um dos elementos mais característicos desses movimentos corresponde à retórica de demonização do PT e da esquerda. É preciso lembrar que esses movimentos de retorno aos costumes do "cidadão de bem" não são recentes. Como lembra Hirschman, em um período de extrema miséria e seca no nordeste, onde o governo tentava solucionar esse problema com a criação de uma Inspetoria de Obras Contra as Secas, "em 1924 uma séria revolta militar eclodiu em São Paulo, promovida por um grupo de jovens oficiais, visando a regeneração dos costumes políticos e sociais no Brasil. Sobrevindo apenas dois anos após à revolta de Copacabana, a decisão de reduzir ao mínimo os gastos 'desnecessários' no Nordeste." (HIRSCHMAN, 1965, p. 48) Mesmo evocando nomes de Avenidas, lugares púbicos onde, supostamente os mais diversos transeuntes das mais variadas classes poderiam se encontrar, é preciso não se ignorar o fato de que a Avenida Boa Viagem, uma das mencionadas pelo Jurista, é considerada uma das localidades mais nobres, e sendo Boa Viagem um dos bairros mais caros do Recife segundo a revista Exame (Disponível em: [http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/os-bairros-mais-valorizados-em-5-capitais]. Acesso em: 28 set. 2016) – há baixa probabilidade de moradores da orla de Boa Viagem se encontrarem constantemente em suas caminhadas à beira mar com moradores das favelas ou dos bairros mais pobres da cidade, a não ser a título de se gerar um considerável incômodo para os moradores do bairro nobre.

19. A íntegra do discurso de Janaina Paschoal pode ser encontrada em: [www.youtube.com/watch?v=4_o3CjfE2wE]. Acesso em: 28 set. 2016.

pastores pentecostais, que, em contraposição à tese de que há alguma conjuração entre políticos suspeitos e acusados de práticas de corrupção a favor do impeachment, "o único, se tiver alguém fazendo algum tipo de composição neste processo, é Deus." Jogando, em seu discurso, com elementos típicos do campo religioso, do campo político e do campo jurídico, a demonstrar por uma pequena aula sobre competência no sentido jurídico que ele ministra no prelúdio de sua fala, o discurso da mencionada jurista pode ser tomado como um exemplo oficial de heteronomia discursiva embalada por um fervor gospel e dramático encenado por uma autointitulação de alguém que fala em nome de Deus. Utilizando metáforas, e balançando a bandeira do Brasil em visível ato de euforia, com a intenção de acusar o atual governo de "o governo da cobra,"[20] ela se autointitula como alguém que, em nome de Deus, luta contra a aquilo que ela chama de "cativeiro de almas e de mentes".

Adotando um discurso dramático, caracterizado por misturar elementos próprios do fervor dos cultos religiosos com os de um militante nacionalista levado por sua ideologia, no decorrer de suas várias defesas do impeachment, em suas palavras, ela se coloca como um tipo de defensora "(d)as criancinhas, (d)os brasileirinhos", e em um processo de divinização e mistificação da Constituição Federal, definindo-a como "um livro sagrado que o PT não assinou" ela afirma que "vai lutar até o fim dos seus dias pela Constituição federal."

Observa-se o quanto essas estratégias que giram em torno de falar em nome da Constituição, do povo, de Deus, tendem a ser constantemente empregadas em um processo de autolegitimação pela palavra. Estar ao lado do povo, da constituição e de Deus representa, nesse caso exemplar da retórica oficial, uma tática muito comumente empregada a partir da qual aqueles ou aquelas que falam podem arrogar para si a legitimidade do público e do transpessoal. O fato de Janaina Paschoal ter sido aluna e orientanda de Miguel Reale Junior acaba por contribuir para que toda essa peça jurídica e a dramaturgia jurídico-política dos inflamados discursos no Parlamento apresentem as características mais elementares de um trabalho acadêmico onde o aluno em coautoria com o seu mestre apresentam as suas ideias baseadas em um sonho megalomaníaco de mudar toda uma nação e de "acabar" com a corrupção. Baseado em uma monocausalidade desprovida de conhecimento histórico sobre as práticas de corrupção no Brasil, o jurista Hélio Bicudo, em um conhecido programa tele-

20. A Íntegra do discurso onde Janaina Paschoal euforicamente metaforiza a sua luta como a de alguém que evocando o nome de Deus "libera o país do cativeiro de almas e mentes" e da "república da Cobra" pode ser encontrado em: [www.youtube.com/watch?v=gX4uWCQjZ9U]. Acesso em: 28 set. 2016.

visivo, pode chegar a declarar, em suas mais variadas tentativas de demonização do ex-presidente Lula e do PT e em plena rede nacional, que "o Lula se corrompeu e corrompe a sociedade brasileira."[21] Observa-se o quanto pode ser relevante para o processo de dominação e para os mais variados malabarismos retóricos com os conceitos jurídicos enviesados por uma predisposição para postular a causa da corrupção do Brasil no PT e no ex-presidente Lula. Tudo isso em um período de crise institucional e política onde os mais variados profetas tendem a tomar a palavra em nome de Deus, do "povo" e da "sociedade brasileira". A análise desses discursos inflamados onde se misturam gesticulações típicas das pregações pentecostais onde se ergue a Constituição em uma tentativa fervorosa de arrogar para si a posição de um representante da ordem constitucional, as entonações, e os mais variados subterfúgios infinitesimais e imperceptíveis que embasam as mais diversas tomadas de posição dos *think tanks* acadêmicos que, sob encomenda e pagos[22] para jogar com institutos do direito, com as utilizações de termos extraídos do *corpus* textual jurídico em suas qualidades de intérpretes autorizados do direito, serve para mostrar a relevância da atuação dos agentes acadêmicos no processo de constituição da atual conjuntura política.

O pagamento de cerca de 45 mil reais do PSDB para a advogada e professora de direito Janaina Paschoal desenvolver com Miguel Reale Jr. a peça do pedido de Impeachment da Presidente Dilma Rousseff pode se mostrar como um dos indícios expressos das mais intricadas relações entre agentes do campo jurídico e universitário com os agentes do campo político, mostrando o quanto pode ser complexa toda a rede de relações de força que fundamenta as mais variadas tomadas de posição dos agentes nesse processo de reconfiguração do campo do poder.

21. A parte da defesa de seus argumentos onde o mencionado jurista dispara essa acusação pode ser encontrada em: [www.youtube.com/watch?v=zeLZ6zR8IN4]. Acesso em: 30 set. 2016.

22. Janaina Paschoal, nos vários episódios que caracterizou o processo de impeachment, admitiu ter recebido um pagamento de 45 mil reais do PSDB para elaborar a peça judicial do pedido de Impeachment ao lado de Miguel Reale Jr: "A advogada, autora do pedido de impeachment da presidenta Dilma Rousseff aprovado na Câmara dos Deputados e em tramitação no Senado, confessou a senadores da comissão especial que foi contratada pelo PSDB, junto com o jurista Miguel Reale Junior, para elaborar sob medida um parecer do impeachment." Disponível em: [www.revistaforum.com.br/2016/04/29/janaina-paschoal-confessa-ter-recebido-r45-mil-do-psdb-para-elaborar-pedido-de-impeachment/]. Acesso em: 30 set. 2016. Não se pode ignorar o quanto esse jogo político a favor do Impeachment abarca toda uma estrutura de relações de força entre agentes do campo jurídico e universitário com agentes do campo político

No campo político pode-se apontar de um lado os partidos onde 100% de seus participantes se posicionaram a favor do Impeachment. O PSDB corresponde a um exemplo de partido onde praticamente todos os deputados e senadores se manifestaram a favor.[23] Em várias tentativas de justificação de suas posições, políticos como Aécio Neves, anterior concorrente de Dilma à presidência da república, por exemplo, chegam a declarar que o seu apoio ao impeachment se dá não por uma vontade daquelas que com ela disputaram a eleição. Mas por uma constatação que nos une a todos que ela perdeu as condições mínimas de governar e de retirar o Brasil dessa crise completamente aguda que o seu governo e o seu partido mergulharam.[24]

Em uma visível estratégia para justificar o impeachment o senador, assim como vários outros, afirma que ela deve ser afastada pelo fato de ter perdido "as condições mínimas de governar". O autonível de flacidez desse argumento é destacado pelo fato de juridicamente não se poder afastar um presidente, pela via do Impeachment, pela simples falta de governabilidade. E esse será um dos argumentos dos agentes do campo político que se posicionam contra o impeachment, tais como os deputados e senadores do PT.

Os senadores de partidos explicitamente de direita, tais como o DEM, votaram a favor. Dos partidos que, muito embora em sua maioria tenha se posicionado a favor, houve políticos que votaram contra, pode-se citar o PMDB, onde senadores como Kátia Abreu e Roberto Requião podem ser vistos como exemplos.[25] Isso mostra o nível de complexidade que envolveu os mais variados acordos partidários a favor ou contra no interior do campo político. E essa complexidade também pode ser destacada pelas constantes pressões pró-impeachment dos agentes do campo econômico aos agentes do campo político a favor do afastamento da presidente. Não se pode ignorar a considerável atuação e os mais variados investimentos da FIESP em toda essa campanha pró-impeachment denominada de "impeachment já": o sinal mais claro e recente foi dado pela Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP) que,

23. Mais informações sobre em: [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/04/governadores-e-liderancas-do-psdb-se-reunem-em-sao-paulo.html]. Acesso em: 30 set. 2016.

24. A declaração do Senador bastião da direita pode ser encontrada em [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/04/governadores-e-liderancas-do-psdb-se-reunem-em-sao-paulo.html]. Acesso em: 30 set. 2016.

25. Pode-se encontrar uma lista completa dos senadores e partidos que votaram contra e a favor do impeachment da presidente Dilma em: [http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/08/31/veja-como-os-senadores-votaram-no-julgamento-do-impeachment.htm]. Acesso em: 30 set. 2016.

em representação de centenas de entidades da indústria, comércio, serviços e agricultura, ocupou nesta terça-feira os principais jornais do país com uma ostensiva campanha publicitária. Os lemas "Impeachment já" e "Chega de pagar o pato" imprimiram-se em 14 rodapés de página que chegaram às bancas de todo o país e apareceram no fundo da tela de um jornal brasileiro. A ofensiva de marketing soma-se à onda de campanhas antigoverno que a federação já vinha patrocinando há meses e simboliza a mudança de postura dos empresários paulistas que apostam hoje, não pela renúncia de Dilma Rousseff, e sim por pressionar deputados e senadores para que priorizem o impeachment da presidenta.[26]

Na defesa de seus interesses de maximização de lucro econômico custe o que custar, a FIESP e os setores representantes do polo dominante se posicionaram a favor do afastamento da presidente tendo em vista a constituição de um cenário mais favorável às suas investidas lucrativas.

Neste caso, visualiza-se a instauração de uma política onde, lembraria Bourdieu, a mão direita do Estado "já não sabe, ou pior, já não quer o que faz a mão esquerda" (BOURDIEU, 2011, p. 218). Em outras palavras, trata-se de um governo inclinado a todo um processo de flexibilização das garantias trabalhistas e de precarização do trabalho em prol do reforço da lógica do mercado, de um governo que pretende "administrar os serviços públicos como se fossem empresas privadas" (BOURDIEU, Idem). De um governo explicitamente inclinado a uma política de privatização e de entrega do pré-sal ao capital estrangeiro mediante a substituição da forma contratual (alteração do contrato de partilha de produção) onde o Estado não estaria amplamente sujeito aos interesses e as barganhas do mercado internacional e das petroleiras multinacionais por um tipo de concessão onde a intervenção estatal é consideravelmente reduzida.

De autoria do ex-senador e agora ministro do governo Michel Temer, José Serra, o PL 131 permite a petrolíferas estrangeiras explorar amplamente o pré-sal sem serem obrigadas e fazer parcerias com a Petrobrás. O efeito desse projeto é justamente colocar o petróleo nas mãos das grandes petroleiras multinacionais.

Informações vazadas pelo Wikileaks asseguram que o senador José Serra havia prometido a petroleiras dos EUA que acabaria com o domínio da Petrobras na exploração do pré-sal. Após a aprovação do projeto de Serra esta

26. Mais informações sobre o apoio dos dominantes do campo econômico podem ser encontradas em [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459289168_509972.html]. Acesso em: 30 set. 2016.

semana, senadores relembraram da informação divulgada pela rede de Julian Assange.[27]

Junto a esse empenho dos setores dominantes dos campos jurídico, universitário e econômico pode-se mencionar a atuação considerável dos agentes do "mundo dos jornalistas" (BOURDIEU, 1997, p. 30). Empenhados pela busca da novidade, da audiência e do furo, os produtos desse mundo tendem a se adequar às demandas, para as quais ele mesmo contribui para produzir, dos mais variados consumidores em matéria de informação.

Além de contribuir para a construção da realidade por meio do discurso (um dos efeitos do poder simbólico), é preciso levar em conta a visão mutilada da própria realidade social que a mídia contribui para produzir. Através de prévias seleções, que podem ser, por exemplo, visualizadas nas perguntas pré-fabricadas e realizadas aos mais diversos especialistas (é preciso ter em mente os casos em que as opiniões dos especialistas destoam dos interesses midiáticos, isso pode ser resolvido com uma brusca mudança de assunto ou com um rápido "brevemente retomaremos esse assunto, seguimos agora para...") e que tendem a gerar um efeito de controle do discurso e de produção de uma determinada imagem sobre o mundo (em grande parte fundada imperceptivelmente sobre aquilo que Serge Halimi chama de "peneira do maniqueísmo" (HALIMI, 1998, p. 65), a mídia acaba contribuindo para a reprodução de um efeito de simplificação (no sentido de mutilação) da complexidade social.

Tratando-se de um jornalismo consideravelmente determinado pelas influências econômicas de seus patrocinadores e por influências políticas transfiguradas por uma retórica da imparcialidade que tende a lembrar, com sua tonalidade, suas roupas e sua *hexis* corporal, as propriedades mais eletivas das "pessoas bem nascidas" e "ponderadas", a realidade construída pela mídia televisiva tem todas as condições de exercer a sua função social de reverência e de ser "conforme aos interesses de uma casse social" (HALIMI, 1998, p. 14).

A corrupção estrutural que baseia esse jogo, atrelado a busca incansável do "furo" custe o que custar, independentemente das consequências, é um dos tipos mais ignorados de corrupção. As notícias de variedades como notícias que conseguem, segundo Bourdieu, "atrair a atenção para fatos que são de natureza a interessar todo mundo, dos quais se pode dizer que são *omnibus* – isto é, para todo mundo", (BOURDIEU,1997, p. 23) tendem a misturar, em um curto es-

27. Mais informações a respeito podem se encontradas em: [www.pragmatismopolitico.com.br/2016/02/pre-sal-jose-serra-prometeu-a-chevron-que-entregaria-nosso-petroleo.html]. Acesso em: 30 set. 2016.

paço de tempo, as notícias políticas sobre política (com certa frequência embasadas em fontes consagradas e reconhecidas pela mídia como "imparciais", tais como a revista Veja, por exemplo) com as mais variadas notícias futebolísticas, com a previsão do tempo, com notícias sobre exposições artísticas realizadas por jornalistas que não possuem o capital cultural para realizá-las, com as mais variadas banalidades sobre a vida de famosos etc. É preciso insistir nesse ponto, pois há uma proporção muito importante de pessoas que "estão devotadas de corpo e alma à televisão como fonte única de informação" (BOURDIEU, Idem).

E considerando esse poder simbólico de construção da realidade do jornalismo midiático, a atuação, em sua grande maioria, dissimulada, e encabeçada pela Rede Globo de Televisão, as notícias de corrupção amplamente divulgadas e baseadas em um tipo de seletividade corrompida cujo efeito mais implacável consistiu em um paulatino processo de demonização do PT, contribuíram para reproduzir um tipo de indignação seletiva, muito visível nas classes médias, tendente a considerar esse partido como *a* causa da corrupção no Brasil.

O olhar vesgo que, sob a aparência de estar olhando para um lado, está olhando para o outro, pode ser visto como um caso limite do trabalho realizado pelo jornalismo realizado pelas grandes emissoras: o trabalho de transfiguração dos seus interesses políticos e econômicos para o qual um determinado tipo de retórica com ares de imparcialidade e reforçada por todo um conjunto de propriedades reconhecidas como típicas das pessoas que Pascal definia como "de grande nascimento" (PASCAL, 1979, p. 120) por terem o privilégio de herdar as propriedades reconhecidas e honradas como distintas e nobres, acaba contribuindo para uma espécie de jogo – onde só se "pode fazer o que faz (...) fazendo de conta que não o faz, como se não tivesse outro princípio além da utilidade pública e do bem comum, da verdade e da justiça," (ACCARDO, 2000) – que acaba contribuindo para uma verdadeira homenagem que o vício pode prestar a virtude.

E essa reconstrução dos interesses, que não poderiam se mostrar em sua realidade nua e crua sob pena de traição das regras do jogo jornalístico, acaba contribuindo tanto para se ratificar as disposições típicas do senso comum dos telespectadores quanto mais ela tende a (re)produzir sob medida notícias que reforçam um tipo de reencontro da experiência dóxica do mundo social consigo mesma.

Em outras palavras, trata-se de um reforço do próprio senso comum, um reforço da passividade das ideias feitas (e que não são postas em xeque no decorrer das experiências típicas da vida cotidiana) que acabam contribuindo para a reprodução de um jornalismo, diria Weber, como uma "teodiceia da

sorte dos dominantes", de um jornalismo que sob a aparência de não fazer o que faz, acaba fazendo com afinco o que diz que não faz. É nesse sentido que o campo jornalístico foi de crucial importância no processo de demonização do PT. A seletividade das notícias de escândalos de corrupção tende a demonizar os políticos do PT e silenciar os mais variados escândalos de corrupção envolvendo os vários políticos do reacionarismo à brasileira. E esse processo tende a ser tanto mais eficiente quanto mais aparenta ser imparcial na forma como é divulgado.

Observa-se que quando se leva em conta a complexa estrutura de relações entre os agentes dos mais variados campos, as condições de pesquisa se tornam propícias para não se reduzir o projeto desse neoliberalismo à brasileira a uma consequência das ações de único agente.

Assim, acusar o ex-deputado Eduardo Cunha (muito embora a alta percepção do *Kairos*, ou seja, do momento oportuno para agir, tendo em vista a atual composição do Congresso, possa lhe ser reconhecida) ou o vice-presidente, Michel Temer, de "mentores" do que reconhecidamente se chama de Golpe, pode não deixar de ser um efeito de uma imagem míope do processo de gestação da atual conjuntura política.

É desconsiderar que há todo um conjunto de relações que abarca tanto a grande mídia televisiva, virtual e impressa; todo um conglomerado empresarial ávido pela realização de seus interesses; os interesses travestidos de uma flacidez jurídica de advogados empenhados e que se reconhecem como protagonistas da virtude e da história, assim como do futuro "das criancinhas" e dos "brasileirinhos"; das práticas de "beija mão" de bastidores entre a nobreza togada do STF (defensor dos seus interesses travestidos de virtude jurídica) e os parlamentares defensores dos dominantes, altamente comprometidos com um projeto de enfraquecimento dos já enfraquecidos direitos sociais e da implementação de uma política de fortalecimento neoliberal inclusive como política de "combate" a criminalidade, com um maior enrijecimento das leis penais e com a precarização dos direitos trabalhistas; com todo o apoio dado pelos mais diversos movimentos que se reconhecem porta vozes da "luta contra a corrupção", onde os mais diversos oportunistas virtuais podem pegar carona para a construção social de suas autoimagens como "grandes protagonistas"; onde o ressentimento pode se reencontrar e encontrar o seu combustível nos mais diferentes vídeos no youtube protagonizados por jornalistas mancomunados, intelectuais virtuais prontos para produzir os seus "diagnósticos" fatais sobre a humanidade e diversos agentes empenhados que se reconhecem como verdadeiros profetas de uma política purificada e produzida mediante uma vulgata que, sobre os slogans "pelo fim da corrupção", pela reestruturação da econo-

mia tomada como uma entidade pura e dessocializada, esconde o seus mais espúrios e nefastos interesses.

Trata-se de um conjunto de relações onde cada um tenta abocanhar a sua parte mais apetitosa no interior do campo do poder. Tratam-se de relações que, por sua complexidade, como lembra Durkheim, estão "fora do nosso campo de visão" (DURKHEIM, 2008. p. 95).

5. Tendências de um hiperencarceramento em massa em um governo antipobre

Diante de um quadro político cujo desenho figura à retirada e enfraquecimento das funções sociais do Estado, o cárcere tende a ocupar uma posição nada secundária nesse Éden neoliberal. Diante de um contexto onde a visibilidade da suspensão das garantias processuais no processo penal aumenta consideravelmente, justamente por se exercer sobre políticos reconhecidos, as tendências de realização de uma política que fortalece o seu aparato repressor e punitivo mostram-se cada vez mais viáveis, tendo em vista o papel que o cárcere exerce no processo de administração da pobreza em um governo de neoliberalismo intensificado.

É preciso considerar que,

> à medida que o Estado se desincumbe da economia e se desfaz de sua missão de proteção social, seu 'poder infra-estrutural' – isto é, sua capacidade de penetrar nas populações sob sua égide e de reger seus comportamentos –, opera cada vez mais a partir das redes tecidas por seu aparelho repressivo, (WACQUANT, 2007, p. 61)

as condições para um hiperencarceramento das camadas menos favorecidas estão preenchidas. O Brasil já ocupa a quarta posição no ranking mundial do encarceramento, contendo cerca de

> 607.700 presos, atrás apenas da Rússia (673.800), China (1,6 milhão) e Estados Unidos (2,2 milhões). Quando se compara o número de presos com o total da população, o Brasil também está em quarto lugar, atrás da Tailândia (3º), Rússia (2º) e Estados Unidos (1º). Segundo o ministério, se a taxa de prisões continuar no mesmo ritmo, um em cada 10 brasileiros estará atrás das grades em 2075.[28]

28. Informações disponíveis em: [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/23/prisoes-aumentam-e-brasil-tem-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.htm]. Acesso em: 01 out. 2016.

Diante de um cenário onde o Brasil consegue, já nos governos Dilma Rousseff, uma posição de considerável destaque no pódio do encarceramento, levando em conta os efeitos sociais de uma implementação de uma política com viés privatizador, como no caso do atual governo, e que cada vez mais sinaliza no sentido de fortalecer o aparato repressivo, com maiores investimentos em material bélico para os policiais e menos investimento em educação, a construção de uma realidade de profunda insegurança social, não apenas no que se refere ao futuro, mas também ao presente, pode-se mostrar como um tipo de força motriz que contribui para impulsionar os índices de violência urbana e de encarceramento dos pobres, de todos aqueles para os quais foram negadas as condições de acesso as propriedades pertinentes na sociedade.

A observação da tendência ao aumento do contingente carcerário e do aparato repressor do Estado, nesse caso, está baseada na consideração de que não se pode falar de crime, e muito menos de aumento do contingente carcerário, sem se levar em conta tanto as suas causas sociais e econômicas quanto as suas funções sociais e econômicas.

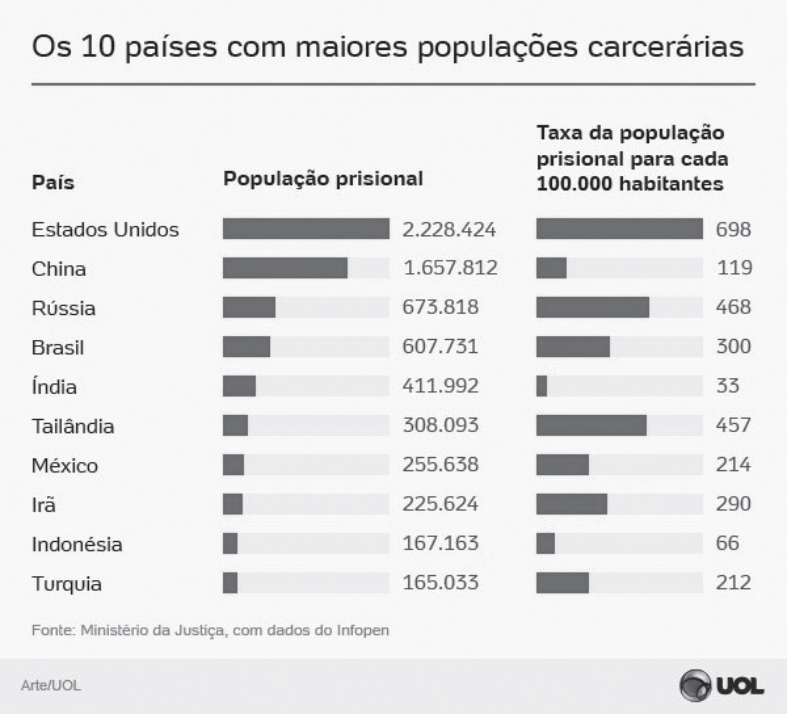
Diante de uma conjuntura política onde cada vez mais se desenha "um caminho em direção ao novo governo da insegurança social" (WACQUANT, 2007, p. 54), a instrução de um provável prognóstico no que se refere a uma maior intensificação da população carcerária se torna plausível.

Nesse sentido, é necessário se levar em conta o problema referente a qual política penal esse modelo de política neoliberal e privatizador (de desmonte das políticas sociais, de entrega do petróleo às petroleiras multinacionais, de flexibilização das garantias trabalhistas em favor da lógica do mercado e de intensificação do aparato punitivo conjugado a uma constante suspensão das garantias processuais) está intensamente conjugado.

Isso significa se interrogar sobre os prováveis efeitos sociais da implementação de um projeto de penalidade neoliberal que tenta remediar a criminalidade contraditoriamente através da intensificação de suas causas, quais sejam, a retirada do Estado de suas funções sociais e econômicas. "Significa também descobrir os contornos possíveis e mesmo prováveis da futura paisagem da policia, da justiça e da prisão" (WACQUANT, 2007, p. 49) na gestão do neoliberalismo intensificado.

Correlativamente a essa quarta posição que o Brasil ocupa no ranking mundial do encarceramento está o fato de a maioria do contingente carcerário ser composto por jovens, negros e pobres. O encarceramento encontra-se consideravelmente concentrado "entre as populações situadas no nível mais baixo da hierarquia étnica e de classe." (WACQUANT, 2007, p. 74). Considerando que

os governos Lula e Dilma também exerceram uma considerável função no que diz respeito ao fenômeno de encarceramento em massa, o quarto lugar que o Brasil ocupa atualmente na escalada do encarceramento em massa corresponde a um resultado das políticas penais implementadas por esses governos.



Segundo a última pesquisa realizada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), 56% dos presos são jovens de 18 a 29 anos. O número de jovens que compõe o contingente carcerário supera consideravelmente a proporção de jovens da população brasileira: na medida em que 56% dos presos são jovens, cerca de 21,5% da população fora das grades são dessa faixa etária.

Segundo os dados levantados pelo Infopen, dois a cada três presos no Brasil são negros, formando um total de 67% do contingente de presos. Juntamente a isso, também se constatou o baixo nível de escolaridade da população carcerária: aproximadamente 53% da população carcerária possui o ensino fundamental incompleto. Mesmo diante desses dados estarrecedores, essa realidade é tratada como se não existisse; para a grande mídia, essa realidade possui todas as características do invisível; para o governo trata-se de um problema que deve ser tratado com a mão de ferro do Estado penal e penitenciário.[29]

29. Mais informação sobre esse levantamento do Infopen pode ser encontrada em: [www.em.com.br/app/noticia/nacional/2015/06/23/interna_nacional,661171/levantamento

Tomando como argumento central o fato de que a redução do tímido setor de políticas sociais do Estado e o concomitante fortalecimento de seu aparato repressor são funcionalmente articulados, "como se fossem os dois lados da mesma moeda da ação reestruturadora do Estado nas regiões mais afastadas do espaço social e urbano" (WACQUANT, 2007, p. 89) nessa atual reconfiguração dos setores dominantes no campo do poder, um vertiginoso aumento do contingente carcerário mostra-se consideravelmente provável.

A tomar pela direção guiada pela bússola neoliberal de cortes em investimento em educação e de flexibilização do direito do trabalho e de maiores investimentos em equipamentos bélicos para a polícia, a relação entre a retração do setor de políticas sociais do Estado e o fortalecimento do aparato penitenciário e repressor adotam uma imagem de relação tipo gangorra, onde o levantamento de um, acarreta a derrocada do outro.

Tendo em vista o autopercentual da população negra encarcerada, a política de hiperencarceramento neoliberal acaba cumprindo a racista função de conter uma categoria étnica específica reconhecida pela penalogia neoliberal como perigosa e indesejável, tais como os jovens negros e pobres residentes dos espaços mais estigmatizados pelo alarde midiático diário e abandonados pelo governo da gestão neoliberal da criminalidade.

Tratando-se de um típico exemplo de racismo institucionalizado, essa política de encarceramento em massa contribui para retirar da população um considerável número de desempregados, acarretando, assim, uma redução nas taxas de desempregados no Brasil, algo que pode parecer rentável para se incluir nos discursos das campanhas eleitorais. Aliado a esse efeito de racismo perpetrado por essa política de enjaulamento dos negros, pobres e de baixa escolaridade, ou seja, dessa política de retirada ostensiva dos reconhecidos como indesejáveis pela sociedade de mercado do século XXI, pode-se acrescentar a degradante situação na qual vivem os presos, vítimas das péssimas condições higiênicas e das práticas de tortura.

A Anistia Internacional avaliou como degradante as condições do sistema penitenciário brasileiro, onde os presos vivem em presídios superlotados e sofrem tortura. De acordo com o *Informe 2011 da Anistia Internacional: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*, divulgado hoje, a falta de controle efetivo sobre o sistema prisional resultou em uma série de problemas que provocaram diversas mortes no ano passado, principalmente durante rebeliões. Segundo

-aponta-que-maioria-dos-presos-no-brasil-sao-jovens-negro.shtml]. Acesso em: 03 out. 2016.

a organização, houve prática de tortura no momento em que pessoas eram presas, nas celas de delegacias, nas penitenciárias e no sistema de detenção juvenil. Além disso, em 2010, as prisões continuaram extremamente superlotadas, com os internos mantidos em condições que configuravam tratamento cruel, desumano ou degradante. Atualmente, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), 445,7 mil presos integram o Sistema Penitenciário do país. De acordo com o especialista em Brasil da Anistia Internacional, Patrick Wilcken, 40% dos presos ainda estão aguardando julgamento. "É evidente que esses números devem ser reduzidos, a fim de ter um sistema de justiça eficaz. Muitos dos detidos não estariam presos se tivessem tido acesso adequado à Justiça".[30]

Diante dessa função de encarceramento étnico perpetrado pelo Estado, e do fato de esse tipo de política ter sido uma das marcas da política penal à brasileira nos últimos anos, a atual guinada para o governo com forte viés privatista e com inclinações expressamente repressivas por parte do atual Ministro da Justiça, o quadro acaba preenchendo as condições estruturais para um agravamento da situação. Esse racismo de Estado corresponde a uma das facetas pelas quais a sociedade e a política brasileiras tratam as populações de origens africanas há muito no processo de sua integração às mais básicas condições de vida:[31] ou seja, por meio de uma forte e ostensiva política de confinamento que trata-os como dejetos sociais.

Diante dos últimos pronunciamentos do atual Ministro da justiça sobre a necessidade de se investir mais em armas para a polícia e menos em pesquisas, "o Brasil precisa de menos pesquisa em segurança e mais armamento", e que coloca como carro chefe de suas investidas a priorização de equipamentos bélicos para a polícia, o Brasil acaba tendo um grande aliado para superar sua posição de recordista olímpico no que diz respeito a intensificação da repressão policial. Contribuindo para o aumento da violência urbana, com a derrocada das funções sociais do Estado com a recente aprovação da PEC 55 e sua afirmação revigorante no setor penal e repressivo, esse tipo de política corresponde a um verdadeiro prato cheio para a violência televisionada que contribui para alimentar o ódio e o medo sociais, assim como para a grande parcela de todos

30. Mais informação em: [http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-05-12/presos-vivem-em-situacao-degradante-na-maioria-dos-presidios-brasileiros-diz-anistia]. Acesso em: 03 out. 2016.

31. Um importante estudo sobre esse crucial tema para a compreensão do processo de formação social brasileiro é realizado por Florestan Fernandes em *O negro no mundo dos brancos*. 2. ed. rev. São Paulo: Global, 2007.

os autoproclamados papas da virtude e pureza políticas. As condições para a vitória da "onda da razão"[32] estão sendo instauradas. As condições para se associar cada vez mais políticas sociais de combate a pobreza com privilégios e tolerância a "bandidagem" estão sendo preenchidas: um dos produtos mais bem acabados do selo do autoritarismo que enraíza amplamente a cultura política do Brasil.

Com a intensificação do aparelho repressor do Estado (que já se mostrou bastante efetivo nos últimos governos) como método de combate a criminalidade, o índice de 532 mortes por intervenção de PMs em serviço entre janeiro e novembro de 2015 em São Paulo, segundo os dados da SSP, pode ser tomado como um forte indicador de como o problema da criminalidade está sendo administrado. Esse quadro só tende a se agravar com a grande ajuda do atual Ministro da Educação conjugada com a espetacularização da segurança perpetrada pela atuação do Ministro da Justiça. Os mais variados pronunciamentos deste Ministro tendem a exercer um reconhecido efeito de incentivo a truculência policial tão características do *modus operandi* policial à brasileira. É sintomático o fato de que, segundo o relatório da *internacional Human Rights Watch,* uma dos principais desafios do Brasil na área dos direitos humanos consiste no problema referente à estrondosa violência policial.[33]

De acordo com as informações mais recentes disponíveis, compiladas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, uma organização não governamental (ONG), mais de 2.200 pessoas foram mortas em operações policiais em todo o Brasil em 2013, uma média de 6 pessoas por dia.[34]

Não podendo ser esquecido o modo truculento de como a polícia militar tem atuado em manifestações em vários Estados do país, principalmente em São Paulo e no Paraná, onde cerca de 200 pessoas ficaram feridas em um protesto onde os professores se manifestavam contra mudanças na previdência para os servidores do Estado, cerca de oito pessoas ficaram em estado grave, durante um episódio de repressão policial do Paraná a professores da rede estadual de ensino, que estavam em greve e acampados no Centro Cívico desde segunda-feira. Treze pessoas foram pressas.

---

32. Alusão a um dos slogans da campanha eleitoral de um dos mais votados concorrentes da direita brasileira a presidência da republica, Aécio Neves, nas eleições de 2014.
33. Mais informações sobre podem ser encontradas em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/roldao-arruda/violencia-policial-no-brasil-e-destacada-em-relatorio-internacional/]. Acesso em: 03 out. 2016.
34. Mais informações disponíveis em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/roldao-arruda/violencia-policial-no-brasil-e-destacada-em-relatorio-internacional/]. Acesso em: 03 out. 2016.

Observa-se o quanto esse modo de atuação da polícia nos governos da direita à brasileira tende a incrementar o vindouro hiperencarceramento da população pobre do Brasil. A política penal neoliberal tem como um de seus efeitos o confinamento dos abandonados socialmente e entregues a uma vida permeada de insegurança tanto sobre o presente quanto sobre o futuro. O tratamento de mãos de ferro dado à população pobre e em sua maioria negra do Brasil pode ser visto como uma das consequências do fortalecimento da mão direita e do retraimento da mão esquerda do Estado.

Neste caso, observa-se como a prisão pode se mostrar como um instrumento mediante o qual a tradição histórica de marginalização e de redução dos negros a uma posição de dependência pode-se perpetuar no presente como uma forte política de Estado que, de acordo com o retomar do leme governamental pelos protagonistas do neoliberalismo em matéria de penalização, tem tudo para ser intensificada.

Essa política de encarceramento, em sua maior parte, de jovens e negros pobres não integrados a sociedade de mercado, pode encontrar o seu revestimento simbólico e dissimulador na retórica da "democracia racial."[35] Como lembra Ronaldo Sales, estudiosos como Peter Eccles, observam

> que o sistema jurídico brasileiro dispensa às pessoas negras um tratamento que, das ruas às delegacias de polícia e aos tribunais de justiça, viola a presunção de inocência, invertendo o ônus da prova, tornando pessoas negras 'culpadas, até que se prove o contrário', e obrigando-as a constantemente provar sai inocência. (SALES JÚNIOR, 2009, p. 22)

Esse quadro configura um tipo de racismo institucional, sendo compreendido como um fracasso coletivo de uma determinada organização no que diz respeito ao tratamento de negros por um corpo de profissionais autorizados pelo Estado. Essa forma de tratamento exprimi-se também por meio de práticas rotineiras, detectáveis em processos judiciais, atitudes e comportamentos, pequenos gestos e ações infinitesimais e que, por isso, são ignorados como práticas racistas.

Tratam-se de práticas de discriminação institucionalizadas que, em grande parte, são exercidas aquém de um plano deliberadamente consciente, correspondendo a atos baseados em um preconceito inconsciente e fundado na

35. Uma robusta investigação sobre a gênese categorial e histórica do mito da democracia racial no Brasil pode ser encontrada em Ronaldo Laurentino de Sales Júnior. *Raça e Justiça:* o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo da justiça. Recife: Fundação Joaquim Nabuco. Editora Massangana, 2009.

ignorância da própria ignorância. Essa realidade institucional contribui para submeter os negros aos efeitos mais perversos da penalogia neoliberal à brasileira, faceta mais escancarada do atual governo antipobre em vias de gestação.

O relatório do Depen realizado em 2010 mostra que são cerca de 212.213 homens e 5.564 mulheres encarcerados por crimes de subtração de coisa alheia, sendo o roubo a modalidade mais praticada. Por esse tipo de crime estão presos 73.267 homens e 1.421 mulheres.[36] Ocupando o segundo lugar, ficando só atrás dos presos por tráfico de drogas, os presos por algum crime contra o patrimônio soma 52% dos presos.

Os presos por tráfico de drogas lideram com cerca de 78.735 presos homens e 12.312 mulheres. Levando em conta que a lei antidrogas (Lei 11.343/2006) não estabelece a quantidade de drogas para se tipificar alguém como usuário ou traficante, ela pode ser utilizada ao sabor do arbítrio dos policiais que realizam a abordagem, possibilitando que um simples usuário possa ser tipificado como traficante. Nesse caso, ela pode ser utilizada como um instrumento de confinamento dos indesejáveis sociais.

No caso dos crimes contra o patrimônio, observa-se, pela quantidade de presos, o quanto esse número pode ser sintomático para se constatar o quanto o sistema carcerário exerce a função de encarceramento maciço das camadas mais pobres e não integradas a sociedade de mercado no século XXI. Instrumento de confinamento em massa dos pobres e estigmatizados, o cárcere mostra-se como um dos braços mais fortes do Estado penal à brasileira.

E nesse período de espetacularização da segurança e de espetacularização da violência por parte da mídia sensacionalista, que se satisfaz em registrar em rede nacional, e ao arrepio das garantias constitucionais, o momento em que um suspeito de um crime é capturado pela polícia, a tendência para que essa prática de encarceramento em massa dos pobres e negros seja encarada como uma política explícita de Estado punitivo e repressor passa a ser vista como uma provável e vindoura política de pacificação social.

6. Eliminação do princípio da presunção de inocência e tendências a uma maior intensificação do processo de encarceramento

O Brasil ocupa hoje a quarta colocação entre os países campeões no processo de encarceramento, mostrando que as suas jaulas de terceiro mundo feitas

36. Mais informações a respeito do relatório Depen do ano de 2010 estão disponíveis em: [http://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2141521/depen-traca-perfil-dos-presos-no-brasil]. Acesso em: 04 set. 2016.

sob medida para o processo de perpetuação do racismo de Estado e de uma política de confinamento dos pobres e excluídos da lógica de mercado são de suma importância. Levando em consideração o atual estado de coisas, as tendências para uma maior intensificação desse processo de encarceramento em massa das camadas étnicas e dos pobres foram intensificadas por uma das mais ilustres e últimas decisões do Supremo Tribunal Federal.

No comemorado aniversário da Constituição Federal de 1988, a Suprema corte brasileira decide, por um placar final de 7x4, pela eliminação prática do princípio da presunção de inocência prevista na Constituição e no próprio Código de Processo Penal.[37] Com efeitos gerais e vinculantes, a decisão proferida pela corte em fase de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade sobre o art. 283 do Código de Processo Penal (que prevê que o réu só poderá ser preso após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória) proposta pelo partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da OAB, em uma tentativa de reverter o entendimento do STF quando ele julgou um *Habeas Corpus* sobre tema semelhante, permite que o réu seja encarcerado a partir da decisão proferida em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No julgamento dessa ação, um dos Ministros da Suprema corte chegou a declarar que existe *'um direito fundamental da sociedade em ver a aplicação da lei penal'* e, por isso, seria necessário interpretar contra a própria literalidade da Constituição Federal. Diante do estado de coisas perpetrado pela política de encarceramento dos pobres e negros no Brasil (lembrando que, a contar por um dos últimos levantamentos do Infopen, dois a cada três presos no Brasil são negros) as tendências da ordem punitiva à brasileira mostram-se favoráveis a probabilidade de o Brasil poder subir mais um degrau no pódio dos campeões na escalada mundial do hiperencarceramento. Essa decisão do Supremo Tribunal Federal tende a exercer uma função estrutural na olímpica guinada antipobre do atual governo federal.

O Supremo Tribunal Federal consagrou, nesta quarta-feira (5/10), que o Judiciário pode mandar prender réus antes mesmo de esperar o trânsito em julgado da condenação. O Plenário da corte definiu que, embora a Constituição Federal diga que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", um condenado já pode ser preso depois de decisão de segunda instância. O placar terminou em 7 a 4. Embora o ministro

37. Mais informações sobre em: [http://justificando.com/2016/10/05/supremo-elimina-presuncao-de-inocencia-em-decisao-que-vale-para-todo-pais/]. Acesso em: 06 out. 2016.

Dias Toffoli tenha mudado de posição para dizer que as penas só podem ser executadas depois de decisão do Superior Tribunal de Justiça, concordou com a maioria ao reconhecer que é desnecessário esperar o trânsito em julgado.[38]

A intensificação do aparelho punitivo via atuação vigorosa do STF reforça o fato de que não apenas a Constituição Federal pode ser usada com pompas retóricas a torto e a direito pelos seus Ministros, em um trabalho de construção da ordem constitucional mediante as mais arbitrárias interpretações, mas também que ele, o SFT, é parte integrante da agenda de *intensificação* de um Estado penal neoliberal à brasileira.

Tratando-se de uma decisão que contribui para fortalecer a posição funcional que o cárcere ocupa no governo de exclusão e de encarceramento maciço dos considerados pela ordem social como dejetos sociais, e para além dos tão criticados erros técnicos da decisão, o que pode ser observado é o trabalho de ratificação jurídica que a nobreza de toga à brasileira realiza recorrentemente em prol do fortalecimento do aparato punitivo.

É preciso lembrar que, em uma decisão recente, o próprio STF considerou o estado das prisões brasileiras como um exemplo de "estado de coisas inconstitucionais". E a decisão que em prática resulta na eliminação do princípio constitucional e processual da presunção de inocência, um dos mais caros princípios do ordenamento jurídico, apresenta as características de uma situação kafkiana. Nesse sentido, as tendências do atual governo apontam para um contexto onde o cárcere ocupa uma posição central no trabalho de gestão da pobreza.

Não se pode ignorar o quanto os governos de Lula e de Dilma contribuíram para a intensificação do encarceramento em massa, em 2014 o número de presos no Brasil superou 581 mil pessoas, fazendo com que o Brasil conseguisse o terceiro lugar no pódio mundial do encarceramento. Em doze anos o crescimento da população encarcerada foi de aproximadamente 620%. Neste sentido, o fato de o Brasil hoje ocupar o quarto lugar nesse pódio mundial corresponde a uma prova de que a política de administração dos pobres e indesejáveis sociais da sociedade de mercado está em um considerável processo de intensificação constante.

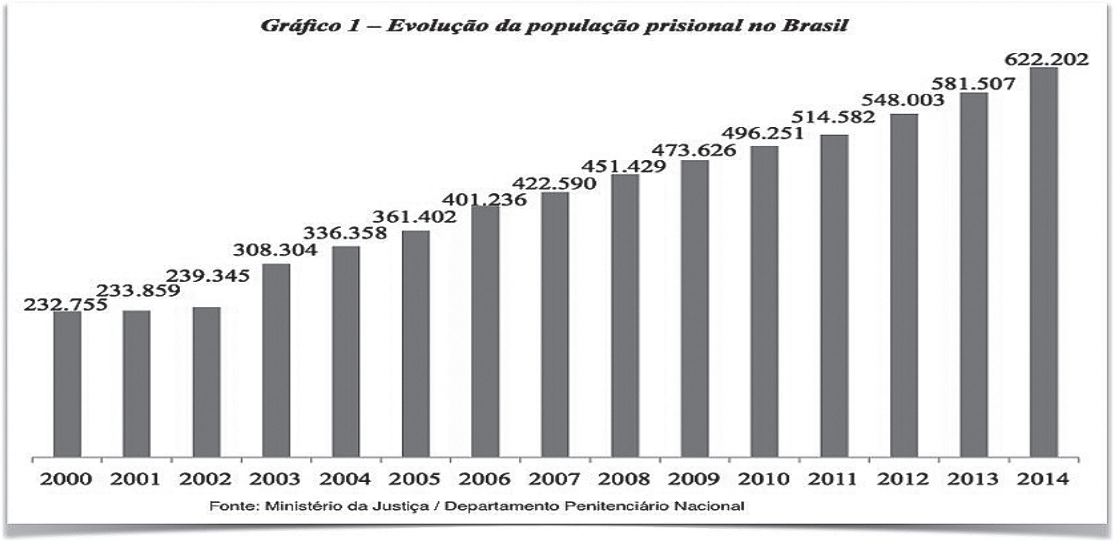
Mesmo diante de resultados positivos no que diz respeito a implementação de políticas públicas de distribuição de renda, de maiores oportunidades

38. Retirado de um texto escrito por Pedro Cenário, disponível em: [www.conjur.com.br/2016-out-05/stf-volta-autorizar-prisao-antecipada-antes-fim-processo?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook]. Acesso em: 06 out. 2016.

oferecidas aos jovens advindos das classes desfavorecidas de ingressarem no mundo acadêmico (PROUNI) de uma considerável melhora na "qualidade" de vida das classes médias, observa-se um significativo aumento da população carcerária nos governos Lula e Dilma. Se em 1990 a taxa de presos por cem mil habitantes chegava a 61.22, ela chega a 274 em 2012.

Levando em conta o período de 2000 a 2012, houve certa estabilidade no início do ano 2000, onde a população carcerária chegava aproximadamente a 232 mil presos, o crescimento foi progressivo e constante, de cerca de 8% ao ano, chegando a um somatório de 581.507 presos em junho de 2013 e de 622. 202 em 2014.

O contingente de 622.202 é superior a população do Estado de Aracajú (SE). De 2000 aos dias atuais, o contingente carcerário aumentou em quantidade de presos, chegando a cerca de 389.477 presos. Neste caso, em termos numéricos, esse número equivale ao somatório da população de Palmas (TO).



Mesmo considerando o fenômeno do encarceramento em massa no Brasil por meio de uma racionalidade prognóstica, ou seja, tentando detectar as possibilidades e os efeitos que a atual conjuntura política (o governo Temer) tende a engendrar no que concerne a política de administração da pobreza pelo cárcere, essa consideração dos efeitos significativos do crescimento da população carcerária nos governos Lula e Dilma corresponde a uma amostra do processo de progressão numérica dessa população.

A leitura, ainda que elementar, do gráfico acima pode contribuir para uma maior compreensão da posição praticamente central que o cárcere ocupa na política de contenção dos "distúrbios" sociais e da população pobre do país. Mesmo adotando uma postura mais inclinada a uma política de distribuição de propriedades pertinentes, os números tendem a indicar (mesmo com a varia-

bilidade relativa às formas diferenciadas de tratamento da criminalidade característica de cada Estado) que os governos Lula e Dilma em nada se opuseram a adoção das políticas neoliberais de encarceramento.

Levando em linha de conta o processo de intensificação da vertente neoliberal de política de encarceramento no governo Temer, onde a prisão ocupa uma posição considerável e estrutural no trabalho de gestão das camadas abandonadas pelo processo de desmonte das políticas sociais do Estado de bem estar, as condições para uma maior *intensificação* das funções do cárcere como um reduto ou depósito precarizado de indesejáveis sociais tornam-se altamente favoráveis.

Diante de um quadro onde se pretende desvincular, com a PEC 55, as exigências constitucionais dos gastos necessários com saúde, educação e com as políticas sociais por um período de vinte anos, as tendências apontam para uma maior valorização da política de encarceramento em massa. O neoliberalismo não corresponde apenas a uma forma de política econômica de contenção de gastos com políticas sociais em prol do poder econômico, mas também a uma política penal consideravelmente característica.

E o atual governo antipobre, com todos os seus direcionamentos privatizadores, acaba cumprindo os mais importantes e louvados pré-requisitos para que o Brasil consiga galgar uma posição mais elevada no pódio mundial do encarceramento em massa com uma política de contenção da população pobre e abandonada por um governo liberal-paternalista: liberal para os dominantes economicamente e paternalista e repressor para as camadas mais pobres da sociedade.

É sintomático o fato de que todas as propostas de contenção de gastos do atual governo acabem recaindo nos cortes significativos nas políticas sociais mais necessárias para a redução da pobreza e da miséria, em detrimento dos reajustes reconhecidos como escandalosos nos vencimentos dos juízes, representantes de um tipo de nobreza togada que, diferentemente da cultura Europeia, onde exerceram um importante papel no processo civilizador para a construção da *res publica*, acabam exercendo uma função praticamente parasitária no que diz respeito aos gastos públicos e manutenção de seus privilégios: o poder judiciário brasileiro é reconhecidamente um dos mais caros do mundo, com gastos expressivos aos cofres públicos de 68,4 bilhões em 2014 (1,2% do PIB), enquanto os gastos com o judiciário nos EUA não passam de 0,14% do PIB e os da Itália e Alemanha respectivamente chegam a não mais que 0,19% e 0,32% de seus PIBs.[39]

39. Mais informações sobre essa pesquisa podem ser encontradas em: [http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,o-judiciario-mais-caro-do-mundo,10000060068]. Acesso em: 14 dez. 2016.

Neste contexto, nada obsta que o cárcere ocupe cada vez mais uma posição central no que diz respeito à implementação do projeto neoliberal de governo que, sob as vestes de um discurso jurídico ratificado pelo STF, acaba viabilizando uma das mais draconianas ditaduras sobre os pobres, como diria Wacquant.

Essa decisão do STF contribui para ratificar as práticas nada inovadoras de encarceramento de presos em detrimento da consideração de suas garantias constitucionais e processuais. Nesta esteira, a suprema corte acaba cumprindo um relevante papel no processo de legitimação das prisões arbitrárias, uma verdadeira teodiceia dos defensores do senso comum penal. E como se as prisões arbitrárias que há muito são praticadas no Brasil fossem a partir de então reconhecidas juridicamente por meio da chancela do STF.

7. Considerações finais

Tendo em vista o processo de reconfiguração política pelo qual passa o Brasil, a considerar pelas mais diversas tomadas de posição dos atuais ministros inclinados à intensificação de um governo neoliberal e de desmonte das políticas sociais, as condições para a criação de um contexto onde o cárcere ocupa um papel chave no trabalho de gestão dos corpos estigmatizados, dos pobres, negros e miseráveis tornam-se cada vez mais favoráveis.

Levando em conta que a construção desse estado de coisas não se deu a partir de uma súbita e plenamente consciente decisão de um único agente que teria, por ventura, o poder de controlar todas as variáveis temporais da vida política e econômica, observou-se o quanto essa conjuntura política é tributária de uma complexa estrutura de relações de força onde os dominantes dos campos político, jurídico (como o STF, por exemplo), universitário (como Miguel Reale júnior e Janaina Paschoal, para citar apenas dois exemplos), jornalístico e econômico (a demonstrar pela forte e fervorosa atuação da Fiesp) lutaram para a realização de seus interesses transfigurados por uma ideologia de "bem comum" e por uma retórica constitucionalista, onde a Constituição Federal era evocada como um Mantra, uma palavra sagrada, em um ritual evocatório, jurídico e político e por uma indignação seletiva para a qual a mídia jornalística contribuiu e contribui para disseminar.

Diante dessa gestação de um neoliberalismo penal e repressor, que pretende congelar os investimentos constitucionais em políticas sociais necessárias pelo período de 20 anos com a PEC 241/55; que pretende investir mais em materiais bélicos para a polícia e cortar 45% dos investimentos destinados às Universidades Federais; que pretende unilateralmente flexibilizar as garantias e os direitos trabalhistas conquistados durante toda uma trajetória de lutas;

que entrega o pré-sal para as petroleiras multinacionais e que praticamente suspende um dos princípios constitucionais e processuais basilares da ordem jurídica, qual seja, o princípio da presunção de inocência, as tendências para que o Brasil consiga subir mais um degrau no pódio da escalada do hiperencarceramento mundial tornam-se cada vez mais profícuas.

O quadro que se pinta não apenas tende a ignorar mais ainda as causas sociais da criminalidade, mas também a intensificar a própria criminalidade com os prováveis cortes nos programas sociais de assistência às camadas mais pobres do Brasil, contribuindo assim para um processo de generalização da insegurança social.

Considerando que o fenômeno do encarceramento em massa corresponde a um problema consideravelmente complexo, é só com o pretexto de se mutilar o trabalho de construção do objeto e da problemática que a questão referente à insegurança subjetiva propiciada pelo processo de precarização do direito do trabalho e das garantias trabalhistas pode ser ignorado quando se trata de analisar os prováveis efeitos desencadeados por uma gestão de neoliberalismo intensificado. A questão relativa à que nível a imposição do trabalho desqualificado e mal remunerado pode ser tomada como uma das causas sociais que impulsionam os trabalhadores a procura de opções muitas vezes ilegais para ajudar na manutenção de sua família, sem se ignorar a contribuição ao fenômeno da reincidência que o processo de precarização do trabalho assalariado pode propiciar, não pode ser ignorada.

Em um fortalecimento da mão direita e no enfraquecimento da mão esquerda do Estado, as tendências para que o Brasil galgue uma posição superior ao quarto lugar na escalada mundial do encarceramento em massa dos negros, pobres e miseráveis sociais só contribui para reforçar a sua posição como um país que adota uma política onde as prisões fétidas e superlotadas de terceiro mundo acabam ganhando uma relevância funcional significativa no trabalho de confinamento dos indesejáveis sociais e excluídos da sociedade de consumo.

Através da aplicação da metodológica de análise relacional da sociologia reflexiva de Pierre Bourdieu e Loïc Wacquant, a necessária análise da produção da atual conjuntura política, institucional e jurídica levou em conta, ainda que a nível básico, a rede de relações entre os agentes dominantes dos campos político, jornalístico, jurídico e econômico no campo do poder, onde os representantes dos diversos campos lutam pelo poder de maximizar os lucros ao mesmo tempo simbólicos e econômicos no Estado.

Com isso, foi possível a realização de um esboço de um quadro de análise que levou em conta o processo de produção social e simbólico do atual go-

verno, para depois se considerar o fenômeno do encarceramento em massa como um tipo de política neoliberal de administração dos indesejáveis sociais. A consideração do perfil do atual governo foi de suma importância para se construir uma argumentação no sentido de detectar tendências prováveis no que concerne a política de encarceramento e o quanto essa política pode ser funcional para um aumento significativo da relevância da posição que o cárcere ocupa atualmente.

8. Referências

ACCARDO, Alain. A estanha ética dos jornalistas. *Le monde diplomatique Brasil*. 01 mai. 2000.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *Ofício de Sociólogo*: metodologia da pesquisa na sociologia. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

_____. *Sobre o Estado*: cursos no Collège de France. Trad.: Rosa Freire d´Aguiar. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

_____. A demissão do Estado. *A miséria do mundo*. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

_____. *Sobre a televisão*. Trad.: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BOURDIEU, Pierre e WACQUNT, Loïc. A astúcia da razão imperialista. *O mistério do ministério*. Org.: Loïc Wacquant. Trad. Paulo Cezar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DURKHEIM, Émili. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *A educação moral*. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. 2. ed. rev. São Paulo: Global, 2007.

HALIMI, Serge. *Os novos cães de guarda*. Trad.: Guilherme João de Freitas Teixeira. – Petrópolis, RJ:Vozes, 1998.

HIRSCHMAN, Albert O. *Política econômica na América latina*. Trad.: Carlos Werneck de Aguiar e Jorge Arnaldo Fortes. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura S/A, 1965.

MEAD, Lawrence. *The new politics of poverty*: the new nonworking poor in America. Nova York, Basic Books, 1992.

PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. Trad. Sérgio Millet. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SALES JÚNIOR, Ronaldo Laurentino de. *Raça e Justiça*: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo da justiça. Recife: Fundação Joaquim Nabuco. Editora Massangana, 2009.

WACQUNT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. Trad.: Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

WEBER, Max. *Sociologia das religiões*. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A atuação da sociedade civil no apoio a egressos do sistema penitenciário, de Ligia Mori Madeira – *RBCCrim* 53/277-318 (DTR\2005\177);
- Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual, de Debora Regina Pastana – *RBCCrim* 77/313-330 (DTR\2009\187);
- Etnografía, espacio y tiempo de prisión, de Pablo Andrés Vacani – *RBCCrim* 84/369-398 (DTR\2010\326); e
- O sistema prisional: um debate necessário, de Alessandra Teixeira, Fernanda Emy Matsuda, Fernando Salla e Marcos César Alvarez – *RBCCrim* 67/233-252 (DTR\2007\382).

Penal power in America: forms, functions and foundations

Poder punitivo na América: bases, formas e funções

David Garland

FBA, FRSE, FAAAS is Arthur T. Vanderbilt Professor of Law and Professor of Sociology at New York University. He is the author of several books on the history and sociology of punishment, including Punishment and Modern Society (OUP 1990), The Culture of Control (OUP 2001), and Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition (OUP 2010). His most recent book is The Welfare State: A Very Short Introduction (OUP 2016).
david.garland@nyu.edu

Autor convidado.

Área do Direito: Penal

abstract: In this lecture I discuss the exercise of penal power in contemporary America with a view to explaining its historical causes, its contemporary forms and functions, and its social foundations. I argue that the system's fundamental, universal emphasis is not degradation, retribution, racial caste-making or neo-liberal discipline but instead the imposition of penal controls and I speculate about the social and political roots of that commitment. Re-connecting penal controls with patterns of crime and violence, I highlight the deficits of social control and social capital that affect certain American institutions as well as the limited capacities and patterned dispositions of the American state.

Keywords: Penality – Political economy – Criminal violence – Social control – Social deficits – State capacity – Penal control – Mass penal control.

Resumo: Nesta palestra, discuto o exercício do poder punitivo na América contemporânea, visando explicar causas históricas, suas funções e formas contemporâneas, além das bases sociais de fundação. Meu argumento é o de que a questão principal do sistema não é a degradação, a retribuição, a castração racial ou a disciplina neoliberal, mas especulo que seja a imposição de controles penais, cujas raízes são sociais e políticas. Ao reconectar controles penais com padrões de crime e violência, ponho ênfase nas deficiências do controle social e capital social como causas que afetaram certas instituições americanas, assim como limitaram suas capacidades e disposições-padrão no estado Americano, resultando na forma de exercício do poder punitivo na América.

Palavras-chave: Penalidade – Economia política – Violência criminal – Capacidade estatal – Incapacidades sociais – Controle penal – Controle penal em massa.

How should we understand the extraordinary deployment of penal power that operates in the USA today? That is the question I will address this evening. I will approach it primarily as a research question, though it also has implications for criminal justice reform – a subject that is high on America's political agenda at the present time.

Most of the existing research on this question is historical in nature, tracing the buildup of punishment from the 1970s to 2010. And most of it focuses on America's very high rates of imprisonment or what has come to be known as 'mass incarceration.' But here I want to address comparative as well as historical questions, and to consider other forms of penal power as well as incarceration. I want to ask why America is an international outlier on virtually ever dimension of criminal punishment, and to reflect on what this might tell us about the relationship of penal power to other forms of social control and state action. The analysis I will present is necessarily schematic but I hope that a provisional and somewhat provocative outline will be of interest nevertheless.

The comparative scholarship on penal policy is still at an early stage of its development but the most promising work associates cross-national differences in punishment with differences in levels of inequality (Wilkinson and Pickett (2009); differences in welfare state regimes (Cavadino and Dignan 2005); and differences in types of political economy or 'varieties of capitalism' (Lacey 2007; Lacey and Soskice 2017).[1]

It seems to me that these macro-social analyses point us in the right direction and I will attempt to build on them in what follows. But they are primarily accounts of correlations and covariance, and each grows vague when it comes to specifying the mechanisms and processes that link the macro structures they discuss with the phenomena of crime and punishment.[2] One of the contributions I want to make here is to say a little more about these linkages – some of which become more apparent when we attend to the details of historical research on processes of penal change and social and economic transitions. And whereas each of these analyses associates penal policies with the social structural contexts in which they develop, I want also to focus on the problem-solving work that

1. Other important contributions include: Whitman (2003); Sutton (2004); Lappi Seppala (2008); Pratt and Ericksson (2013) and the essays in Reitz (2017).

2. Recent work by Lacey and Soskice has begun to address these issues.

penal systems endeavor to do, and their relationship to patterns of crime and violence.

The explanatory framework I will develop seeks *first*, to reconnect America's extraordinary use of penal power with America's distinctive levels of criminal violence and social problems;[3] *second,* to trace how these patterns of crime and punishment – and more generally the social problems and state responses characteristic of the United States – have been structured over time by distinctive forms of government and political economy; and *third,* to highlight the crucial role played by processes of informal social control – and what I will call 'social control deficits' – in linking social and economic structures with the phenomena of crime and punishment. My aim, in short, is to connect penal policy with overarching structures of political economy but also with underlying patterns of violence, crime and insecurity.

Establishing the phenomenon: America's distinctive penal system

Let me begin by specifying the thing to be explained: America's distinctive deployment of penal power. There are at least six separate dimensions on which American punishment is 'exceptional' or, as I would prefer to say, an *outlier* when viewed in a comparative perspective.[4]

(i) *Imprisonment rates:* The *per capita* imprisonment rate of America as a whole is more than eight times higher than the Western European average (Walmsley 2016). And though there is great internal variation, the mildest US states have incarceration rates that are higher than the harshest of all the Western European nations and higher than all but one of the Eastern European countries (Lappi Seppala 2008).

3. I refer here to problems of social disorganization, deviance and disadvantage manifested in elevated rates of drug addiction, untreated mental illness, homelessness, domestic violence, family breakdown, suicide, low birth weight, infant mortality, child poverty, and so on.

4. Many analysts talk of the 'exceptional' nature of American crime and punishment – see the contributions to Reitz (2107) – but as I argue in Garland (2010 and 2017) this is not the most helpful way to frame the issues. On the US as an 'Outlier Nation' see Karabel and Laurison (2011). I also avoid the common tendency to describe US penality as comparatively 'punitive' – because it seems to me that that term begs a number of questions; including the question of how patterns of punishment relate to underlying patterns of crime. US penal practice is certainly degrading and harsh but I will suggest that these are less the effects of a harsh culture (Whitman 2003) and more the outcome of a demand for maximum penal control in a context of minimalist public funding.

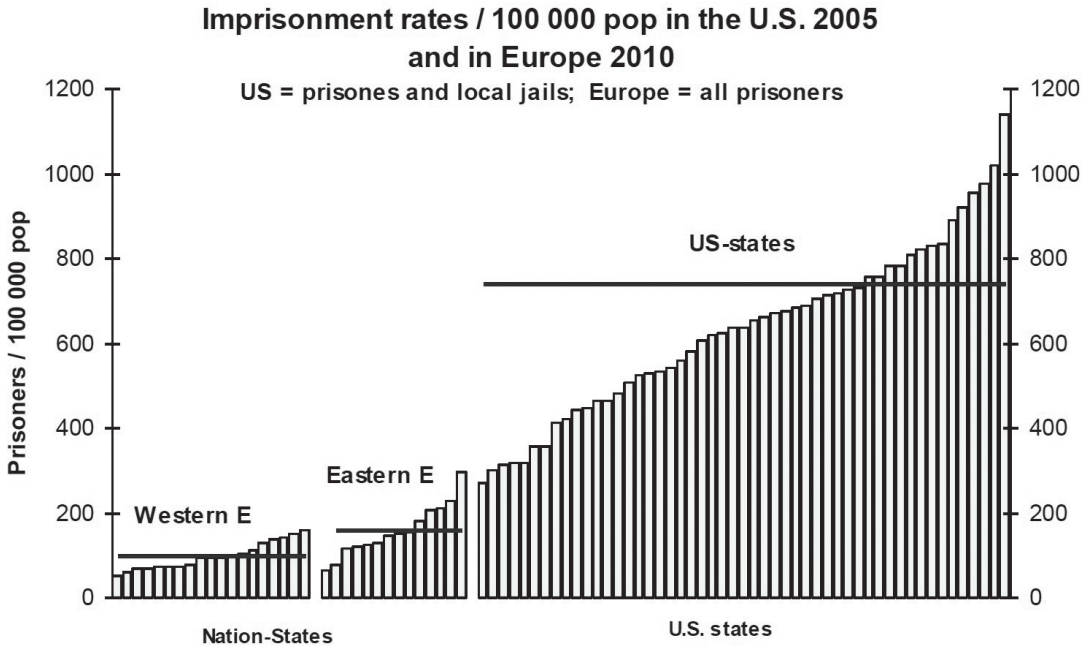
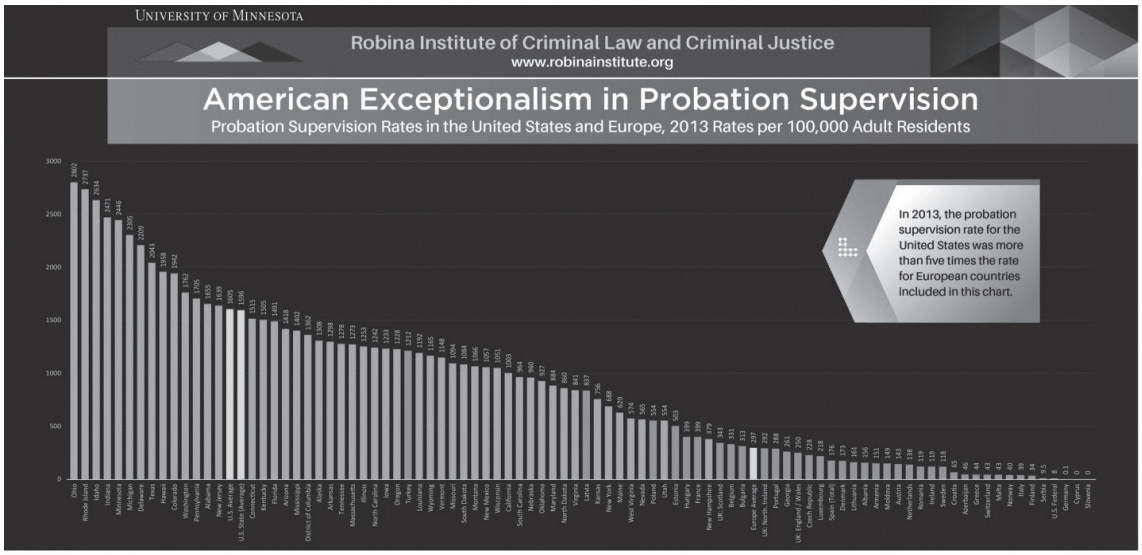


Diagram by Tappi Lappi Seppala

(ii) *Penal supervision:* America's use of correctional supervision is five times greater than the European average. It is also much more conditional and control-oriented. Probation and parole in the US today are not primarily forms of social assistance or social work: they are modes of constraint and control (Simon 1999; Rhine and Taxman 2017; Van Zyl Smit and Corda 2017)



– Diagram by Robina Institute

(iii) *Monetary penalties* – criminal fines and reparations – are used much less frequently in the US than elsewhere in the western world (O'Malley 2009). Fines are deployed against corporations and traffic violators but very rarely against

individual felons[5] and even misdemeanors are mostly dealt with by jail and probation rather than fines (Kohler Hausmann 2014, 2105). Moreover, when fines are used by criminal courts today, they are mostly 'add-on sanctions', tagged onto a sentence of probation or jail – rather than stand-alone punishments.

(iv) *Extreme penalties:* Thirty-one American states and the federal government still have the death penalty on their penal codes; there are currently some 3,000 death-sentenced offenders on death row; and ten or twelve states still carry out executions with some regularity. By contrast, no European nation any longer retains the death penalty (Garland 2010). More importantly – and again, quite distinctively, all 50 states and the federal government now sentence offenders to imprisonment for terms of Life Without Possibility of Parole (LWOP) – another extreme sentence that is not permitted to nations that are signatories of the European Convention on Human Rights. Currently there are approximately 50,000 inmates sentenced to spend the whole of their natural lives in custody with no prospect of early release.

(v) *Sentence lengths* and *time served in prison* are much longer in the USA than elsewhere. Lappi Sepala (2008, 2017) estimates that sentences of American courts are, on average, between 3 and 4 times longer than in Western Europe. And the likelihood of a custodial sentence following a criminal conviction is very much higher in the US than elsewhere (Subramanian and Shames 2013).

(vi) Finally, there is the matter of *collateral consequences* – by which I mean the imposition of disqualifications, exclusions, banishment, deportation, and public criminal records as a consequence of a criminal conviction. These penal consequences are much more extensive and much more enduring in the USA than elsewhere (Jacobs 2015; Demleitner 2017). There are thousands of such provisions,[6] many of them imposed by local administrative laws and regulations (Travis 2002; Mauer and Chesney-Lind 2002). And though recent scholarship and advocacy has begun to bring them to public attention (Manza and Uggens 2006; Alexander 2010), most of these measures are low-visibility restrictions, largely unknown to the general public.

These then, are six dimensions along which American penality currently[7] exhibits a distinctive, outlier status when compared with other western

5. In 2004 less than 1% of federal felony cases resulted in a fine (O'Malley 2009).
6. According to the American Bar Association's National Inventory, there are 44,500 statutes in the US that impose collateral consequences.
7. An absence of reliable data prevents us from knowing whether the US was an outlier in these respects over the long-term. And we should be skeptical of the standard

nations.[8] You will notice that I do not include in this list the over-representation of African-Americans and people of color in the correctional population – a feature of US penality that is of great moral and political significance and that many regard as a defining characteristic of the system (Alexander 2009; Cole 1999; Loury 2008). I choose to omit this because it seems to me that this characteristic is neither distinctive to the USA nor exceptional in its extent. Other nations also exhibit massive ethnic and racial disparities in punishment. In Australia, for example, Aborigines are 2.5% of the general population and 27% of prison inmates.[9] Similarly, there is evidence that the incarceration rates for minorities in Canada[10] and in England and Wales,[11] exceed that of the US.[12] Moreover, the meaning of 'over-representation' in this context deserves more careful consideration since the most appropriate denominator is not the number of people in the general population – the figure conventionally used – but rather the number of offenders in each demographic group (Pease 1994).

American penality as a historical individual

There is, then, good reason to believe that the USA currently deploys a quite distinctive apparatus of comparatively severe punishments; a penality that is,

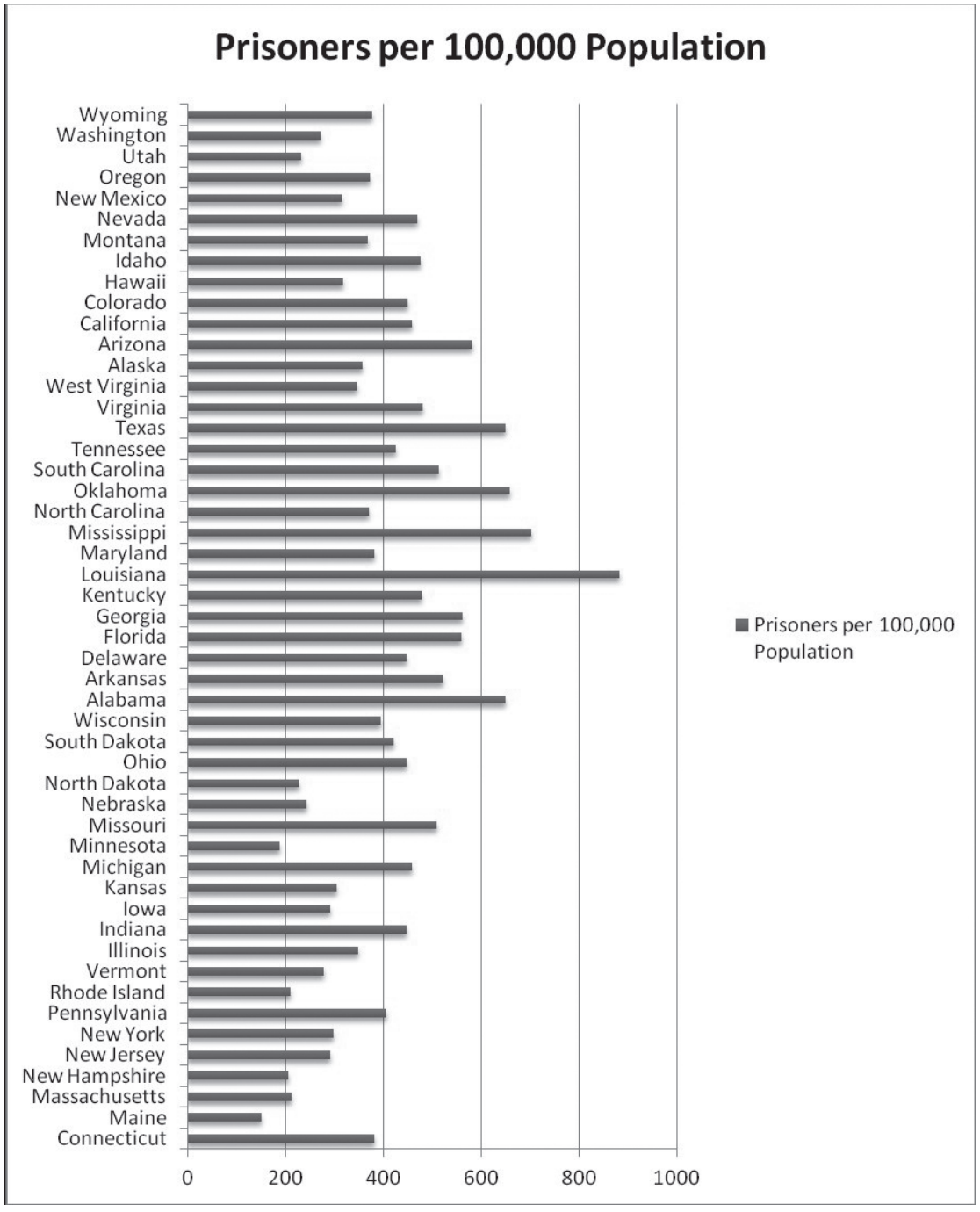
---

claim that, before 1975, US incarceration rates used to be close to the Western norm, running at about 160 per 100,000 since that number excludes the jail population and neglects to mention for much of the 20th century Southern states used modes of punishment – chain gangs, prison farms, convict leasing – that were not enumerated as imprisonment.

8. There are other contrasts that go in the same direction. American prison regimes appear to be harsher than elsewhere in the developed world, with high levels of violence and frequent resort to force and isolation (Whitman (2003). Rehabilitation, education and treatment seem to be more available in other nations than in the US (Subramanian and Shames 2013). And the emerging practice of imposing administrative costs and 'pay-to-stay' charges on offenders and their families is more extensive in the US than elsewhere (Gottschalk 2015).
9. Disponível em: [http://copylinemagazine.com/2015/01/28/race-justice-news-racial-disparities-in-uk-and-australian-prisons-exceeds-those-in-u-s/].
10. Disponível em: [www.sentencingproject.org/news/race-justice-news-native-americans-in-the-justice-system/].
11. Disponível em: [www.theguardian.com/society/2010/oct/11/black-prison-population-increase-england].
12. France does not permit ethnic or racial classification of prison inmates but ethnographers report a massive over-representation in prison of migrants and citizens of North African descent (Fassin 2016).

as compared to other nations, an outlier on several important dimensions. How might we explain these characteristics?

One preliminary problem for this inquiry is that there is no such thing as 'America' when it comes to the deployment of penal power (Garland 2010; Zimring 2017). Criminal punishments are separately imposed by the 50 states, the federal government, and by thousands of local jurisdictions – and there is great variation across these different entities.



State imprisonment rates

So how can one analyze the overall pattern? How can we talk sensibly about American penality while acknowledging its internally differentiated character?

I suggest we deal with this issue by conceptualizing contemporary American punishment as a 'historical individual' in the sense that Max Weber gave to the term. Weber defines a historical individual – modern capitalism, for example – as 'a complex of elements associated in historical reality which we unite into a conceptual whole from the standpoint of their cultural significance' (Weber 2002; 2011). Adopting Weber's approach allows us to talk about American penality as a single, culturally meaningful complex, thereby uniting for analytical purposes an entity that we acknowledge to be legally and geographically differentiated. In contemporary culture and politics, America's penal system has become a meaningful topic of discussion and debate – its exists as a significant cultural object – and it falls to social scientists to analyze that object and explain its conditions of existence.

Having invoked the spirit of Max Weber, I want also to recall some of the methodological lessons that he taught: lessons that are especially pertinent to our topic but are sometimes forgotten by commentators and critics.

First: Distinguish originating causes from subsequent functioning. Explanations of historical emergence are not the same as explanations of contemporary reproduction. The meaning and effects of any practice or institution tend to change over time so we should resist the temptation to project today's understandings back onto the past. That mass incarceration has come to operate as a mode of racial stratification (Western 2003; Alexander 2009) or of governing neoliberal insecurity (Wacquant 2009) does not mean that it was developed with these purposes in mind. Policy changes regularly generate consequences that were not originally anticipated. If we want to assert, for example, that the racial disparities associated with the War on Drugs were anticipated and intended by the architects of that policy, we will need to adduce the relevant historical evidence – one cannot simply point to the effects and infer the intention.

We should also observe what happens when unanticipated consequences *do* become apparent. Consequences that are unintended at Time 1 may become apparent at Time 2; at which point a choice to continue the practice is, in effect, a choice to embrace these consequences. So if an inquiry into the emergence of mass incarceration produces a story of adverse unintended consequences, we should proceed to ask 'why was this phenomenon tolerated once these unintended effects became apparent?'

Second: Avoid retrospective projection. There was no plan to build mass incarceration; no campaign to mount a decades-long march through the

state and federal legislatures.[13] Multiple, diverse processes, dispersed in time and space, produced the differentiated assemblage of penal practices and institutions that currently exists. The supposed unity and coherence of 'mass incarceration' is largely a function of having given it a collective name and viewing it as a single problem.

Third: Specify mechanisms! A full explanation must describe how empirically identifiable actors and actions gave rise to causal processes and produced patterned outcomes. If our claim is that a particular level of inequality, or welfare state regime, or variety of capitalism gives rise to a specific set of criminal justice outcomes, we have to capture that process at the level of individual action and organizational process.

Fourth: Interpretive accounts must be adequate the level of meaning. Analyses of penal change or of penal functioning should provide an account of the meanings that the key actors attached to their actions, bearing in mind that the same event or undertaking may have quite different meanings to the various actors involved. An analysis that claims that mass incarceration is a functional mode of governing neoliberal insecurity (Wacquant 2009), or of recreating racial subordination (Alexander 2010), must show the forms of meaningful action that produce these outcomes and should account for any discrepancy between what was meant, what was done, and what outcomes occurred.

Fifth: Distinguish functional uses from dysfunctional effects. An institution that is useful for some groups may be damaging for others; and practices producing net benefits in the short-term may produce net costs at a later point (c/f Merton 1996). Functional explanations of mass incarceration (e.g. Wacquant 2009) should specify how that institution does and does not serve the interests of definite social groups over specified time periods and ought to provide supporting evidence of these effects.

Sixth: Strive to adopt a dispassionate, value-neutral approach. The question of punishment is highly salient in American politics today and its value-laden character makes it all the more difficult to avoid biased premises and partisan interpretations. Committed scholarship that deals with politically charged subject-matter may be inclined to overlook inconvenient facts and draw back

13. It is true that there were frequently campaigns to persuade state legislatures across the nation to adopt specific policies – e.g. victim rights, or three strikes laws – and organizations such as the American Legislative Exchange Counsel played a key role in this. My point is that there was no overall campaign linking all the reforms of the thirty year, nation-wide, transformation that produced the present.

from unwelcome conclusions, with the result that it fails to reflect the moral and political complexity of the phenomenon in question.

With these considerations in mind, we can embark on our analysis, beginning with a descriptive account then proceeding to explanation.

The new imperative: penal control

In setting out our descriptive account, a strategic place to start is with a focus on differences and commonalities. As I noted above, American penality is a complex assemblage of laws, policies and practices that has emerged, piecemeal, over the last 40 years. Far from being the realization of some national plan, it is the cumulative result of multiple contributing causes; operating at the local, state and federal levels; prompted by different events and considerations; involving diverse political actors and coalitions; and enacted in thousands of laws, policies, and enforcement practices.[14] But despite this multiplicity and variation, it is a remarkable fact that for 40 consecutive years, all 50 states and the Federal government have moved more or less continuously in the same expansionist direction (Zimring 2010; Wagner 2014). And, even more remarkably, I will suggest, there is a common thread that runs throughout this vast range of historical moments, political contexts, and penal laws – a fundamental principle that links together these diverse reforms and provides the operational logic that underpins the whole penal apparatus in its day-to-day routines. This common principle is not something vague and generic such as 'law and order', 'harsh justice', or 'tough on crime' but instead a specific form of penal power that I will call 'penal control.'

Criminal punishment comes in several distinct forms, as the ideal type classification set out in Figure 4 illustrates.[15] Penal afflictions, penal levies, penal controls, and penal assistance are distinct forms of punishment, each of them commonly found in penal history and still in widespread use today.[16] What is striking is that, in recent decades, American criminal justice has come

14. I draw here on the 'new generation' sociological scholarship that focuses on state-level penal history and emphasizes this variation and contingency: for an excellent overview, see Schoenfeld and Campbell (2013).

15. Specific penal sanctions may combine one or more of these modal characteristics: e.g. a criminal record or a branding can function as an afflictive stigma as well as an incapacitating control; a probation or custodial order may provide assistance as well as control, and so on.

16. Afflictive forms of punishment have declined in the modern western world, though they were a core feature of pre-modern punishment and are still common in many parts of the world. (Geltner 2016; Garland 2010).

to rely overwhelmingly on only one of them – punishment as penal control – in contrast to the contemporary penal systems of other western nations where penal levies and penal assistance are much more prominent.

Forms of Punishment

Penal Afflictions	Capital punishments; corporal punishments; maiming; public shaming; stigmatizing, etc.
Penal Levies	Fines; deductions; *prelevements;* restitution; compensation; damages, forfeiture; community service; public works, etc.
Penal Controls	Imprisonment; confinement; supervision; exclusion; banishment; incapacitation; disqualification, etc.
Penal Assistance	Correctional treatment; restorative work; mediation; drug therapy; remedial education; counseling; job training; etc

Penal control is, I believe, the fundamental principle and basic imperative that runs throughout this whole historical period and across this vast institutional landscape.[17] If we review the list of distinctive features I set out above, five of them describe how American criminal justice imposes more extensive forms of control (extreme penalties, frequency and length of prison confinement, frequency and length of correctional supervision, extent and duration of collateral consequences, etc.) while the sixth concerns America's reluctance to use monetary penalties – penal levies that, whatever their other advantages, and however much they are utilized elsewhere, impose little in the way of penal control.[18]

17. The degrading, cheap-and-mean aspects of American penal institutions are, I believe, a secondary characteristic – the result of an under-developed, under-funded penal state: of reluctant tax-payers who resist government spending and seek to impose control on the cheap.

18. The death penalty is typically enacted and imposed in America today as an expressive, retributive gesture and a symbol of tough-on-crime politics (Garland 2010). But it delivers the ultimate form of penal control – even when, as is usually the case, a death sentence is commuted to a sentence of life imprisonment without parole. Collateral consequences are mostly forms of exclusion, restriction and incapacitation. Disenfranchisement is an important exception, but it dates from an earlier time – and the current trend is for these political disabilities to be repealed. Welfare benefit ineligibilities are a mixed case: exclusion from public housing is framed as public

The leading characteristic of the American penal landscape today is not harshness, or racism, or neoliberalism (Whitman 2003; Alexander 2009; Wacquant 2009). Its basic imperative is the imposition of penal control – an imperative that is now embodied in penal codes, in the culture of enforcement, and in the legal provisions (such as mandatory penalties and 'truth-in-sentencing legislation) that limit the discretion of penal actors and obliges them to impose effective and long-lasting penal controls on criminal offenders.[19] And if we focus on this fundamental principle we will be able to glimpse some important affinities (another Weberian concept) that link America's distinctive penality with two distinctive features of the American state and American society – a linkage that will, in turn, point us to the underlying causal process driving the recent development of American penality.

The first of these features is the weakness of social organization, social integration and informal social control that affects so many of America's cities and above all its poor communities of color.[20] These structural weaknesses – I will term them 'social deficits' – have been produced over time by the operation of relatively untrammeled market forces; overlaid by the continuing legacies of racial division, disadvantage and segregation (Kerner Commission 1968/2016; Krivo et al 2009; Omi and Winant 2014); and reproduced by economic and social disinvestment – much of which was a direct consequence of government policies (Wilson 2011). Social deficits are the result of processes of cultural adaptation, accommodation, and coping that serve as intermediaries linking structural circumstances with patterned behavioral outcomes such as high rates of criminal violence. (W.J. Wilson 1997, 2011, 2012; Sampson 2013; Sharkey 2013) They are the structural conditions that give rise, over time, to collective behaviors and ultimately, to high rates of criminal violence, social problems, and other forms of social dislocation.[21]

---

safety for other residents but of course there are elements of cost-saving punishment and deterrence here too. The failure to publicize most of these collateral consequences suggests that deterrence is not their main aim.

19. Public suspicion and distrust extends beyond offenders to include the soft-on-crime officials who might turn them loose or fail to lock them up. As I note below, the sentencing revolution was as much about controlling judges and parole boards as it was about controlling criminals.

20. Social deficits in the USA are by no means restricted to urban communities and minority groups. Most people below the poverty line live in rural areas, and there are more poor whites than blacks or Hispanics. But segregated concentrations of poverty and disadvantage multiply the detrimental effects of poverty and exclusion and generate higher levels of disorder and disorganization.

21. An important corollary of these social deficits and dislocations are low levels of trust. America's emphasis on penal control expresses an underlying distrust of others, above

The second characteristic associated with the extensive use of penal control is the comparatively limited control capacities and dispositions of the American state. The American state has long been distinctive in its relative emphasis on market-freedoms rather than social protections – an orientation that distinguishes it from comparable states elsewhere and has had the effect of limiting its capacity (and its disposition) to deal with problems of social disorganization other than by penal means.[22] When American state actors – at federal, state or local level – decide to address social problems (such as drug abuse, criminal violence, homelessness or mental illness) they have fewer positive, effective means at their disposal than do nations with more developed and more extensive social states.[23] The result is that American criminal justice is frequently charged with tasks – such as care and control of the mentally ill, the drug addicted, and the homeless – that other nations allocate to social service agencies. And on those occasions where non-penal approaches have been tried – e.g. public health approaches to drug abuse in New York in the early 1960s or social welfare approaches to crime control during the federal 'war on poverty'– these initiatives have foundered for lack of experience, support and resources (Fortner 2015; Kohler-Hausmann 2015; Hinton 2016). Before long they were judged to have been ill conceived failures and political opinion quickly lined up behind more customary penal approaches.

Sentencing reform and the build-up of penal control

If we review the historical processes that produced today's penal apparatus, we observe control issues continually taking prominence and shaping the direction of penal change.[24] Of course the historical record is by no means

all, anyone convicted of a criminal offence. But it also expresses the public's distrust of criminal justice professionals who are perceived as liable to release dangerous offenders rather than protect the public. Distrust of others and distrust of government are features of America's low levels of solidarity (LaFree 1998; Karstedt and LaFree 2006).

22. America's welfare state regime can be classified as a market-protecting liberal regime and is thus grouped together with other such regimes such as Australia, Canada and New Zealand. But within that classification, the US is on most measures, at the extreme end of the distribution. On the distinctive characteristics of the US state and its penal power, see Garland 2010 and 2013.

23. This is not to deny that there is a plethora of local programs and initiatives in most American jurisdictions. The point is that the comparative weakness of the American welfare state's social provision for lower income groups ensures government exerts less positive, pro-social influence over individuals, families and communities.

24. That increased penal control is the recurring outcome of so many different political processes in so many different settings strongly suggests that it is a functional response to a generalized problem. For the classic version of this argument, see

univocal, and there is considerable disagreement about why American punishments became so much more severe after 1975. But there is very little disagreement about *how* this happened, or about the *proximate* causes that brought the current system into existence (Garland 2013). These proximate causes were: (i) changes in sentencing law and practice; (ii) changes in back-end 'resentencing' – i.e. parole, remission and pardons; and (iii) changes in prosecution practice (Tonry 2016; Pfaff 2017). The following pages describe how these legal changes emerged and how, over time and in a variety of ways, they expressed an overweening concern with public safety and a singular commitment to penal control as the appropriate response.

Phase 1: Sentencing reform[25]

The long-term upwards movement of America's prison and jail populations began in the 1970s with a Sentencing Reform movement that, in retrospect, can be seen as the first phase in a thirty-year, multi-phase sentencing law revolution. Prior to 1975, most states (and the Federal system) adopted an 'indeterminate sentencing' model, the chief aim of which was to individualize the treatment of offenders, rehabilitating where possible and incapacitating where necessary. The sentence imposed by the court was a provisional, indeterminate one stipulating an open-ended term of custody (e.g. 'one year to life') to be served in a state penitentiary (or a 'correctional institution' as prisons came to be known). A Parole Board would later recalibrate the court's sentence in light of the offender's risk profile and response to treatment – with the consequence that most offenders were released early after serving only a fraction of their sentences. 'Good time' laws allowed additional reductions as rewards for compliant behavior (Jacobs 1992).

These arrangements eventually attracted widespread criticism. Indeterminate sentencing robbed punishments of certainty and reduced their deterrent value; discretionary release opened the way to arbitrariness; and 'individuation' was a recipe for unfairness and inequality. When research suggested that correctional treatment did little to reduce recidivism, the writing was on the wall (Garland 2001; 2016).

The sentencing reform movement – and the sentencing law reforms passed between 1975 and 1984 – was a reaction to these problems. Its chief aim was to establish standards that would constrain discretion, minimize disparities,

Karl Polanyi's account of the re-assertion of social protections in the laissez-faire era (Polanyi 1944).

25. Some of the text in this section draws on Garland (2016).

and subject sentencing powers to legal regulation. The new ideal was the 'determinate' sentences, proportionate to the offence, not tailored to the offender. Many states (and the federal government) abolished parole, enacted sentencing guidelines, and established sentencing commissions to oversee their new systems.

The legislative activity of the 1970s and early 1980s transformed the politics of sentencing. Instead of being administered by experts behind the scenes, questions of sentencing now became political questions, discussed in newspaper editorials and debated in legislatures. To the on-looking public, the revelation that most felons were released much earlier than the sentence length announced by the court appeared less as a sensible way of motivating rehabilitation and more as a scandalous leniency. In a political climate increasingly dominated by 'law and order', the liberal aims that initiated the reform movement gave way to more conservative goals. Tough-on-crime conservatives also demanded an end to sentencing discretion, not because they worried about discrimination but because they distrusted criminal justice personnel and wanted to prevent them jeopardizing public safety by releasing dangerous felons. The legislative drive, from this point onwards, was not to enhance sentencing equity but instead to mandate penalties that would protect the public. Such was the political concern to guarantee effective penal control that it soon overcame the judicial opposition to mandatory sentencing and dissolved the discretionary powers of penal officials.

American sentencing turned on its axis. By the 1960s, indeterminate sentencing had been more firmly established in the US than anywhere else (Pifferi 2016) and American courts imposed very lengthy sentences that were altogether unknown in other nations – the idea being to make a deterrent show of harshness, safe in the knowledge that the court's sentence would later be reduced by parole and good time. Thirty years later, very lengthy sentences were still being imposed, but now they meant what they said. As Tonry (2016) observes, the old practice of announcing high – but in effect, meaningless – maximum sentences helps explain why US prison terms are now so much longer than those imposed elsewhere.

Phase 2: The War on Drugs

The 'War on Drugs' and its impact is one of the most discussed and least understood issues in current debates about the build-up of American penality. The phrase itself (which dates from remarks by President Nixon in the early 1970s – see Hinton 2016) refers to the nation-wide movement to criminalize the possession and sale of banned substances, imposing harsh, often mandatory penalties – such as New York State's Rockefeller Drug Law of

1973 or the federal Anti-Drug Abuse laws of 1984, 1986, and 1988 – backed up by vigorous enforcement at the local level.

Many commentators regard this wave of legislation as the primary cause of mass incarceration and its racial consequences, pointing to the fact that a majority of federal prisoners are serving time for drug offences, and to the marked racial disparities that characterize drug law enforcement (Alexander 2009; Hinton 2016). But while critics are right to deplore the drug war's detrimental, racialized effects it is important to observe that the policy aims originally motivating these efforts were rather more complex and, for my purposes, rather more revealing.

The Rockefeller Drug Laws, to take an important example, emerged following a series of failed efforts to deal with the crime and disorder generated by widespread heroin use in neighborhoods like Harlem in New York City (Fortner 2015; Kohler-Hausmann 2015). In response to community demands for action to alleviate these problems, New York authorities initially put in place a public health, penal-welfare approach, providing non-penal treatment to addicts and reserving criminal penalties for 'pushers'. When these efforts – which were under-resourced and poorly implemented – did little to reduce the problem, Governor Nelson Rockefeller shifted to a markedly penal approach, enacting harsh mandatory penalties for possession as well as for sale. Rockefeller's decision was no doubt shaped by his presidential ambitions and his wish to be seen as a 'law and order' conservative. But it is striking that his tough approach attracted vocal support from African American community leaders (Fortner 2016) – just as the Federal Anti-Drug Abuse Acts of the mid-1980s would garner strong support from the Congressional Black Caucus (Forman f.c.). Whatever its subsequent history, the War on Drugs was initially viewed by some of its proponents as a necessary, good faith effort to relieve poor urban communities of the blight of street drugs and the neighborhood crime and violence associated with them.[26]

As a crime-control tactic, this focus on drug offences offered several advantages. To prosecute crimes of violence, the authorities must typically rely on the willingness of witnesses to come forward and a showing of criminal intent on the part of the accused – both of which can be problematic. By

26. Miller (2016) and Forman (f.c.) point out that community activists generally called for an 'all of the above' approach to the drug problems in their neighborhoods – favouring social and public health remedies as well as law enforcement ones. But when the former failed to materialize, many they lent their support to increased policing and penal control.

contrast, the laws prohibiting drug possession and sale created an easier offence to prove and one that could be proactively enforced by police stops or 'buy and bust' methods.[27] These new laws thus provided a means of apprehending and convicting violent offenders, gang leaders, organized criminals and 'drug czars' – with a penalty scale that was calibrated accordingly. For at least some of its supporters – above all for prosecutors and police – the War on Drugs was a proxy war, directed not at recreational drug users but at violent criminals (Stuntz 2013; Lynch 2016).

An additional motivation – perhaps the most significant one in the long-term – derived from the fact that a focus on drug control provided the federal government with a plausible basis on which to become involved in crime control, which had become a problem of urgent concern to large sectors of American voters. Historically, criminal justice had been a matter for state and local government and the US Constitution placed strict limits on the extent to which federal authorities could involve themselves in the business of crime-control. But when crime grew in political salience, national politicians looked for ways to involve themselves more actively and thereby reap some of the political rewards of responding to public concerns (Gottschalk 2006; Stuntz 2013, Hinton 2016). This involvement initially took the form of establishing federal agencies such as the LEAA to co-ordinate or fund local law enforcement. But the criminalization of drugs opened up a more direct form of federal involvement since illegal drugs could be deemed a form of 'interstate commerce' – a domain over which the federal government did have jurisdiction. Waging a war on drugs was, for the federal government, a means of circumventing constitutional limitations, expanding its law enforcement apparatus (Hinton 2016), and opening up a national-level politics of law and order.

From the 1980s on, Congress passed anti-drug abuse laws and federal prosecutors, federal courts and federal penitentiaries enforced them with great vigor. But ultimately the War on Drugs would mostly be fought by local police and county prosecutors, so federal authorities took steps to incentivize action at this level, providing generous subsidies for local drug-law enforcement and enacting forfeiture legislation that allowed local law enforcement to retain the proceeds of drug crime investigations.[28] Over time, these incentives would

27. See Dubber (2005) on possession offences as a means of relaxing evidentiary burdens for the prosecution.

28. The 1984 Comprehensive Crime Control Act permitted local law enforcement to seize as much as 90% of cash and property from accused drug dealers (Hinton 2016:312).

produce a massive over-reach of enforcement. A drug war supposedly aimed at serious violent offenders eventually swept up masses of petty offenders and low-level street dealers and sentenced them to prison terms that bore little relation to their culpability or to any threat they posed to the public (Tonry 2016; Hinton 2016; Lynch 2016).

Phase 3: The War on Crime

The most notorious phase of recent sentencing history is the 'law and order' period that ran from the mid-1980s to the mid-1990s, with the US Congress encouraging, subsidizing, and emulating the states in the pursuit of 'tough on crime' policies (Garland 2001). These policies aimed to ensure public safety, express public anger, and satisfy victims by increasing the certainty and severity of penalties. The lesson of Willie Horton in the 1988 presidential race (Anderson 1995) had been well-learned: henceforth there were to be no more dangerous offenders let loose on the public because of furloughs, paroles, or pardons; and no more politicians seen as soft on crime.

To secure these goals, legislators took total charge of punishment, stipulating in advance the precise penalty to be imposed; depriving judges, parole boards and prison officials of sentencing discretion; and empowering hard-charging prosecutors who could be relied upon to be aggressive in locking-up 'bad guys' (Lynch 2016). In a flurry of legislative activity, states across the nation passed mandatory minimum sentences (particularly for drug offences, sex crime, and gun crime); Three-Strikes laws (which could send third-time felons to prison for life); Truth-in-Sentencing laws (which gave the states federal subsidies for prisons in return for a guarantee that state prisoners would not be released early); and Life Without Parole sentences (Tonry 2016). Tight legal controls were thus imposed upon sentencers and penal officials mandating them to impose extensive penal controls on offenders and inmates.

In this context, the working practices of probation and parole offices were transformed, with a new emphasis on risk management, revocation, and the re-imprisonment of supervisees who failed to meet the conditions of their licenses.[29] By 2000, 34% of all prison admissions resulted from parole revocations rather than new crimes. In some states the figure was higher than 50%. Correctional supervision had transformed itself from a form of social assistance to a mode of penal control.

29. As Simon (1999) points out – in an analysis that connects penal policy with the wider political economy – the difficulty of securing employment or housing for ex-felons in the wake of deindustrialization and reduced social support created insurmountable problems for a parole system dedicated to assistance and resettlement.

Meanwhile, prosecutors became the most powerful actors in the system, and many used the leverage provided by mandatory sentences and sentence enhancements to pile on charges, obtain guilty pleas, and elicit information about other offenders and offences (Lynch 2016; Pfaff 2016). In the 1970s, approximately 66% of cases resulted in a plea bargain. By the 1990s the figure was more than 95% (Wright 2012). Without this mass production of guilty pleas – and the effective end of due process and trial by jury that it entailed – mass incarceration would not be sustainable.

In this recalibrated system, the cumulative effect of prior convictions took on a new meaning. Because a subsequent offence could result in a prison sentence that was 2 or 3 times longer than the sentence for the first offence, prior convictions operated as multipliers. And given the number of people who pass through the system, and their high rates of recidivism, criminal justice has become a self-sustaining growth machine.

The eventual impact of these laws – which would continue to authorize draconian sentences long after crime and violence rates steeply declined[30] – was to double the size of an already swollen prison population and to project this population far into the future. As for individual offenders, the new sentencing norms meant that vast numbers of people were sentenced to terms of confinement that were measured not in months and years but in 'decades and lifetimes' (Tonry 2016).

Instead of adjudicating the blame-worthiness of individuals and punishing them accordingly, the new system was designed to sequester and incapacitate masses of offenders for lengthy periods of time. Over time, the principle of proportionality disappeared – particularly in respect of drug offences (now punished as severely as violent crime) and criminal history enhancements (which increased an offender's sentence by multiples of 3 or 4). So did any concern with parsimony or the liberty interests of convicted offenders (Tonry 2016). America's penal system became profoundly illiberal and unequal. Convicted offenders came to be seen as too risky to circulate in public and altogether undeserving of 8th Amendment protections (Garland 2001). America's system of criminal justice became a system of criminal control.

Today, after two decades of declining rates of crime and violence, it is difficult to appreciate the climate of opinion that produced draconian measures such as the Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994 – and

30. The post-1990 pattern of crime rate declines coinciding with prison rate increases is often presented as evidence that the two are unconnected. But this interpretation ignores the effect of time lags and stored-up consequences.

politicians associated with these laws are now being made to pay a price. But it is important to recall, that for all the populism, racism and opportunism of certain political officials, homicide levels and public concern about violent crime were, in these years, at an all-time high (Enns 2016).[31] Even a system as illiberal, unequal, and oppressively racialized as American criminal justice was not entirely devoid of good-faith, even liberal, community-safety motivations as it emerged over time. Over the forty years during which American sentencing was caught up in a permanent revolution, a multiplicity of separate projects, plans, and purposes unfolded, with the conservative politics of the war on crime overlaying the liberal politics of sentencing reform and the imperative of penal control eventually coming to dominate throughout. The system that exists today is thus the result of complex interactions rather than the realization of an overall plan or a single set of motivations. But, for all this dispersion and conflict, an emergent principle has continually asserted itself: the imperative of penal control.

Social and political causes

These shifts in law, policy and practice – each of them increasing the extent, the intensity, and the certainty of penal control – were the proximate causes that together created the penal system that exists today.[32] But what were the broader forces that moved law and policy in this direction? And why did this diversity of causal processes give rise to the monotonous demand for more penal control? In the remainder of this lecture, I discuss four theories of historical change – each of which offers a different causal narrative for understanding American penality and the forces that brought it about.[33] Building on these

31. As Kleiman (2016) observes, in 1994, the nation's homicide figures topped 23,000 for the fourth year in a row, and no one could know that this number was about to decline and to keep on decreasing for the next 20 years. Today the annual number of homicides is around 14,000.

32. In the years after 1980, other western nations also experienced increased crime, disruptive social change, economic insecurity and neoliberal politics. Many became more punitive, more restrictive, decreasing welfare and increasing prison. None matched the extent or intensity of American penality (Walmsley 2016; Lappi Seppala 2008; Tonry 2009).

33. Despite differing emphases, these four accounts overlap at many points, with each pointing to some or all of the following: a rightward shift in the American electorate, a backlash against civil rights, rising public concern about street crime and disorder, the fusion of crime and race issues forged by the Republican Party's southern strategy, the rise of 'law-and-order' politics, and the mobilization of cross-party support for tough-on-crime measures.

accounts – and developing significant points of disagreement – I conclude by sketching an alternative framework for the study of American penality.

(i) Mass incarceration as racial subordination

The most provocative and widely read account of mass incarceration is *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness* (2010) by legal scholar and civil rights activist Michelle Alexander. Alexander argues that mass incarceration, together with the disqualifications imposed on felons, amounts to a new racial caste system that consigns poor Black men to a second-class citizenship, barring them from government housing, welfare benefits and political participation, permitting their discriminatory treatment in employment, and ensuring that masses of them will cycle in and out of prison.

According to Alexander this system emerged in the wake of the civil rights movement as a means of restoring Blacks to a subordinate social status similar to the one that operated in the Jim Crow South. Because explicit race controls were outlawed by civil rights reforms and are expressly prohibited in today's 'colorblind' political culture, the New Jim Crow is premised not on race but on criminality. But Alexander insists that contemporary law enforcement and, above all, the 'War on Drugs' are thoroughly racialized, operating in ways that target poor, minority youth and ensuring that mass incarceration and its disabilities exclude millions of African Americans from participation in American democracy.

The New Jim Crow is a work of real political importance. More than any other intervention, it can be credited with putting the problem of mass incarceration on the American political agenda, and (together with *Black Lives Matter*) initiating a growing social movement that now presses for criminal justice reform. And Alexander is clearly right to deplore the racial disparities generated by the War on Drugs and accurate in describing the overall effect of disfranchisement, disqualification, and discrimination as a form of second-class citizenship for former felons, one third of whom are black. In light of America's history, a diminished citizenship status disproportionately occupied by blacks inevitably takes on the appearance of a racial caste system.

However, as others (Forman 2012) have pointed out, around 40% of prison inmates are white, which means that millions of white people are also condemned to this second-class citizenship. Indeed, if federal and state authorities were to release all of their black prison inmates tomorrow, the US would still have the largest prison population and rate of incarceration in the world – which means that any exclusively racial explanation leaves much of America's distinctive penality unexplained. American criminal justice is

undoubtedly racially skewed in its operations and effects but not to the extent that Alexander claims, and not primarily for the reasons that she alleges.

Alexander presents her indictment with the forensic skill of a first-class litigator so it is no surprise that she cites the War on Drugs as her leading example of racialized punishment. As many commentators have observed, survey evidence suggests that blacks and whites consume (and sell) illicit drugs at about the same rates but law enforcement focuses much more on blacks; and people of color are disproportionately imprisoned for drug offences. Little wonder then, that the War on Drugs is Exhibit A in Alexander's critique.

But the problem with this analysis is that the unequal racial justice that occurs in respect of drugs is not nearly so evident in regard to other offences. When it comes to violent crime, for example, blacks (that is to say poor black males) have a disproportionately high level of involvement in offending – and their rates of punishment are not significantly different from their rates of crime (FBI 2013; Western 2006). And this matters, because most prisoners in America's prisons are serving time not for drug offences but for violent crimes.[34]

Nor was the War on Drugs unrelated to the problem of criminal violence. Recall that in the 1970s and 1980s, communities of color and their political representatives were deeply concerned about drug-related crime and violence in their neighborhoods, which is why they called for tough punishments and supported legislation such as the Rockefeller Drug laws of 1973 and the Federal Anti-Drug Abuse Acts of 1986 and 1988 (Fortner 2016; Forman 2012). As we have seen, the War on Drugs was, at least in part, a strategy for apprehending and convicting violent offenders by other means – a proxy war. Its origins – and much of its original support – lay not in an attempt to suppress recreational drug use but in an effort to address associated problems of crime and violence. Even the notoriously 'racist' sentencing disparity between crack cocaine possession and powder cocaine possession should be understood (though not justified) in these terms. 'Crack' is cocaine packaged for the poor – and when it took hold in poor communities it generated an enormous amount of street crime and violence. In contrast, the consumption of powder cocaine by Wall Street reprobates and affluent drug users generated very little violent crime. Crack was more severely punished not because it was associated with blacks but because – rightly or wrongly – it was widely perceived to be associated with crime and violence.

34. 52% of state prisoners are currently incarcerated for crimes of violence. Only in the federal prison system – which houses about 10% of American prisoners – do drug offenders form a majority of those incarcerated (BJS 2013).

In other words – and contra *The New Jim Crow* – the creation of a racial caste can best be understood not as deliberate policy of racial subordination but instead as the result of overreaching law enforcement operating in a class– and racially-stratified environment – and in the absence of any political counterforce advocating for poor black men (Stuntz 2001). It was pre-existing hierarchies of race and class – together with differential levels of violence – that ensured that penal power concentrated its effects on poor communities of color: a story of class overlaid by race, not of race alone. Support for this latter interpretation is provided by the fact that, in contrast to black high-school dropouts, college-educated blacks are less likely to be imprisoned today than they were in the 1970s (Western 2006).

At the same time, the fact that the racial and class effects of penal policy have been tolerated and reproduced long after they came to light tells us a great deal about America's power structure and the value placed on the lives and liberties of poor black people. Penal controls are always imposed by one group one another, and in 1990s America, the crime fears of suburbanites and the white middle class counted for much more than the lives of young black men and the welfare of the families and communities.

A final point: Segregated areas of concentrated poverty were the worst affected by drugs, crime and violence – meaning that they were the locus of victimization and calls for action but also that they were communities where many violent offenders lived and which attracted tough enforcement, stop and frisk, buy and bust, etc. This, in turn, produced a disproportionate number of black arrestees and convicted, imprisoned offenders. These racial disparities thus made their way into criminal justice (where they were subsequently amplified by the multiplier effects of 'prior convictions') via the issue of crime and its control, not by dint of racism as such. And this is important politically as well as analytically, since it points to the need to address the structural racism of economic and social organization rather than assume that the problem is primarily one of discrimination by police and penal officials. Established hierarchies, social divisions, power structures and biases will shape how any social policy is implemented – even when the policy itself is race-neutral or race sensitive. But the racial disparities that are produced by law enforcement and criminal justice are not the foundation of the problem. These processes build on and amplify racially disparate patterns of criminal involvement and criminal vulnerability – disparate patterns that are a product of structures of economic and social exclusion and of intergenerational transmission of cumulative disadvantage.

(ii) American penality as neoliberal governance

Sociologist Loic Wacquant argues a different but equally provocative thesis in his book, *Punishing the Poor: the Neoliberal Government of Social Insecurity*

(2009). Wacquant's thesis is that America's expanded penal system is a means of reinforcing America's increasingly precarious labour market and controlling the disruptive social fallout of the austerity and insecurity now faced by working people, above all, by poor, unskilled black males.

According to Wacquant, prison growth is a hidden but strategically integral element of the neoliberal policies that have dominated U.S. politics since the late 1970s. On this account, America's prison system expanded to contain a surplus population thrown out of work by deindustrialization and deprived of social support by the rollback of the Keynesian welfare state. In this socioeconomic context, the threat of imprisonment operates – alongside scaled-back and increasingly conditional 'workfare' benefits – as a means of pressurizing individuals to accept low-wage work. Like the Poor Law and the workhouse before it, today's system of imprisonment operates as a 'less eligible' adjunct to the labor market. Its message is: accept the terms of employment or become subject to the less attractive fates of welfare discipline and penal control (see also Soss et al 2011). Wacquant argues that the build-up of the penal system is an integral part of neoliberal strategy and not a pragmatic response to crime rates or criminal victimization. There is, he insists, a 'total disconnect between crime and punishment' (Check quote….page ??) and any attempt to link the two is mere ideology.

Wacquant is right to insist that labor market insecurity, intensified by segregation and concentrated poverty, provides a structural context that helps explain the massive imprisonment of poor, black, working-age males. (These same structures determine the educational careers, health outcomes, family formation, alcohol and drug use, rates of violence, etc. of the groups in question.) And he is right to insist that neoliberal economic and social policies, including the 'welfare reforms' of the 1990s, have served to reinforce rather than alleviate these effects. But on closer inspection, it seems clear that America's welfare state has changed rather less than Wacquant claims: working age, able-bodied males never had a 'social right to assistance' (Shannon 2013) and it is women and children, not young men, who have felt the main impact of the 1996 Act. And Wacquant's claim that prison expansion was a neoliberal strategy, intended to pre-empt the disruption that its economic policies would bring it its wake, remains an unsupported – and ultimately implausible – assertion for which he supplies no persuasive evidence. Although one might claim that mass incarceration has come to operate as a functional support for neoliberal policies by warehousing a surplus labour population and penalizing illegal alternatives to low-waged work, there is no evidence that any neoliberal thinker ever strategized in this way or proposed any such

policy of punishment.[35] And given that neoliberals generally oppose the build-up of the state apparatus and state power, and might be expected to propose other, less expensive means of propping up their labour market regime, Wacquant's explanation looks like the kind of *post-hoc* functionalism that Weber warned against.[36] It seems much more likely that the problem of crime – itself structured by free market inequalities and social neglect – gave rise to popular demands for tougher punishment which, in turn, disproportionately affected the dispossessed and illegally employed inner city black males. Again, the connection between neoliberalism and punishment is better viewed as an emergent outcome, not a precipitating cause or intention. And rather than see the build-up of penal controls as a pre-emptive strategy in anticipation of the 'social fall-out' that neoliberalism might produce, it seems more likely that these controls were developed in response to the high crime environment and public safety concerns that characterized the 1980s and 1990s (Garland 2001).

Wacquant is also fundamentally mistaken when he insists that there is a 'total disconnect' between crime rates and punishment rates – a position that he argues most expressly and emphatically but which is also embraced by writers such as Tonry (2009), Alexander (2010), Mauer (2006), and Hinton (2016) who say much the same thing. Support for this 'disconnection' thesis is summoned up by pointing out that punishment and crime did not change in lockstep; that American imprisonment rates continued to increase during the 1990s even as crime rates fell; and that many other countries experienced crime rate rises but none of them reacted by creating mass incarceration; *ergo*, they say, there is no causal connection.[37] But these arguments are largely specious. Policy effects typically take a considerable time to occur, since

35. The explicitly neoliberal critique of mass incarceration and excessive correctional expenditure by the group 'Right on Crime' tends to support the view that a massive and increasingly expensive penal state was no part of any neoliberal agenda (Gottschalk 2014).

36. The mistake is to assume that right-wing parties and their signature policies are 'neoliberal' when in fact these parties are coalitions and their policies are an eclectic, contradictory mix. See Garland (2001) on the coalitions between neoliberals and neoconservatives roots in the Republican Party in the US and in Britain's Conservative Party, and the importance of that distinction for understanding penal policy.

37. For an alternative view, see Western (2016) who argues that crime rates and penal rates are *not* unrelated though they do not change together in lockstep. 'Punishment is not determined by crime, but crime and violence are ripe with the potential for punishment because they occur in the context of social policy failure and poverty' (Tanner lectures audiotape).

processes of problem definition, political mobilization, legislative process, and implementation often unfold over years or decades, creating a significant temporal gap between the problem and the response. American property crime rose steeply from the 1960s to the 1980s, as did violence and homicide, which did not peak until the early 1990s. Throughout that period and beyond, American public opinion came to regard crime as one of the most serious problems facing the nation, and political representatives scrambled to put new laws and policy responses in place (Garland 2001; Flamm 2005; Enns 2016). That rising imprisonment rates lagged behind rising crime rates and continued to increase even as crime rates showed a sustained decline is evidence of these temporal processes, not proof of a 'total disconnect.'

The relationship between crime rates and penal policies is an empirical issue that will vary across time and space but our approach to this empirical question will be shaped by theoretical assumptions. A founding principle of the sociology of punishment (Garland 1990) is that penal phenomena are not to be understood as a simple reaction or response to crime but instead have their own dynamics and determinations. Punishment is a social institution not an automatic response or technical reaction. But to assert this principle is not to assert that penal policies are unrelated to crime rates, crime perceptions, crime fears, and theories of crime causation and crime control. Crime affects punishment insofar as it produces a volume effect (changes in the number of case processed) or a policy effect (changes in penal tactics or strategy intended to respond to perceived crime problems. When the latter effect occurs, it typically does so slowly and in mediated fashion. Real or perceived changes in crime rates or in the nature of crime affect policy to the extent that they generate shifts in public or professional opinion that subsequently gain political traction, legal enactment and practical enforcement. The relationship in short, is a complex, mediated one – but a significant one nevertheless.

As for the comparative claim that other nations experienced crime rate rises without resorting to mass incarceration, we need to bear in mind two facts. One is that, in most such nations, imprisonment rates did rise in the wake of crime rate rises, even if these increases were modest by comparison with the US (Walmsley 2016; Miller 2016).[38] The second, and more important, is that

38. According to Lappi-Seppala (2008), differences in prison rates across Western European nations are not correlated with differences in crime rates across these nations. I think this finding makes sense: penal policy is relatively autonomous of crime rates and nations with similar levels of crime may develop rather different penal policies. But it does not follow that penal policy is never driven by crime rates

crime problems in the US are quite different from those typically experienced by the nations of Western Europe. As Zimring and Hawkins (1997) pointed out years ago, and as Miller (2015, 2016) Roth (2017) and Gallo et al (2014) have recently reminded us, America has extraordinarily high rates of homicide and these historically high rates increased dramatically between the 1960s and the early 1990s. And high levels of life-threatening violence change how people react to crime. The salience of crime, the fear of crime, and the public demand for forceful crime-control are liable to be much greater where the crime mix is weighted towards lethal violence and – to remind ourselves of another salient difference – where guns are routinely present in social interactions.

For many communities in the US – and above all for poor, black, urban communities – crime is not a social nuisance or a quality of life issue: it is an existential threat. No other developed nation has homicide levels that are remotely comparable to those in the US, even following twenty years of falling murder rates. Consequently, fear of crime in America – where homicide is a leading cause of death for young males, and *the* leading cause for black males aged fifteen to thirty-four – is not the equivalent of the crime fears that affect more peaceable societies.

I don't know why so many serious commentators deny that penal policies are, to some degree, shaped by crime levels and by the public perceptions and sentiments that form around them. But I suspect the reason is ideological. I suspect they believe that explanations that foreground crime and violence, or view penal policy as a policy response to crime and violence, are inherently 'conservative' and ought to be avoided lest they appear to provide a justification for mass incarceration. Better, these commentators assume, to insist that penal policy is purely political or racial, or neoliberal and to subject it to a political critique, leaving the difficult problems of crime and violence out of the discussion. But if this is the rationale for such a position, it is fundamentally misconceived. There is nothing intrinsically conservative about pointing to underlying problems of crime and victimization. Nor does it depoliticize penality to insist that, however much politics and ideology shape penal laws and their enforcement, at its core sentencing law and penal policy generally involve some attempt to contain, control, and otherwise discourage crime.

Interpersonal violence is a product of social and economic structures, mediated by patterns of social control and cultural adaptation, and enacted

and by associated public fears, resentments and political mobilizations. And where crime rates are on an altogether different scale – as is the case with US violence rates – one would expect penal policy to adapt over time.

in specific social situations by particular individuals. It is a patterned phenomenon, not a random one, and those most prone to violence are disproportionately drawn from highly disadvantaged circumstances. To recognize that certain communities exhibit very high rates of violence is *not* to blame their residents – and certainly *not* to link race and violence.[39] It is to call attention to a major social problem that is (in the US) disproportionately experienced by communities of color, a problem that is intimately linked to the problem of mass incarceration, and that ought also to be made a priority for remedial governmental action. The poor, urban communities of color that experience the most incarceration are the same communities most affected by street crime and criminal violence. Far from disconnecting penal policy from the crime problem we need to bracket these together and trace their genesis back to larger structures of political economy and state action.[40]

Alexander and Wacquant may well be right in their account of the functional effects of mass incarceration, but neither is correct in their causal accounts of its emergence. Racism and neoliberalism should be viewed not as primary motivating causes but instead as structural contexts in which *both* crime problems *and* penal policies emerge, are given meaning, and produce effects.

(iii) Crime control as a recipe for governing

In his book, *Governing Through Crime: How the War on Crime transformed American Democracy and created a Culture of Fear* (2007) socio-legal scholar Jonathan Simon offers a third – and more explicitly political – explanation for America's expansive penality. Simon describes how law-and-order politics became an attractive option for elected officials, and especially for state governors, in a post-70s era when economic transformations made it much more difficult for elected officials to distribute New Deal-style social provision

39. Black crime typically occurs at elevated rates only where black disadvantage is layered and concentrated. Where these socio-economic effects are removed, offending rates for blacks is no higher than for other groups. White rates of crime and violence are also elevated in the US compared to elsewhere, and are also concentrated in areas of social and economic deprivation. And of course most crime and violence is intra-racial (Sampson and Wilson 2005).

40. I should stress that poverty and unemployment do not directly cause crime or violence – and anti-social behaviors are plentiful among the rich and privileged (Hagan 2010). But concentrated poverty and social exclusion undermine the effectiveness of a group's collective efficacy (Samson 2010) and lead to failures of socialization and social control in families, schools, labor markets, and communities – which in turn give rise to crime. Socialization, social control, social integration are all made more difficult by the stress of chronically scarce resources.

benefits to constituents in return for political support. Simon argues that the newfound appeal of a 'war-on-crime' and a victim-centered politics prompted vote-seeking politicians to use crime control – and its associated rhetoric and techniques – as an all-purpose template for governance in areas as diverse as education, housing, workplace relations, and family policy. American penality, on this account, is the outcome of a default political strategy of 'governing through crime' and Simon's book documents the extent to which penal control recipes have, since the 1980s, become pervasive throughout American society.

I can be brief in my discussion of this thesis, which I regard as largely correct in its descriptive claims, noting only that it leaves an important question unanswered. Simon is persuasive when he describes crime control as a prominent theme in recent state and federal government and he is similarly convincing when he points out that the demise of the New Deal settlement has meant that American politicians are now less able to win support by distributing social and economic benefits to their constituents (Fraser and Gerstle 1990). But what his analysis does not explain is why the decline of the previous form of a political *quid pro quo* led to the emergence of the current one. Why this new formula and not some other?

We need to ask *why* crime control recipes have become so central to American political action and so appealing to American popular audiences? What are the circumstances prompting demands for penal-style controls, not just in criminal justice but also in schools, city planning, shopping malls, public housing, and workplaces? And why is penal control – rather than other more pro-social interventions – the default response of American governments to every symptom of deviance and disorder? The answer, it seems to me, must point to the social control deficits that I have described above – deficits that grew worse in the period Simon describes, just as other pro-social forms of state action came to be politically discredited (Garland 2001; Fraser and Gerstle 1990: Hinton 2016).

(iv) Social change, social control, and social order

The final narrative I want to discuss is developed in *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* a study of changing US and UK crime-control policies that I published in 2001. In that book I argue that structural transformations in social ecology – brought about in the mid-20th century by economic growth, social emancipation, and consumer capitalism – generated not just new freedoms, opportunities and affluence but also a new set of risks and problems. Chief among these problems was rising levels of crime and violence, a widespread phenomenon that gave rise to 'high-crime societies' and their associated cultural and political characteristics. I then

traced how, from the mid-1970s onward, various actors within the state and civil society reacted to these new risks, producing, *inter alia*, a reactionary 'culture of control' with consequences for social and penal policy as well as for the conduct of everyday life. The decline of penal-welfarism, the rise of penal populism, the shift to a risk-averse criminal justice, the expansion of private security, and the emergence of mass imprisonment were all, or so I argued, concomitants of these late modern socio-economic transformations and the political and cultural adaptations that followed in their wake.

The Culture of Control is not a comparative study and it nowhere addresses the question of why America is an outlier in its use of penal power. But the book does deal with the interaction between changes at the level of social and economic structures, and changes in patterns of informal social control and state action. And it does highlight the role that criminal violence – and associated public fears, resentments and political thematizations – played in articulating these socio-economic developments and channeling a series of social and political responses to them. *The Culture of Control* argues that the effect of the economic and social changes of the post-war decades was to deplete existing social controls and generate new risks, new crime opportunities, and higher levels of crime and violence. Over time, the collective experience of crime and insecurity prompted a patterned response, both in state agencies and in civil society – a response that I described as a new 'culture of control'. It seems to me that this same analytical framework – linking economic and social structures to patterns of crime and punishment *via* an analysis of (formal and informal) social control – can be put to work for our present purposes. In other words, the framework I developed for historical purposes in *The Culture of Control* can be reworked as a basis for thinking comparatively about American penality, highlighting the connections between America's penal practices, its political,[41] economic and social structures, its patterns of informal social control, and the problems and policies to which these give rise.

Social structure, social organization, and social problems

It is a well-established social science finding that high levels of crime, violence and other social dislocations are associated with low levels of social capital, social integration and informal social control (Sampson, 1987; Sampson et al, 1997; Sampson and Wilson 2005; Morenoff et al 2001; McCarthy 2002).

41. Because it focused on parallel developments in the US and the UK, rather than contrasts between them, Garland (2001) said little about the role of America's distinctive political system in shaping penal policy. For a detailed discussion of that issue, see Garland (2010).

And a series of comparative research studies strongly suggests that social capital, social integration, and informal social control – in families, schools, communities and neighborhoods – are on average less developed and more unequally distributed in the USA than in comparable nations; with areas of concentrated poverty and cumulative disadvantage in American cities exhibiting very high levels of social problems (Messner and Rosenfeld 1997; Avendano and Kawachi 2014; Darroch et al 2001; Banks et al 2010; Singh and Kogan 2007; Williams and Collins 2001).[42] America's 'social control deficits' – which are preponderantly though by no means exclusively experienced by communities of colour[43] – exist for reasons that are historical and institutional, among which are the following: (i) long-term legacies of slavery, segregation and discrimination (Wilson 2011); (ii) an extraordinary political commitment to free markets and private sector solutions (Garland 2016); and (iii) the under-development of a social state, especially as it affects the urban poor and people of color (Katz 2013). In the past, programmes associated with the New Deal and the Great Society worked to reduce these problems, and succeeded in doing so to some extent (Jencks 2015). But since the rise to dominance of neoliberalism in the 1980s, American social and economic policies have mainly worked to reproduce these characteristics rather than alleviate them.

Social and economic structures provide the settings in which civil society institutions such as families, schools, churches, and communities undertake the ongoing work of socialization and social control, so it is hardly surprising that the chronic stresses imposed by these structures on certain sections of the population result in failures of social control and the emergence of social problems. These social and economic structures also provide the contexts in which governmental action is undertaken, so it is also no surprise that American welfare policies are designed to support and reinforce market relations and to de-emphasize social interventions that provide social and economic protections to those who are ill-served by market processes. There is, in other words, a series of linkages that ties together America's political economy, governmental

42. This finding does not necessarily confound the traditional Tocquevillian view of the US as a society with a weak state and a strongly associational civil society. Such strengths do exist, even if they have been diminished in recent decades – see Putnam (2010). The point is that America's very high levels of inequality, together with minimalist state protections for poor communities and families, gives rise to communities that exhibit very high levels of disorganization and dysfunction.

43. Several recent studies have observed that sections of America's white working class have been experiencing serious problems of disorganization and dysfunction: see Chen (2016).

processes, high levels of crime and extraordinary levels of punishment. And this, it seems to me, is how we should frame the question of America's extraordinary use of penal power in the form of penal control.

Conclusion

I have argued here that we should think of American punishment not as a form of retribution, or racial oppression or neo-liberal governance but as a specific form of penal power that emphasizes control above everything else. Despite diverse local concerns and motivating circumstances, the sentencing revolution of the last 40 years has amounted to one long, cumulative process of extending, deepening and guaranteeing penal control. American criminal justice has abandoned retributive fundamentals such as 'proportion' and liberal principles such as 'parsimony' (Stuntz 2013; Tonry 2016). The penalties that follow on a repeat offence have nothing to do with retributive proportion and everything to do with imposing control. The sentences handed down to drug or sex offenders have little to do with culpability and everything to do with perceptions of dangerous and disorder. And each element of the long sentencing revolution I described above expresses distrust of government, fear of dangerous criminals, and a public safety imperative demanding the incapacitation and control of anyone convicted of a crime.

American criminal justice today is best understood not as a system of criminal punishment but as a system of penal control – a large-scale network of intensive, long-acting constraints and controls. Concerns about public safety and the need to impose control are explicitly and repeatedly stated in the public discourse and political arguments that were made to justify these penal measures.[44] In the 1980s and 90s, representations of popular sentiment repeatedly revolved around questions of public safety and the need to protect innocent people from violent crime. Politicians presented their proposals not as harsh punishments or wild vengeance but as guaranteed, long-lasting, thoroughgoing controls. Prison works!; Three strikes and you're out!; Life Without Prospect of Parole; Mandatory Sentences; Truth in Sentencing – the slogans say it loud and clear (Garland 2001). So too do today's leading reform proposals, most of which take care to preserve the imperative of penal control by targeting non-violent, non-repeat, non-sexual offenders (Gottschalk 2014).

American criminal justice is distinctively committed to what we might call 'mass penal control' because, as compared to other developed nations,

44. As Foucault (2015) notes, we need not deploy hermeneutics or deep analysis in order to identify strategic considerations: the aims of political actors can generally be read on the surface of their statements and in the substance of what is said.

American society exhibits an institutionalized pattern of social control deficits and because the American state is disposed to respond to these problems by means of penal control rather than by other means. The irony is that these measures of mass penal control do little to address the underlying problems of social disorganization, even if they do succeed in curbing crime rates to some extent. Indeed, in these more fundamental respects, penal control is counter-productive, especially when exercised on a massive scale. It destroys human and social capital; it dis-integrates and excludes (Lynch and Sabol 2004; Moore 1996; Clear and Rose 1998; Rose and Clear 1998; Rose 2007; Western *et al* 2004). The penal controls of the state, exercised on a massive scale, work to undermine society's capacity for social control, not to build that vital capacity.

Perhaps the best one can say of this bleak state of affairs is that many Americans today are beginning to comprehend the detrimental effects of the penal strategy that their nation has so enthusiastically and so long embraced.

Acknowledgements

I am grateful to Michael Meranze and Jim Jacobs for their comments, to the Hugh Collins and the audience at the British Academy Law Lecture on June 7th 2016, and to the Filomen D'Agostino and Max E. Greenberg Research Fund of NYU School for its support.

References

Alexander, M. (2010). *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: The New Press.

Anderson, D. (1995). *Crime and the Politics of Hysteria:* How the Willie Horton Story Changed American Criminal Justice. New York: Crown.

Avendano, M. and KAWACHI, I. (2014). 'Why do Americans have a Shorter Life Expectancy and Worse Health than Do People in Other High-Income Countries?' *Annual Review of Public Health*. 35: 307-325.

Banks, J., Berkman, J.F., Smith, J.P., Avendano, M. and Glymour, M. (2010). 'Do cross-country variations in social integration and social interactions explain differences in life expectancy in industrialized countries?'. In: E. Crimmins (ed). *International Differences in Mortality at Older Ages*. Washington DC: National Academy of Sciences.

Bureau of Justice Statistics (2013). *Correctional Populations in the United States*. Disponível em: [www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4843].

Bursik, R. and Grasmick, H. (1993). *Neighborhoods and Crime:* The Dimensions of Effective Community Control. New York: Lexington Books.

Cavadino, M. and Dignan, J. (2005). *Penal Systems:* A Comparative Approach London: Sage.

Chen, V. (2016). 'All Hollowed Out: The Lonely Poverty of America's White Working Class'. *The Atlantic*. 16th Jan.

Clear, T. (2007). *Imprisoning Communities*. New York: Oxford University Press.

Clear, T. and Rose, D. (1998). 'Social Capital and Crime: Explaining the Unintended Consequences of Incarceration'. *Criminology*. 36. p. 441-479.

Clear, T., D. Rose, E. Waring, and K. Scully (2003). 'Coercive mobility and crime: A preliminary examination of concentrated incarceration and social disorganization'. *Justice Quarterly*. v. 20. p. 33-64.

Cole, D. (1999). *No Equal Justice*: Race and Class in the American Criminal Justice System. New York: The New Press.

Darroch, J., Singh, S., Frost, J. and the study team (2001). 'Differences in Teenage Pregnancy Rates Amng Five Developed Countries'. *Family Planning Perspectives*. 33: 244-250.

Demleitner, N. (2017). 'Collateral Sanctions as a Tool of Exclusion and 'Re-Exit" in K. Reitz (ed.). *American Exceptionalism in Crime and Punishment*. New York: Oxford University Press.

Dubber, M. (2005). 'The Possession Paradigm'. In: A. Duff and S. Green (eds.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Enns, P. (2016). *Incarceration Nation: How America Became the Most Punitive Democracy in the World*. New York: Cambridge University Press.

Federal Bureau of Investigation (2013). *Crime in the United States 2013*. Table 43. Disponível em: [www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/tables/table-43].

Flamm, M. (2005). *Law and Order: Street Crime, Civil Unrest and the Crisis of Liberalism in the 1960s*. New York: Columbia University Press.

Forman, J. (2012). 'Racial Critiques of Mass Incarceration: Beyond the New Jim Crow' 87 *NYU. Law Review*. p. 101-146.

Fortner, M. (2015). *Silent Black Majority*: The Rockefeller Drug Laws and the Politics of Punishment. Cambridge MA: Harvard University Press.

Fraser, S. and Gerstle, G. (eds.) (1990). *The Rise and Fall of the New Deal Order* Princeton: Princeton University Press.

Gallo, Z., N. Lacey and D. Soskice (2014). 'Comparing Serious Violent Crime in the US and England Wales'. *LSE Legal Studies Working Papers*. n. 16.

Garland, D. (1990). *Punishment and Modern Society:* A Study in Social Theory. Oxford: Oxford University Press.

Garland, D. (2001). *The Culture of Control*: Crime and Social Order in Contemporary Society. Oxford: Oxford University Press.

Garland, D. (2010). *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Garland, D. (2013). 'Penality and the Penal State'. *Criminology* 51(3). p. 475--517.

Garland, D. (2016). 'Land of the Unfree'. *TLS* July 25.

Geltner, G. (2015). *Flogging Others*: Corporal Punishment and Cultural Identity from Antiquity to the Present. Amsterdam: Amsterdam University Press.

Gottschalk, M. (2006). *The Prison and the Gallows*: The Politics of Mass Incarceration in America. New York: Cambridge University Press.

Gottschalk, M. (2014). *Caught*: The Prison State and the Lockdown of American Politics. Princeton: Princeton University Press.

Hagan, J. (2010). *Who are the Criminals? The Politics of Crime Policy.* Princeton: Princeton University Press.

Hinton, E. (2016). *From the War on Poverty to the War on Crime*: The Making of Mass Incarceration in America. Cambridge MA: Harvard University Press.

Jacobs, J.B. (1982). 'Sentencing by Prison Personnel: Good Time' 30 *UCLA Law Review.* p 216-270.

Jacobs, J.B. (2015). *The Eternal Criminal Record.* Cambridge, MA: Harvard University Press.

Jencks, C. (2015). 'The War on Poverty: Was it Lost?'. *New York Review of Books*. April 2nd, 2015.

Karabel, J. and Laurison, D. (2011). 'Outlier Nation? American Exceptionalism and Societal Wellbeing'. *IRLE working paper*. UCBerkeley.

Karstedt, S. and LaFree, G. (2006). 'Democracy, Crime and Justice'. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. v. 605. p. 6-23.

Katz, M. (2013). *The Undeserving Poor*: America's Enduring Confrontation with Poverty 2nd ed. New York: Oxford University Press.

Kerner Commission (1968/2016). *Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders* Princeton: Princeton University Press.

Kleiman, M. (2016). op ed on the 1994 Crime Act. Disponível em: [http://washingtonmonthly.com/2016/02/17/the-current-crime-debate-isnt-doing-hillary-justice/].

Kohler Hausmann, I. (2014). 'Managerial Justice and Mass Misdemeanors'. *Stanford Law Review.* 66 (3). p. 611.

Kohler Hausmann, I. (2015). 'Misdemeanor Justice: Control Without Conviction'. *American Journal of Sociology.* 119(2). p. 351-394.

Kohler Hausmann, J. (2015). 'Guns and Butter: The Welfare State, the Carceral State and the Politics of Exclusion in the Postwar United States'. *The Journal of American History* June. p. 87-99.

Krivo, L., Peterson, R. and Kuhl, D. (2009). 'Segregation, Racial Structure, and Neighborhood Violent Crime'. *American Journal of Sociology.* 114. p. 1765--1802.

Lacey, N. (2007). *The Prisoners' Dilemma*: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies. Cambridge: Cambridge University Press.

Lacey, N. (2010). 'American imprisonment in comparative perspective'. *Daedalus*. v. 139 (3). p. 102-114.

Lacey, N. and Soskice, D. (2017). 'American Exceptionalism in Crime, Punishment and Disadvantage'. In: K. Reitz (ed.). *American Exceptionalism in Crime and Punishment*. New York: Oxford University Press.

LaFree, G. (1998). *Losing Legitimacy*: Street Crime and the Decline of Social Institutions in America. Boulder CO: Westview Press.

Lappi Seppala, T. (2008). 'Trust, welfare and political culture: Explaining differences in national penal policies'. In: M. Tonry (ed) *Crime and Justice*. v. 37. p. 313-387.

Lappi Seppala, T. (2017). 'American Penal Exceptionalism in Comparative Perspective'. In: K. Reitz (ed.). *American Exceptionalism in Crime and Punishment* New York: Oxford University Press.

Loury, G. (2008). *Race, Incarceration and American Values*. Cambridge, MA: MIT Press.

Lynch, J. and Sabol, W. (2004). 'Assessing the Effects of Mass Incarceration on Informal Social Control in Communities'. *Criminology and Public Policy*. v. 3(2). p. 267-294.

Lynch, M. (2016). *Hard Bargains*: The Coercive Power of Drug Laws in Federal Court. New York: Russell Sage.

Manza, J. and Uggens, C. (2006). *Locked Out*: Felon Disenfranchisement and American Democracy. New York: Oxford University Press.

Mauer, M. (2006). *Race to Incarcerate Revised edition*. New York: The New Press.

Mauer, M. and Chesney-Lind, M. (eds.) (2002). *Invisible Punishment*: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment. New York: The New Press.

McCarthy, B. (2002). 'New Economics of Sociological Criminology'. *Annual Review of Sociology*. 28: 417-442.

Merton, R.K. (1996). *On Social Structure and Science*. Chicago: University of Chicago Press.

Messner, S. and Rosenfeld, R. (1997). 'Political Restraint of the Market and Levels of Criminal Homicide: A Cross-national Application of Institutional-Anomie Theory'. *Social Forces* 75: 1393-1416.

Messner, S. and Rosenfeld, R. (2007). *Crime and the American Dream 4th ed* Monterey, CA: Wadsworth.

Miller, L. (2015). 'What's Violence Got to Do With It? Inequality, punishment and state failure in American politics.'. *Punishment and Society* 17(2): 184--210.

Miller, L. (2016). *The Myth of Mob Rule*: Violent Crime and Democratic Politics. New York: Oxford University Press.

Moore, J. (1996). 'Bearing the burden: How incarceration policies weaken inner-city communities' in Vera Institute (ed.). *The Unintended Consequences of Incarceration*. New York.

Morenoff, J., Sampson, R. and Raudenbush, S. (2001). 'Neighborhood Inequality, Collective Efficacy and the Spatial Dynamics of Urban Violence'. *Criminology* 39. p. 517-560.

O'Malley, P. (2009). *The Currency of Justice*: Fines and Damages in Consumer Societies. London: Routledge.

Omi, M. and Winant, H. (2014). *Racial Formation in the United States 3rd Ed.* New York: Routledge.

Pease, K. (1994). 'Cross-national imprisonment rates: Limitations of method and 5 possible conclusions. *British Journal of Criminology*. 34. 116-130.

Pfaff, J. (2017). *Locked In:* The True Causes of Mass Incarceration – and How to Achieve Real Reform. New York: Basic Books.

Pifferi, M. (2016). *Reinventing Punishment*: A Comparative History of Criminology and Penology. Oxford: OUP.

Polanyi, K. (1944). *The Great Transformation*.

Pratt, J. and Eriksson, A. (2013). *Contrasts in Punishment*: An Explanation of Anglophone Excess and Nordic Exceptionalism. London: Routledge.

Putnam, R. (2010). *Bowling Alone*: The Collapse and Revival of American Community. New York: Simon and Schuster.

Rhine, E. and Taxman, F. (2017). 'American Exceptionalism in Community Service'. In: K. Reitz (ed.). *American Exceptionalism in Crime and Punishment*. New York: Oxford University Press.

Rietz, K. (ed) (2017). *American Exceptionalism in Crime and Punishment*. New York: Oxford University Press.

Rose, D. and Clear, T. (1998). 'Incarceration, social capital and crime: implications for social disorganization theory'. *Criminology*. 36. p. 441-480.

Roth, R. (2017). 'How Exceptional is the History of Violence and Criminal Justice in the United States'. In: K. Reitz (ed.). *American Exceptionalism in Crime and Punishment*. New York: Oxford University Press.

Sampson, R. (1987). 'Urban black violence: The effects of male joblessness and family disruption'. *American Journal of Sociology*.

Sampson, R. (2012). *Great American City*: Chicago and the Enduring Neighborhood Effect. Chicago: University of Chicago Press.

Sampson, R., S. Raudenbush, and F. Earls (1997). 'Neighborhoods and violent crime: A multilevel study of collective efficacy'. *Science*. v. 277. p. 918-924.

Sampson, R. and Wilson, W.J. (2005). 'Toward a Theory of Race, Crime and Urban Inequality'. In: S. Gabbidon and H. Greene (eds.). *Race, Crime and Justice*: A Reader New York: Routledge.

Shannon, S.K.S. (2013). *Does the Right Hand Know What the Left Hand is Doing? General Assistance Welfare, Crime and Punishment in the United States* (Ph.D. Dissertation, University of Minnesota).

Sharkey, P. (2013). *Stuck in Place*: Urban Neighborhoods and the End of Progress towards Racial Equality. Chicago: University of Chicago Press.

Simon, J. (2007). *Governing Through Crime*: How the War on Crime Transformed American Democracy. New York: Oxford University Press.

Simon, J. (1997). *Poor Discipline*: Parole and the Social Control of the Underclass. Chicago: University of Chicago Press.

Singh, G. and Kogan, M (2007). 'Persistent socioeconomic disparities in infant, neonatal, and postnatal mortality rates in the United States, 1969-2001'. Pediatrics 119: 928-939.

Soss, J., Fording, R. and Schram, S. (2011). *Disciplining the Poor*: Neoliberal Paternalism and the Persistent Power of Race. Chicago: University of Chicago Press.

Stuntz, W. (2001). 'The Pathological Politics of Criminal Law'. *Michigan Law Review.* 100(3). p. 505-600.

Stuntz, W. (2013). *The Collapse of American Criminal Justice*. Cambridge MA: Harvard University Press.

Subramanian, R. and Shames A. (2013). *Sentencing and Prison Practice in Germany and the Netherlands* New York: Vera Institute.

Sutton, J. (2004). 'The Political Economy of Imprisonment in Affluent Western Democracies, 1960-1990.' *American Sociological Review.* 69: 170-189.

Tonry, M. (2009). 'Explanations of American Punishment Policies: A National History'. *Punishment & Society.* 11. p. 377-394.

Tonry, M. (2016). *Sentencing Fragments*. New York: Oxford University Press.

Travis, J. (2002). 'Invisible Punishment: An Instrument of Social Exclusion'. In: Mauer and Chesney-Lind (eds.). *Invisible Punishment*: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment. New York: The New Press.

Van Zyl Smit, D. and Corda, A. (2017). 'American Exceptionalism in Parole Release and Supervision'. In: K. Reitz (ed.). *American Exceptionalism in Crime and Punishment*. New York: Oxford University Press.

Wacquant, L. (2009). *Punishing the Poor*: The Neoliberal Governance of Social Insecurity. Durham NC: Duke University Press.

Wagner, P. (2014). "Tracking Prison Growth in Fifty States". Prison Policy Initiative. Disponível em: [www.prisonpolicy.org/reports/overtime.html].

Walmsley, R. (2016). *World Prison Population List 11th ed.* London: Institute for Criminal Policy Research.

Weber, M (2002). *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. New York: Penguin Classics.

Weber, M (2011). *Methodology of the Social Sciences*. Transaction Publishers.

Western, B (2006). *Punishment and Inequality in America*. New York: Russell Sage.

Western, B. (2011). 'Poverty Politics and Crime Control in Europe and America'. *Contemporary Sociology* 40(3). p. 283-286.

Western, B. (2016). 'Response to Didier Fassin'. Tanner lectures audiotape, UC Berkeley. Disponível em: [http://tannerlectures.berkeley.edu/2015-2016-lecture-fassin/].

Western, B., D. Weiman and M. Patillo (eds.) (2004). *The Impacts of Incarceration on Families and Communities*. New York: Russell Sage.

Whitman, J.Q. (2003) *Harsh Justice*: The Growing Divergence between America and Europe. New York: Oxford University Press.

Wilkinson and Pickett (2009). *The Spirit Level*: Why Greater Equality Makes Societies Stronger. London: Bloomsbury.

Williams, D and Collins, C (2001). 'Racial residential segregation: a fundamental cause of racial disparities in health'. *Public Health Reports*. 116: 404-416.

Wilson, W.J. (2009). *More Than Just Race*: Being Black and Poor in the Inner City. New York: Norton.

Wilson, W.J. (1997). *When Work Disappears*: The World of the New Working Poor. New York: Norton.

Wilson, W.J. (2012). *The Truly Disadvantaged 2nd ed.* Chicago: University of Chicago Press.

Wilson, W.J. (2011). 'Being Poor, Black and American: The Impact of Political, Economic and Cultural Forces'. *American Educator* Spring. p. 10-23.

Wright, R. (2012). 'Charging and Plea Bargaining as Forms of Sentencing Discretion'. In: J. Petersilia and K. Reitz (ed.). *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*. New York: Oxford University Press.

Zimring, F. (2010). 'The Scale of Imprisonment in the United States'. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 100. p. 1225-1245.

Zimring, F. (2017). 'American Exceptionalism or Fifty Different Countries?'. In: K. Reitz (ed.). *American Exceptionalism in Crime and Punishment*. New York: Oxford University Press.

Zimring, F. and Hawkins, G. (1997). *Crime is not the Problem*: Lethal Violence in America. New York: Oxford University Press.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- As finalidades ocultas do sistema penal, de Fernanda Carolina de Araujo Ifanger e João Paulo Ghiraldelli Dal Poggetto – *RBCCrim* 124/259-297 (DTR\2016\24300);
- El derecho penal para las sociedades periféricas americanas: una propuesta para América del siglo XXI, de José Fernando Botero Bernal – *RBCCrim* 72/53-86, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/655-681 (DTR\2008\936);
- La violencia, el orden social y el control social penal, de Juan S. Pegoraro – *RBCCrim* 45/46-58 (DTR\2003\793); e
- O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 121/161-190 (DTR\2016\21997).

A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ

The responsibility of the Brazilian judiciary in the juvenile mass incarceration: a case study on the HC 346.380-SP, STJ

Flora Sartorelli Venâncio de Souza

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bolsista FAPERJ.
florasartorelli@gmail.com

Hamilton Gonçalves Ferraz

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.
ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

Recebido em: 13.10.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão autores: 10.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Analisa-se o encarceramento em massa juvenil e a responsabilidade dos atores do sistema de justiça por este fenômeno. Para tanto, primeiramente explica-se o que se entende por encarceramento em massa, apresentando suas feições contemporâneas, para em seguida trabalhar a justiça juvenil como agência de criminalização secundária. Posteriormente, efetua-se um estudo de caso do precedente firmado no julgamento do HC 348.360-SP, STJ, analisando criticamente os votos dos Ministros julgadores. Ao final, são sugeridas hipóteses explicativas para o fenômeno e perspectivas para o futuro.

Abstract: It is analyzed the phenomenon of mass incarceration and the responsibility of legal actors for this scenario. Therefore, firstly, it is explained what must be understood as mass incarceration, presenting its contemporary designs and studying the Juvenile Justice system as a secondary criminalization agency. In sequence, it is realized a case study on the precedent elaborated by the judgment of the *Habeas Corpus* 348.360-SP, STJ, critically analyzing the Justice's votes. At the end, it is suggested explanatory hypotheses for the phenomenon and perspectives for the future.

Souza, Flora Sartorelli Venâncio de; Ferraz, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 129. ano 25. p. 257-284. São Paulo: Ed. RT, março 2017.

Palavras-chave: Justiça juvenil – Encarceramento em massa.

Keywords: Juvenile justice – Mass incarceration.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Poder Judiciário (via justiça juvenil) como agência de criminalização secundária. 3. Os adolescentes brasileiros e o sistema socioeducativo. 4. O *habeas corpus* 348.360-SP, STJ. 4.1. A redação original do art. 198, ECA. 4.2. A Lei 12.010/2009 e a Lei 12.594/2012: mudanças e controvérsias. 4.3. A construção de um novo entendimento: o HC 348.360-SP, STJ. 4.3.1. Breve histórico dos fatos. 4.3.2. O voto da Ministra-Relatora e seus subscritores. 4.3.3. A divergência. 4.3.4. O que o julgado quer nos dizer? 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

O encarceramento em massa é um fenômeno complexo. Ao contrário da forma como é normalmente tratado, ele não se restringe puramente ao aumento vertiginoso de pessoas privadas de liberdade nas últimas décadas ou à constatação de péssimas condições prisionais derivadas, em boa parte, da superpopulação carcerária. Afinal, a mera criação de vagas no sistema penitenciário, para absorver a superpopulação, ou a "humanização" do cárcere, para prover condições mínimas de dignidade aos presos, não seriam suficientes para explicar o papel desse fenômeno na atual expansão do estado penal. O encarceramento em massa, ao contrário do que tende a ser feito, não pode ser visto como um mero problema técnico, uma "aberração" temporária em um sistema de justiça racional ou como um acidente derivado da – inquestionável – Guerra às Drogas (DE GIORGI, 2015, p. 7).

A bem da verdade, quando se fala desse fenômeno, termos quantitativos e qualitativos devem ser analisados em conjunto (SIMON, 2014), como sendo parte de uma totalidade, sem que se deixe de questionar a própria legitimidade do sistema penal. O crescente confinamento deve ser encarado em profundidade: uma nova forma de produzir punição sobre uma parcela específica da população, como uma engrenagem punitiva da qual fazem parte diversos mecanismos que se interacionam (WACQUANT, 2010; DE GIORGI, 2015).

Wacquant, ao se referir ao caso estadunidense, aponta que uma das características do fenômeno é que ele não deixou nenhuma parte do país intocada, considerando desde a sociedade civil até as organizações governamentais, trazendo um consenso inimaginável no que se refere ao uso agressivo da punição (2010, p. 77). Essa afirmação refirma a ideia de amplitude e complexidade do crescente encarceramento. Ele reflete, acima de tudo, uma crença unânime no estado penal. Guardadas as devidas restrições contextuais, o mesmo pode ser

dito do Brasil a respeito da profunda crença no encarceramento, na neutralização de indivíduos e no sistema penal em si.

Ademais, o encarceramento em massa não pode deixar de ser visto sem se considerar suas dimensões de raça e classe. Como se sabe, ele diz respeito a uma parcela bem específica da população: pessoas de classe baixa, majoritariamente negras ou pardas e com baixa escolaridade.[1] Considerando a seletividade intrínseca ao sistema penal, lutar contra o encarceramento em massa é também lutar contra as desigualdades racial e social (DE GIORGI, p. 9-12).

Dentro dessa engrenagem punitiva estão diversas instituições que atuam articuladamente – Polícia, Legislativo, Judiciário, Prisão etc. – que são fundamentais para que se perceba a real dimensão do fenômeno. De modo geral, na era do encarceramento em massa, enquanto a polícia prende e vigia ostensivamente, o Legislativo produz leis cada vez mais duras, a prisão neutraliza indivíduos e o Judiciário garante legitimidade a esse processo. O caso da criminalização de adolescentes se mostra especialmente interessante por uma razão: ao contrário do sistema adulto, em que é apontado o aumento de penas e criação de novos delitos pelo Legislativo como uma das principais razões da existência do encarceramento massivo, no sistema juvenil, apesar de inúmeras tentativas de recrudescimento,[2] a legislação própria é considerada extremamente progressista, tendo como pressuposto básico o caráter excepcional das medidas privativas de liberdade. Assim, mostra-se relevante jogar luz para as outras instituições a fim de se verificar como que esse sistema peculiar se insere na lógica do encarceramento em massa.

Considerando esses aspectos, e sem perder a visão de totalidade, este trabalho tem a pretensão de analisar a fundo a instituição judiciária, por meio de revisão bibliográfica e, principalmente, do estudo de caso de uma decisão

1. A esse respeito, interessante crítica de Loïc Wacquant, que prefere a expressão *hiperencarceramento* à de encarceramento em massa. Wacquant sustenta que "encarceramento de massa" sugeriria que o confinamento diria respeito a largas fatias da cidadania, configurando assim uma "rede penal" lançada por todo o espaço social e físico, o que seria um equívoco. Primeiro, porque o encarceramento se refere a uma parcela precisa e determinada da população; segundo, porque a expansão e intensificação das atividades policiais e judiciais, bem como as prisões, não foram amplas e indiscriminadas (nos EUA, foram os homens negros e de classe baixa, presos no gueto decadente); e terceiro, porque esta tripla seletividade seria propriedade constitutiva do fenômeno (WACQUANT, 2010, p. 78).
2. Vide debates recentes sobre a redução da maioridade penal (CAPPI, 2014; RODRIGUES, 2015).

paradigmática e recente relativa à racionalidade punitiva da Justiça Juvenil (HC 346.380/SP, pelo STJ).[3]

Os problemas que o presente trabalho buscará responder, com base nesse estudo de caso, são, portanto: de que forma os juízes se inserem nesse mecanismo punitivo por meio de suas decisões; como há um crescente encarceramento de jovens, mesmo diante de uma legislação baseada na doutrina da proteção integral, que tem a restrição de liberdade enquanto exceção absoluta; se é possível afirmar (e em que medida) que há responsabilidade do Judiciário no encarceramento em massa de adolescentes e de jovens adultos, tendo em vista a sua racionalidade punitiva específica e quais os possíveis impactos que o julgamento do HC 346.380-SP pelo STJ poderá trazer a este cenário.

De modo a responder estas questões adequadamente, tendo em vista os pressupostos adotados até agora neste trabalho, será debatido o papel do Poder Judiciário na criminalização via Justiça Juvenil; será apresentado um retrato da realidade dos adolescentes brasileiros e do sistema socioeducativo, de modo a se assentar as bases empíricas do problema de pesquisa; na sequência, será realizada uma análise crítica do HC 346.380-SP, STJ, enfrentando as controvérsias e argumentos em torno da aplicação de medida socioeducativa de internação no caso de interposição de recurso.

2. O Poder Judiciário (via justiça juvenil) como agência de criminalização secundária

Nas lições de Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, observa-se que todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. A isto se chama *criminalização*, resultado da gestão de um conjunto de *agências* que formam o sistema penal (ou, no caso, sistema de Justiça Juvenil[4]). Essa criminalização ocorre em duas vias: *primária*, por meio da sanção de uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas; e secundária, por meio da ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (BATISTA; ZAFFARONI, 2006, p. 43-45).

3. Sobre a importância das instituições judiciárias na manutenção ou no combate ao encarceramento em massa, ver o recente trabalho de Jonathan Simon (2014): "Mass Incarceration on Trial: a remarkable court decision and the future of prisons in America".

4. A compreensão da Justiça Juvenil como um objeto de estudo relacionado à "Justiça Criminal" é normalmente aceita nos países centrais. Sobre isto, conferir Kraska (2009, p. 350).

Dentre as várias agências do sistema penal, encontram-se as *agências judiciais*, (com maior proeminência, Ministério Público e Judiciário) responsáveis pela interpretação e persecução dos fatos compreendidos como delitos ou atos infracionais puníveis (BATISTA; ZAFFARONI, 2006, p. 60). Na engrenagem punitiva que circunscreve o encarceramento em massa, são as agências judiciárias que legitimam o que fora realizado pelas outras agências, aplicando as leis sem contestação, e criam novas formas de interpretação legal tendentes ao punitivismo.

Como anota Salo de Carvalho, o encarceramento em massa que marca a política criminal nacional não se restringe à incorporação do populismo punitivo por parte das agências legislativas; ele requer para sua plena efetivação que *os atores com poder de decisão na esfera processual penal legitimem as diretrizes punitivistas, concretizando-as através da racionalidade jurídico-instrumental* (2010, p. 59-60).

Salo de Carvalho ainda argumenta pela existência de uma formação cultural dos operadores do direito, decorrente de uma mentalidade inquisitória, que produz uma crença cega na pena e na prisão (2010, p. 232). Aliás, a visão da prisão como resposta natural ao crime, o chamado "dogma da pena" originado nos tempos inquisitoriais, é o que funda o pensamento penal moderno (BATISTA, 2011).

Esta compreensão a respeito da operacionalidade do sistema penal é plenamente aplicável à Justiça Juvenil. De fato, a percepção do viés punitivo-penal da justiça de adolescentes goza de considerável consenso acadêmico,[5] muito em razão da crença de que a consideração da natureza jurídica da medida socioeducativa como pena ensejaria o reconhecimento das garantias penais como sendo incidentes nos casos dos adolescentes em conflito com a lei.

Por outro lado, o complexo normativo[6] que disciplina a matéria, apesar de seguir diretrizes garantistas e não repressivas, priorizando o bem-estar da criança e do adolescente, apresenta caráter lacônico (linguagem imprecisa,

5. Elencam-se, por oportuno, os clássicos trabalhos de Emílio García Mendez (1998, 2006); Sérgio Salomão Shecaira (2015); Karyna Batista Sposato (2006); João Batista Costa Saraiva (2005, 2010); Alexandre Morais da Rosa (2011); e, contemporaneamente, Ellen Rodrigues (2016).

6. Por "complexo normativo" designa-se o amplo conjunto de normas que rege a Justiça Juvenil brasileira: Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (Decreto 99.710/1990); Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678/1992); Diretrizes de Riad (1990); Constituição de 1988; Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei. 12.594/2012).

normas em aberto etc.), o que confere ampla margem de discricionariedade aos operadores do direito. Há, assim, uma utilização dessas lacunas para flexibilizar as orientações legais, de acordo com o conteúdo punitivista e repressor por debaixo das antigas concepções *tutelares* (ou *menoristas*) que compõem o sistema.

Tais visões atribuíam ao Estado as funções de tutela e proteção de "menores" (que formavam uma categoria estigmatizada, distinta e separada das "crianças e adolescentes"), e, dessa forma, assumindo que as sanções juvenis não seriam "penas", mas sim um "bem" a criança ou adolescente, legitimavam toda sorte de arbitrariedade e repressão, subtraindo dessas pessoas garantias e direitos fundamentais, favorecendo violações ao devido processo legal por procedimentos inquisitoriais, e, em suma, considerando crianças e adolescentes como *objetos* e não *sujeitos*. Por trás da doutrina menorista, havia todo um ideal de defesa social (ALVAREZ, 1990). Infelizmente, tais visões ainda são uma permanência histórica da Justiça Juvenil brasileira,[7] e consistem nos maiores óbices à efetivação emancipatória da *doutrina da proteção integral*.[8] Tais tendências podem ser vistas cotidianamente nos tribunais brasileiros, o que será melhor demonstrado quando do estudo de caso.

3. Os adolescentes brasileiros e o sistema socioeducativo

Na análise do sistema de justiça juvenil brasileiro, faz-se necessário trazer alguns dados que permitam um retrato mais ou menos acurado, mais ou menos preciso, da sua operacionalidade global,[9] bem como do contexto real dos adolescentes autores de ato infracional, seja no tocante à vitimização, seja em relação à criminalização secundária, pela intervenção das agências policiais e judiciais.

---

7. Há uma grande variedade de pesquisas empíricas que demonstram o funcionamento tutelar menorista da Justiça Juvenil brasileira contemporânea. Por todos, conferir Karyna Sposato e Maria Minahim (2011); Ana Paula Motta Costa e Júlia Maia Goldani (2015); Salo de Carvalho (2012); Eduardo Cornelius (2014) e Flora Sartorelli Venâncio de Souza (2015, 2016).

8. O ECA representou um movimento de transição entre um sistema pautado na doutrina da situação irregular (etapa tutelar), típico dos Códigos de Menores de 1927 e 1979, para outro pautado na doutrina da proteção integral (etapa garantista).

9. Há de se advertir o leitor pela carência e dispersão de dados unificados e sistematizados acerca do sistema penal comum e juvenil brasileiro. Desse modo, o que se pretende nada mais é do que um retrato do adolescente e da Justiça Juvenil, o mais aproximado possível, nessas condições.

No que concerne à vitimização, adolescentes sofrem mais assassinatos proporcionalmente do que adultos. Na faixa etária entre 16 e 17 anos, nos últimos 30 anos, o número de assassinatos no Brasil aumentou em 640,9%, sendo que nesta faixa os homicídios representam 46% do número total de mortes (WAISELFISZ, 2015). Ademais, o número de homicídios juvenis não é proporcional ao peso demográfico do grupo. Apesar de jovens representarem aproximadamente 18% da população total, o número de assassinatos gira em torno de 36% do total, praticamente o dobro do que seria esperado em função de seu peso (SECRETARIA NACIONAL DE JUVENTUDE, 2013).

Tampouco os homicídios são proporcionais no que diz respeito à cor. Jovens pretos e pardos possuem maior probabilidade de serem vítimas deste crime do que indivíduos brancos, amarelos e indígenas: entre 14 e 18 anos, as chances variam entre 40% e 120%, chegando a um pico de 140% aos 21 anos, conforme aponta o *Atlas da Violência 2016*, elaborado pelo IPEA (IPEA, FBSP, 2016).

Sobre os adolescentes autores de ato infracional e suas características pessoais, por pesquisas da SDH e do Conselho Nacional de Justiça verifica-se que a faixa etária predominante de adolescentes em restrição de liberdade é de 14 a 17 anos (76%), sendo que os adolescentes entre 16 e 17 anos representam 57% do total; adolescentes pretos e pardos compõem 57,41% deste número; há uma clara predominância masculina de adolescentes restritos de liberdade (96%); a média da idade em que o adolescente interrompeu os estudos é de 14 anos; e a última série escolar cursada varia, de forma acentuada, entre a 5ª e 8ª séries (6º ao 9º ano do ensino fundamental), o que corresponde a 66% do total (SDH, 2015).

No que concerne às adolescentes autoras de ato infracional, pesquisa de 2015 do CNJ verifica algumas características semelhantes em seu encarceramento: a faixa etária média é entre 15 e 17 anos; mais da metade (entre 60% e 70%) são não brancas; e a última série escolar cursada está, em geral, entre o 6º e o 9º ano do ensino fundamental (CNJ, 2015, p. 22-27).

De forma surpreendente, ainda não há pesquisas recentes de âmbito nacional medindo a renda familiar e condições sociais dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa. Contudo, na tentativa de visualizar esta questão, citam-se aqui os resultados da pesquisa do CNJ relativa às adolescentes autoras de ato infracional, cuja renda familiar média é de 1 a 2 salários mínimos (CNJ, 2015, p. 24); e uma pesquisa realizada pelo IPEA e Ministério da Justiça (2003), que mostram um perfil de exclusão social entre esses adolescentes: mais de 60% dos adolescentes privados de liberdade eram negros, 51% não frequentavam a escola e 49% não trabalhavam quando cometeram o delito

e 66% viviam em famílias consideradas extremamente pobres.[10] Além disso, a atuação expressiva da Defensoria Pública na área da infância e juventude sugere se tratar, em sua larga maioria, de adolescentes oriundos de famílias hipossuficientes.

Passando à atuação das agências do sistema, importante pesquisa de 2015 realizada pela Anistia Internacional no Rio de Janeiro sobre mortes decorrentes de intervenção policial[11] atesta que, neste estado, jovens e adolescentes morrem mais do que adultos. Analisando dados entre 2010 e 2013, verificou-se que mais da metade das vítimas tinha idade até 24 anos, 79,11% eram negros (pretos e pardos) e 99,5% eram do sexo masculino (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015).

Ainda no Rio de Janeiro, outro dado a se considerar é o de apreensões policiais de adolescentes. De 2012 a 2014, passamos de 5.042 apreensões em 2012, para, ao fim de 2014, 8.380, ou seja, neste intervalo houve aumento de 166,20% (ISP, 2014, 2013).

No Estado de São Paulo, interessante pesquisa percebeu que, em 2012, enquanto o total de prisões de adultos foi de 161.697, as apreensões de adolescentes totalizaram 30.222, equivalendo a 18,6% do total relativo a adultos. Mesmo assim, o aumento das apreensões dos jovens, foi de 42% nesses três anos, representando mais do que o dobro do crescimento registrado nas prisões de adultos, que ficou em 17%.[12] Os números indicam a possibilidade de a instituição policial também atuar de forma mais repressiva com os adolescentes do que com os adultos.

Acerca da aplicação das medidas de restrição de liberdade (internação, internação provisória e semiliberdade), importa observar, conforme dados da Secretaria de Direitos Humanos (SDH), que adolescentes sujeitos a essas medidas

10. IPEA. O adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução da maioridade penal: esclarecimentos necessários. Brasília, 2015. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20]. Acesso em: 06 jun. 2016.

11. Trata-se dos também chamados casos de "autos de resistência", registros administrativos de ocorrência realizados pela Polícia Civil (que remontam à ditadura militar), que faz uma classificação prévia do homicídio praticado por policiais, associando-o a uma excludente de ilicitude: legítima defesa do policial. Pela conhecida deficiência de investigação e processamento destes casos, trata-se de uma categoria que muitas vezes encobre casos de execução extrajudicial.

12. Disponível em: [www.unespciencia.com.br/2014/03/unespciencia-50/]. Acesso em: 06 jun. 2016. p. 20.

representam 0,08% dentre a população de 12 a 18 anos no país (26.154.356 adolescentes) (SDH, 2013). Verifica-se, ainda, um crescimento da restrição e privação de liberdade de adolescentes no país: 10,5% entre 2008-2011; 4,7% entre 2011-2012 e 12% entre 2012-2013 (Idem).

Um dado surpreendente exsurge da comparação entre o encarceramento adulto e o encarceramento juvenil (aqui compreendidas as medidas de restrição de liberdade de adolescentes em conflito com a lei).[13] Comparando dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), da SDH (Secretaria de Direitos Humanos) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificou-se que entre 1996 e 2010, o número de adolescentes encarcerados por 100.000 habitantes cresceu de 2,72 para 9,24, em um aumento de 239,7%; em relação a adultos, entre 1995 e 2010, houve uma variação de 95,47 para 259,17 presos por 100.000 habitantes, em um aumento de 171%.

Atualizando sua pesquisa até 2015, nota-se que, em comparação com o crescimento do encarceramento adulto em números absolutos, a restrição de liberdade de adolescentes apresentou variação significativamente maior. Se, no encarceramento adulto, passamos de, em 1995, uma população carcerária de 148,8 mil presos para, em 2013, 581,5 mil, ou seja, um aumento de 390,79% (DEPEN, 2015), o encarceramento juvenil no mesmo período saltou de, em 1996, 4.245 adolescentes para, em 2013, 23.066, em um aumento impressionante de 543,36% (SDH, 2015). E tudo indica que esse crescimento não deve frear tão cedo.

Por fim, vale traçar algumas notas sobre o sistema socioeducativo. No Rio de Janeiro, as condições gerais do sistema estão muito aquém do ideal. O CNJ constatou, dentre outros problemas, tratamento assemelhado ao prisional; superlotação; violência dos agentes e separação dos adolescentes por "facção" ao invés de por idade, compleição física e gravidade da infração (CNJ, 2012) – o que corresponde, aliás, ao quadro nacional geral do sistema socioeducativo, conforme atestou o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (2015, p. 46-58). A Comissão de Direitos Humanos da ALERJ também aponta aumento, neste estado, do número de adolescentes privados em liberdade, desde 2012, chegando à cifra de 1.487 em 2014 (ALERJ, 2014, p. 73).

Ademais, são relatados com frequência casos de maus tratos, tortura, castigos físicos que ocorrem em unidades do Departamento Geral de Ações So-

13. Salo de Carvalho (2013, p. 4-5) já havia percebido como o encarceramento juvenil é maior e desproporcional em relação ao adulto, comparando as taxas de encarceramento adulto e juvenil.

cioeducativas (DEGASE), que, por sua vez, também passam por problemas de condições estruturais e insalubridade (ALERJ, 2013, p. 84).

Diante de todas estas informações, o quadro geral que se apresenta é de uma Justiça Juvenil que opera como um subsistema muito mais agressivo em relação aos adolescentes do que o sistema penal comum é para adultos. Esta situação se agrava em razão da condição de vulnerabilidade destes jovens em relação ao sistema penal, sendo mais vitimizados e criminalizados proporcionalmente do que adultos. Pode-se concluir que o fenômeno do encarceramento em massa não só atinge a população juvenil, como assim o faz com maior intensidade do que com a população adulta.

Assim como no sistema adulto, é possível se verificar a existência de uma seletividade na forma de operação deste sistema de justiça, que apresenta um direcionamento claro: a expressiva maioria dos casos submetidos à Justiça Juvenil retrata adolescentes entre 14 e 16 anos, pobres, negros, do sexo masculino e que interromperam os estudos ainda no Ensino Fundamental. Esses dados reforçam o argumento de que o debate sobre o encarceramento em massa não pode ser feito desconsiderando suas dimensões de raça e classe.

Diante do exposto, passa-se à análise jurisprudencial proposta, de forma a se entender precisamente como e de que forma a racionalidade punitiva dos tribunais juvenis contribui para a manutenção da realidade acima descrita.

4. O *HABEAS CORPUS* 348.360-SP, STJ

Conforme se apontou no início do trabalho, pelo julgamento do HC 348.360-SP, o STJ passou a permitir a aplicação imediata de medida socioeducativa de internação, independentemente de interposição de apelação. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que "*Mesmo diante da interposição de recurso de apelação, é possível o imediato cumprimento de sentença que impõe medida socioeducativa de internação, ainda que não tenha sido imposta anterior internação provisória ao adolescente*".[14]

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), esta virada de jurisprudência do STJ torna-se um precedente, que, embora ainda não conte com força obrigatória (por não se encaixar nas hipóteses do art. 927, NCPC), por ter sido decidido na Terceira Seção, nos termos do art. 12,

14. Para esta introdução, utiliza-se como síntese da tese firmada o disposto no informativo de jurisprudência correspondente (Informativo 583, STJ). Em tópico específico, será objeto de análise o acórdão respectivo, os votos de cada Ministro e os precedentes posteriores ao julgado.

IX do Regimento Interno do STJ,[15] já passa a influir em julgamentos em todo o Brasil (além do próprio STJ) e provavelmente será objeto de súmula.

Trata-se de um precedente extremamente controverso que, conforme será demonstrado no decorrer do artigo, explicita e consagra uma racionalidade típica da Justiça Juvenil, a qual está intrinsecamente relacionada com o encarceramento em massa de adolescentes e jovens adultos, além de ter, por si só, o potencial de intensificar tal fenômeno.

Para o enfrentamento do julgado, será apresentado o desenvolvimento da controvérsia, que gira em torno da sistemática recursal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos arts. 198 e seguintes do diploma para, na sequência, expor e analisar os argumentos de cada julgador.

4.1 A redação original do art. 198, ECA

O ECA adota como sistema recursal a dinâmica processual civil (art. 198, *caput*, ECA), independentemente da natureza do procedimento. Contudo, como anota João Batista Costa Saraiva, isso não transforma os recursos interpostos em face de decisões lançadas em procedimentos infracionais em recursos cíveis, permanecendo o tema penal juvenil (SARAIVA, 2010, p. 262). No que diz respeito à apelação, vigorava a redação original do art. 198, *caput* e inc. VI,[16] que determinava a regra de recebimento com efeito devolutivo.

Na lição de Rossato, Lépore e Cunha, havia dois critérios para concessão de efeito suspensivo: a) *legal*, no caso de deferimento de adoção por estrangeiro; e b) *judicial*, sempre que a autoridade verificasse a existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2015, p. 475). Dessa forma, em face da regra especial do ECA, entendia-se que a sentença sancionatória produzia efeitos imediatos, de sorte que o adolescente deveria iniciar o cumprimento da medida socioeducativa aplicada, inde-

15. Art. 12. Compete às Seções processar e julgar:
IX – os incidentes de uniformização de jurisprudência, quando ocorrer divergência na interpretação do direito entre as Turmas que as integram, fazendo editar a respectiva súmula.

16. Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações: VI – a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

pendentemente do trânsito em julgado daquela decisão (FULLER, DEZEM e MARTINS, 2013, p. 223).

4.2 A Lei 12.010/2009 e a Lei 12.594/2012: mudanças e controvérsias

Com o advento da Lei 12.010/2009 (também conhecida como "Lei Nacional da Adoção"), o inc. VI do art. 198, ECA, foi suprimido. Dessa maneira, a regra dos efeitos da apelação passou a ser a disposição constante no art. 520, CPC/1973, tanto em razão ao disposto no *caput* do art. 198, ECA, como em relação ao art. 152, *caput*, ECA,[17] que impunha a aplicação subsidiária das normas gerais previstas na legislação processual pertinente (VAY, 2015, p. 191).[18-19]

Conforme demonstra Giancarlo Vay, com a revogação da disposição especial do ECA, a interpretação esperada seria a de que as apelações relacionadas aos processos socioeducativos também fossem recebidas no duplo efeito, já que a lei não aponta qualquer especificidade neste âmbito. Entretanto, a interpretação jurisprudencial que se realizou foi no sentido de que tal disposição não valeria para os processos socioeducativos, uma vez que a Lei 12.010/2009 teria sido editada exclusivamente para questões de família (VAY, 2015, p. 192).

Em vista deste cenário, o legislador, quando da elaboração da Lei 12.594/2012 (Lei do SINASE), alterou o art. 198, *caput*, do EC,[20] fazendo constar expressa-

17. Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

18. Vale ressaltar que, atualizada a parte das antigas tutelas antecipadas (hoje, tutelas provisórias), o Novo CPC (Lei 13.105/2015) repetiu, em grande medida, a disciplina anterior: Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1.º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: I – homologa divisão ou demarcação de terras; II – condena a pagar alimentos; III – extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV – julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V – confirma, concede ou revoga tutela provisória; VI – decreta a interdição.

19. Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I – homologar a divisão ou a demarcação; II – condenar à prestação de alimentos; III – julgar a liquidação de sentença; IV – decidir o processo cautelar; V – julgar improcedentes os embargos opostos à execução. V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem. VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

20. Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal

mente que o sistema recursal do CPC também se aplica aos processos socioeducativos. Como recorda Giancarlo Vay (2015, p. 192), tal orientação é consagrada pela carta de motivações do PL 1.627/2007,[21] que deu origem à Lei do SINASE:

> 6. O sistema em questão tem como finalidade precípua estabelecer conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que *devem ser observados no processo de apuração de ato infracional*, assim como quando da execução das medidas socioeducativas.

A partir deste momento, construíram-se basicamente três grandes linhas de interpretação ao art. 198, ECA: a *primeira*, minoritária, no sentido de atribuir duplo efeito à apelação no procedimento socioeducativo, respeitando-se plenamente o princípio da presunção de inocência (não se aplica medida socioeducativa sem o trânsito em julgado) (VAY, 2015; FULLER, DEZEM e MARTINS, 2013, p. 224); a *segunda*, entendendo que ainda assim seria possível a aplicação de medida socioeducativa imediatamente, independente mesmo de recurso em nome dos princípios protetivos do ECA e uma vez que a modificação no art. 198 se prestaria apenas à adoção e deveria ser feita leitura sistemática com o art. 215, ECA,[22] que prevê a possibilidade de aplicação de efeito suspensivo pelo juiz para evitar dano irreparável à parte (ISHIDA, 2015, p. 534); e a *terceira*, aplicando o art. 520, CPC/1973, admitindo o duplo efeito como regra, mas permitindo excepcionalmente o efeito devolutivo no caso de internação provisória ao longo da instrução, pelo que a sentença estaria a confirmar uma antecipação de tutela, e, portanto, careceria de efeito suspensivo o recurso (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2015, p. 477).

Cada um dos vetores interpretativos acima contou com alguma adesão jurisprudencial (tanto de Tribunais Estaduais como de Tribunais Superiores). Entretanto, a interpretação que vinha recebendo maior peso era a última, inclusive no próprio STJ. Tal fato suscitou divergência entre a 5ª e a 6ª Turmas da Corte, o que levou inevitavelmente a uma pacificação por meio do julgamento do HC 348.360-SP, julgado definitivamente em 13.04.2016, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 13.05.2016.

---

da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações: (Redação dada pela Lei 12.594, de 2012).

21. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=483743&filename=Tramitacao-PL+1627/2007]. Acesso em: 29 ago. 2016.

22. Art. 215. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

4.3 A construção de um novo entendimento: o HC 348.360-SP, STJ

Antes de adentrar no julgado, vale destacar que a consulta ao precedente foi realizada pelo endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça.[23] Conforme a Certidão de Julgamento, pelo não conhecimento do *Habeas Corpus*, mas concedendo a ordem de ofício: Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura; Min. Jorge Mussi; Min. Reynaldo Soares da Fonseca e Min. Felix Fischer; pela denegação do *writ*: Min. Rogério Schietti Cruz; Min. Nefi Cordeiro; Min. Ribeiro Dantas; Min. Antonio Saldanha Palheiro e Min. Joel Ilan Paciornik. Nestes termos, *o resultado final foi cinco votos a quatro pela denegação da ordem*, nos termos do voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, que lavrou o respectivo acórdão.[24]

No endereço eletrônico do precedente, encontram-se disponíveis para consulta apenas os votos da Ministra Maria Thereza de Assis Moura; Min. Jorge Mussi; Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Min. Rogério Schietti Cruz; Min. Ribeiro Dantas e Min. Joel Ilan Paciornik.

4.3.1 Breve histórico dos fatos

O caso levado a julgamento pelo STJ tratava da prática de ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal (roubo circunstanciado pelo emprego de arma e concurso de pessoas) e art. 16, IV, Lei 10.826/2003 (porte ou posse de arma de fogo de uso restrito). Tratou-se de adolescente de 16 anos, primário, que permaneceu em liberdade ao longo do processo e compareceu a todos os atos processuais juntamente com seus pais e advogado. Inclusive, vale destacar que o Ministério Público de São Paulo chegou a opinar pela aplicação da medida de liberdade assistida (MOURA, 2016, p. 1).

A sentença socioeducativa não acolheu o pedido ministerial e aplicou medida socioeducativa de internação, independentemente de o adolescente ter permanecido em liberdade ao longo do processo e mesmo da interposição de apelação. Os fundamentos levantados dizem respeito essencialmente a características pessoais do autor, que merecem transcrição:

23. O HC 348.360-SP encontra-se disponível para consulta aqui: [ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503260990&dt_publicacao=13/05/2016].

24. Certidão de julgamento disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59908144&num_registro=201503260990&data=20160513&tipo=41&formato=PDF].

O adolescente não possui antecedentes, mas a informação trazida na certidão de fls. 51 denota que *ele já foi contemplado com uma remissão* e isso em data recente (28.07.2014), o que não pode ser desconsiderado na presente análise.

O que mais releva no caso, entretanto, é a *maneira* como os atos infracionais se articularam e *a forma evidenciada de como o representado encara as obrigações sociais* (notadamente as obrigações negativas), a seriedade das instituições e o desdém com que ele trata o patrimônio alheio.

O caso é atípico porque, regra geral, o perfil de adolescente que se envolve em atos tais é diferente do perfil do representado. Fosse este um morador de qualquer bairro humilde da Comarca, que, apenas por hipótese, frequentasse as aulas, mas tivesse contato com péssimas companhias; como diversão se reunisse para jogar futebol ou empinar pipa; usasse uma motocicleta barata de um familiar, escondido ou não, fizesse alguns "bicos" como pintor ou servente de pedreiro com outro parente, *as circunstâncias levariam inevitavelmente à internação*.

O retrato hipotético é o mesmo do caso em testilha, que, contudo, possui uma moldura um pouco mais sofisticada, ou propriamente mais cara. *Em vez de morar em um bairro pobre, o representado vive em um portentoso loteamento fechado na Comarca (fls. 08)*; *como esporte preferido pratica adestramento, nos cavalos Lusitano que a família cria*; em vez de "bicos" como pintor ou pedreiro*, o representado trabalha na empresa da família e tem como objetivo se graduar em Administração de Empresas*; no lugar de uma motocicleta de baixa cilindrada, *o representado era livre para dirigir o veículo Audi da genitora*, a qual insistiu em afirmar que apenas tomou conhecimento disso após a abordagem policial.

Pois bem, não há dúvidas de que *o desvalor social demonstrado pelo representado não apenas justifica, mas impõe uma correção mais rígida por parte do Estado*. Até o presente momento a *sua família, mesmo com mais condições do que a média da população brasileira, não conseguiu desenvolver de forma adequada o caráter do representado, ao contrário, tudo indica que com as permissibilidades, até trabalhou contra*.

Ele não subtraiu uma bicicleta estacionada na rua; participou de um roubo praticado com arma de fogo e posteriormente portou a mesma arma de fogo municiada que, por sinal, tinha a numeração suprimida (fls. 29).

Dois dias após o roubo, foi surpreendido em flagrante portando essa arma, o que também demonstra a *sensação de que tudo pode e de que a sua condição pessoal é um passe-livre, um salvo-conduto para tudo-poder*. Diante do quadro apresentado, *qualquer outra medida que não a internação se mostra insuficiente para a necessária (re)estruturação socioeducacional do representado e apresentará o inexorável revés de fomentar ainda mais o seu comportamento antissocial* (Cf. MOURA, 2016, p. 2-3).

O teor tutelar e punitivista da sentença impressiona, mas não se pode esquecer que seu conteúdo reflete, na imensa maioria dos casos, a dura realidade do cotidiano forense. Note-se que ser primário não foi suficiente, uma vez que o adolescente fora contemplado com uma remissão (que, nos termos do ECA, "não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes" – art. 127).

Vale destacar como o magistrado diferenciou este caso da maioria, ao ressaltar as condições sociais e pessoais favoráveis do adolescente, que se afastam da operatividade seletiva da Justiça Juvenil sobre a juventude pobre, negra e marginalizada – que vive em circunstâncias que, nas próprias palavras do julgador, "levariam inevitavelmente à internação". Ao contrário, com o objetivo político-criminal de "nivelar" socialmente a Justiça Juvenil, o juiz afirma que "*o desvalor social demonstrado pelo representado*" (e não pela conduta praticada) "*não apenas justifica, mas impõe uma correção mais rígida por parte do Estado*", culpabilizando sua família por sua criação.

Ou seja: *o caso é a exceção que confirma a regra*. *Exceção* por se tratar de um jovem de classe favorecida que caiu nas redes do sistema e que respondeu ao processo em liberdade, *regra* por ter ficado explicito a "clientela" dos tribunais penais juvenis e o fato da inevitabilidade da internação para os mais desfavorecidos.

Ao final, invocando a "*necessidade de (re)estruturação socioeducacional do representado*" e verificando o "risco" de se "fomentar ainda mais o comportamento antissocial", o magistrado aplica a medida extrema de internação. Demonstra-se, assim, a crença na instituição de internação, como aparelho reformatório, como sendo esta capaz de moldar os adolescentes de modo a acabar com o seu comportamento "antissocial".

A sentença foi alvo de recurso de apelação (que só fora recebida no efeito devolutivo) e *Habeas Corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo. A Câmara Especial do Tribunal denegou a ordem no HC com o argumento (amparado por parcela doutrinária e jurisprudencial) de que receber o recurso de apelação no duplo efeito representaria "um óbice à execução provisória das sentenças", "afastando-se do princípio da proteção integral dos interesses das crianças e dos adolescentes" e da proximidade temporal entre a ocorrência dos fatos e o cumprimento da medida socioeducativa (princípio da atualidade) (MOURA, 2016, p. 3-4). Ou seja, demonstrou-se aqui o entendimento de que a internação seria um bem ao adolescente, considerando que estaria de acordo com a sua proteção integral.

Ademais, conforme o Tribunal, as medidas socioeducativas "têm por escopo primordial a ressocialização do adolescente, possuindo um intuito pedagó-

gico e de proteção aos direitos dos jovens". A Corte ainda entendeu que, caso o cumprimento da medida socioeducativa estivesse condicionado ao trânsito em julgado da sentença que deu provimento à representação, seria evidenciada a "perda de sua atualidade quanto ao objetivo ressocializador da resposta estatal", permitindo a manutenção dos adolescentes em situação de risco, com a exposição aos mesmos condicionantes que o conduziram à prática infracional (MOURA, 2016, p. 3-4).

A partir destas justificativas, legitimou-se em segunda instância a aplicação de medida socioeducativa de internação independentemente de interposição de apelação e mesmo no caso de ter o adolescente permanecido em liberdade ao longo do procedimento.

4.3.2 O voto da Ministra-Relatora e seus subscritores

A Ministra-Relatora, inicialmente, deixa claro o repúdio à decisão do Tribunal de São Paulo, sustentando que a possibilidade de internação imediata se restringe às hipóteses em que a sentença tiver confirmado a antecipação dos efeitos da tutela (execução provisória), nos termos do art. 198, ECA c/c art. 520, CPC/1973. Tal não seria o caso em questão, uma vez que o paciente permaneceu em liberdade até a prolação da sentença (MOURA, 2016, p. 5).

A Ministra, portanto, acolheu o entendimento então predominante, ou seja, que a execução provisória de medida de internação (desde a entrada em vigor da Lei 12.010/2009 e da Lei 12.594/2012) se restringia ao caso em que o adolescente já tivesse sido provisoriamente internado ao longo da instrução em primeiro grau, caso em que a apelação teria apenas efeito devolutivo (MOURA, 2016, p. 8-13).[25]

Ademais, sustenta a Ministra que, "a depender da situação de vulnerabilidade em que se encontra o adolescente, quando da prolação da sentença, é cabível a aplicação imediata de medidas protetivas" (art. 101, ECA), pertinentes ao caso. Assim, não conheceu do *Habeas Corpus*, mas concedeu a ordem de ofício

25. Interessante perceber que a Ministra se amparou ainda em julgado da Primeira Turma do STF (HC 122.072, Rel. Min. Dias Toffoli) que, vale notar, esposa entendimento mais correto, uma vez que impõe o respeito ao princípio da presunção de inocência no âmbito infracional, reputa que a internação provisória tem natureza cautelar (e não satisfativa); e que constitui *manifesto constrangimento ilegal*, por ofensa ao devido processo e ao dever de motivação, a determinação em sentença de imediata execução da medida de internação "independentemente da interposição de recurso", devendo ser a apelação dotada de duplo efeito, uma vez que não ocorre situação que importe em "decidir o processo cautelar" e nem "confirmar a antecipação dos efeitos da tutela".

para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento da apelação interposta (MOURA, 2016, p. 14).

Subscreveu o entendimento da Relatora o Min. Jorge Mussi (que proferiu voto-vista). De acordo com o Ministro, a solução esposada pela Relatora encontra solução uniforme no âmbito da 5ª Turma do STJ. Ressaltou o Ministro que, a par dos princípios que norteiam o sistema de proteção da criança e do adolescente, por se tratar de medida que restringe a liberdade de locomoção do adolescente, sua análise deve ser norteada pelo princípio da legalidade (art. 5.º, II, CRFB) (MUSSI, 2016, p. 1-3).

Ratificando o entendimento da Relatora e do voto-vista, o Min. Reynaldo Soares da Fonseca vai além e deixa expresso que a interpretação proposta pela divergência "*amplia, em relação aos menores, a orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP"*, o qual, como se sabe, reinterpreta (em afronta ao texto expresso da Constituição) o sentido de trânsito em julgado e admite a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.[26] O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca percebe que, no caso de adolescentes, a Corte estaria admitindo execução provisória antes mesmo do julgamento da apelação respectiva, dando aos adolescentes tratamento mais repressivo do que aos adultos. Vislumbrando violação ao princípio da presunção de inocência, o Ministro reafirmou a jurisprudência então consolidada (FONSECA, 2016, p. 2-3).

4.3.3 A divergência

A divergência em relação ao entendimento dominante partiu do Min. Rogério Schietti Cruz.

Curiosamente, o Ministro inicia seu voto afirmando que a internação provisória (requisito então exigido para a internação imediata do adolescente após a sentença condenatória) não teria natureza de "antecipação dos efeitos da tutela", porque se isso efetivamente ocorresse, seria o caso de uma "punição"

26. Recentemente, o Plenário do STF, na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida, decidiu, por maioria, sobre a possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância, mesmo que estejam pendentes recursos a tribunais superiores. Além disso, também recentemente, o Plenário indeferiu medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, quando os ministros reconheceram que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância. Consolidou-se, então, o entendimento anteriormente emanado na análise do HC 126292/SP.

antecipada, que não teria relação com a internação provisória, mais próxima de uma "medida cautelar de cunho pessoal" (CRUZ, 2016, p. 2).

A segunda divergência diz respeito ao condicionamento da execução imediata da medida socioeducativa imposta na sentença à anterior imposição de internação provisória. Neste ponto, ao entender afirmativamente pela possibilidade, o Ministro justifica sua posição por *argumentos político-criminais* e *argumentos dogmáticos,* derivados dos primeiros.

Do lado dos aqui chamados argumentos político-criminais, observa-se que o Ministro adere ao objetivo de "ressocialização" e "proteção" do adolescente, na linha do Tribunal de São Paulo, reafirmando que postergar o início do cumprimento da medida socioeducativa importaria em "perda de sua atualidade quanto ao objetivo ressocializador da resposta estatal" (CRUZ, 2016, p. 3). Prossegue o Ministro no sentido de interpretar as medidas socioeducativas (arts. 112 a 125, ECA) como *não sendo penas*, possuindo "o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco". "A medida socioeducativa não representa punição, mas mecanismo de proteção ao adolescente e à sociedade, de natureza pedagógica e ressocializadora", pelo que a alegação de ofensa ao princípio da não culpabilidade não prosperaria e não impediria sua imediata execução (CRUZ, 2016, p. 5).

Um segundo argumento político-criminal suscitado foi de que, na visão do Ministro, a prevalecer o entendimento de se restringir a internação imediatamente após a sentença, "haverá uma predisposição maior, pela autoridade processante, a valer-se dessa medida cautelar antes da conclusão do processo" (CRUZ, 2016, p. 7).

No que concerne aos argumentos dogmáticos, recorda o Ministro que, apesar das mudanças legislativas promovidas pelas Leis 12.010/2009 e 12.594/2012, continua a viger o disposto no art. 215, do ECA, entendendo que os recursos se recebem, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, "ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do MP e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator" (CRUZ, 2016, p. 4).

Ademais, a mudança promovida pela Lei 12.010/2009 diria respeito ao processo de adoção, e, embora a Lei 12.594/2012 tenha dado nova redação ao *caput* do art. 198, ECA, explicitando sua incidência em relação à execução das medidas socioeducativas, seria a mesma lei que, no que diz respeito à execução das medidas, indicaria diversos princípios a reger o tema, dentre os quais o da "brevidade da medida em resposta ao cometido" (CRUZ, 2016, p. 7). Vale destacar, aliás, que o princípio aventado para embasar as conclusões do ministro foi, sobretudo, o "princípio da intervenção precoce na vida do adolescente" (art. 100, VI, ECA) (CRUZ, 2016, p. 3-4).

Concordando com o Ministro Rogério Schietti Cruz, o Min. Ribeiro Dantas acrescenta ainda que se deve aplicar um sistema de medidas protetivas que precisam ser "muito mais eficazes" do que as de caráter penal, já que a criança e o adolescente, de acordo com a Constituição, mereceriam proteção especial, conforme o princípio da intervenção precoce (DANTAS, 2016, p. 1).

O Min. Joel Paciornik, por último, se limita a enfatizar que subtrair do juiz a possiblidade de, por ocasião da sentença, verificar a presença ou não dos pressupostos para a manutenção ou para a aplicação desta medida socioeducativa, seria realmente desconhecer ou até desconsiderar uma realidade que, "pelo menos, neste caso concreto, parece muito clara" (PACIORNIK, 2016, p. 1).

4.3.4 O que o julgado quer nos dizer?

Dentre as incontáveis críticas cabíveis ao precedente firmado pelo STJ no julgamento do HC 348.360-SP (violação frontal ao princípio da presunção de inocência; violação ao devido processo e dever de motivação; afronta à proporcionalidade e à intervenção mínima e tratamento desigual e mais repressivo em relação ao adolescente do que ao adulto, apenas para enunciar as mais evidentes), talvez seja mais proveitoso perceber como, a partir da investigação pormenorizada deste precedente, parece bastante claro que o *menorismo opera como metarregra central na Justiça Juvenil brasileira pós-1988*. Ou seja, a ideologia menorista, como metarregra, forma um conjunto de regras sobre interpretação e aplicação das regras gerais do sistema que participam da estrutura socialmente produzida pela interação (BARATTA, 2002, p. 105) e, portanto, é regra objetiva do sistema de Justiça Juvenil – ainda que muitas vezes não seja expressamente enunciada.

Isso se confirma quando se observa que, mais do que divergências interpretativas, o que o precedente firmado pelo STJ fez (em apertada maioria de cinco a quatro), de forma mais radical e acentuada em relação às tendências jurisprudenciais anteriores, foi uma verdadeira *filtragem e releitura interpretativa dos princípios protetivos da Justiça Juvenil à luz da ideologia menorista*, replicada em novos julgados posteriores.[27]

5. Considerações finais

Respondendo, finalmente, às indagações levantadas na introdução, a partir da análise do precedente firmado pelo HC 346.380-SP, STJ, verifica-se que

27. Enumeram-se, até o momento, o HC 338.209; AGrg no RHC 66321 e RHC 71575.

ocorre um reaproveitamento de discursos próprios do sistema de justiça juvenil de forma a legitimar e justificar um sistema mais punitivo do que o dos adultos, o que dá ensejo a um encarceramento maior de adolescentes e jovens adultos.

Temos, assim, que há uma racionalidade punitiva própria do sistema de justiça juvenil que é facilitada por três razões. A primeira se trata da *visão dos jovens e adolescentes como sujeitos moldáveis*, como pessoas que estão se estruturando e, por isso, precisam ser acompanhadas de perto para que não se tornem sujeitos "antissociais". Esse tipo de pensamento acaba por legitimar maiores intervenções nos corpos das crianças e dos adolescentes, em razão de uma lógica educativa e sociabilizadora. O jovem é visto como objeto de correção e intervenção por excelência.

A segunda razão é a *crença, ainda atual, a nível dos discursos, na institucionalização como forma de promover ressocialização*, ou seja, de transformar o adolescente para que ele não cometa mais ilícitos, tornando-se produtivo aos olhos do sistema. Ao que tudo indica, a descrença nos ideais ressocializadores típicos do sistema adulto, que culminou, inclusive, na máxima "Nothing Works", não se verifica no sistema juvenil. Pelo contrário, o que se observa no sistema juvenil é a combinação de discursos ressocializadores, amplamente aceitos, com uma lógica repressiva das instituições de internação. Acredita-se que a ordem e a disciplina institucional representarão um "bem" para o adolescente.

Por fim, uma razão de caráter mais técnico: a legislação progressista que regula o sistema de justiça juvenil, com foco especial no ECA e na Lei do SINASE, tem muitos dispositivos de caráter amplo e aberto, deixando margem para interpretação jurisprudencial – muito mais do que ocorre no sistema adulto. Contudo, vale ressaltar, que em muitos casos, mesmo quando o dispositivo legal é direto, há uma reinterpretação no sentido de flexibilizá-lo diante das razões explicitadas acima. O caso estudado é exemplo disso.

O argumento central desse artigo, portanto, não é que o precedente estudado, por si só, teria o poder de contribuir para o encarceramento juvenil, por ter consolidado jurisprudência no sentido de que é possível internar sem trânsito em julgado mesmo se o adolescente respondeu ao processo em liberdade. Afinal, sabe-se que a regra, na prática, é ser internado provisoriamente, e não que se responda ao processo em liberdade.[28] Ele pode, claro, levar à internação de um maior número de adolescentes, mas não se crê que seria um fenômeno massivo em comparação à situação anterior.

28. Nesse sentido, ver o trabalho de Eduardo Gutierrez (2014).

A análise dos votos e da própria formação do precedente estudado, na verdade, sugere outra hipótese: de que o encarceramento juvenil brasileiro (com sua operacionalidade mais intensa e violenta do que no sistema adulto) seria explicável pela combinação da racionalidade punitiva menorista da Justiça Juvenil, que orienta toda a hermenêutica infracional conforme uma ideologia tutelar (metarregra), com o caráter lacônico das legislações juvenis em uma época de crescente expansão do estado penal e de crescente crença no dogma da pena.

É possível, portanto, afirmar a parcela de responsabilidade político-criminal do Judiciário brasileiro pelo encarceramento em massa juvenil.[29] Aliás, uma peculiaridade do encarceramento de adolescentes é que ele se deve menos à adesão ao punitivismo pelo Legislativo e Executivo e muito mais ao protagonismo judiciário.

Desde os anos 90, embora o Congresso Nacional e o Poder Executivo tenham encampado inúmeras investidas autoritárias contra os direitos fundamentais de crianças e adolescentes (notadamente, projetos legislativos de redução da maioridade penal ou de aumento no tempo de internação), até o momento, não chegou a haver uma concretização efetiva destas demandas punitivistas. O que ocorre na Justiça Juvenil é que ela sofre um reflexo inevitável de políticas criminais de repressão precipuamente dirigidas para o sistema penal comum, sendo os instrumentos de maior impacto a Lei de Crimes Hediondos e a política criminal de drogas – que, na expressão de Salo de Carvalho, define espécie de "tipo ideal weberiano" de repressão e de gestão do sistema penal nacional (CARVALHO, 2014, p. 47). A despeito da configuração legislativa e executiva do sistema penal comum em torno de mais punição, no que diz respeito estritamente à matéria juvenil, o ECA, principal instrumento garantidor de direitos da infância e juventude no país, não chegou a sofrer alterações autoritárias – pelo contrário, nas últimas décadas pode-se observar que ele foi progressivamente enriquecido e alargado em direitos. Mais recentemente foi promulgada a importante Lei 12.594/2012 (Lei do Sinase) que, juntamente com o ECA, do ponto de vista legislativo, consiste em mais um instrumento de garantias e direitos fundamentais para adolescentes, reforçando ainda mais a principiologia constitucional relativa à proteção integral. Entretanto, os atores judiciais, em

29. Tal afirmação se mostra possível caso se parta do pressuposto de que os atores do sistema de justiça, com suas decisões jurídicas, produzem efeitos concretos sobre parcelas determinadas da população. A política criminal não deixa de ser política pública (no caso, a mais extrema), e, portanto, não isenta seus protagonistas de responsabilidade pelo produto final de suas decisões. Nesse sentido, Salo de Carvalho (2010, 2015); Batista e Zaffaroni (2006, p. 274-276); Ferraz (2015, p. 169-176).

larga medida, não aderem aos vetores garantistas e emancipatórios lançados pelo amplo complexo normativo, nacional e internacional que orienta a Justiça Juvenil.

Questionando-se a respeito de quais os possíveis impactos que o julgamento do HC 346.380-SP pelo STJ poderá trazer ao encarceramento juvenil brasileiro, temos que, se o Judiciário chancelar a racionalidade menorista firmada neste precedente, muito provavelmente se verificará nos próximos anos a continuação do ritmo nacional de encarceramento juvenil, uma vez que se permite aos atores da justiça juvenil o emprego de sanções de teor mais aflitivo em nome do "bem" do adolescente, ignorando totalmente os princípios de garantia e de mínima intervenção na liberdade da juventude.

Diante da realidade da Justiça Juvenil brasileira, a consequência real é a violação maciça de direitos e garantias fundamentais de adolescentes processados e condenados como autores de ato infracional, que não realizará qualquer pretensão "ressocializante", "reeducativa", ou intimidatória – na verdade, agravará ainda mais os problemas existentes na área de segurança pública. Além da consolidação da racionalidade punitivista menorista, a qual poderá ser usada como espelho para diversas outras decisões.

Por último, no que concerne às expectativas ou previsões que podem ser feitas para o futuro, é possível que a matéria seja levada ao Supremo Tribunal Federal – que já conta com um julgado (HC 122.072, Rel. Min. Dias Toffoli), oriundo da Primeira Turma, dissonante da posição firmada pelo STJ.

Prezando por uma análise realista, não é possível prever qual entendimento firmaria o Supremo. Lamentavelmente, os tempos presentes assistem a uma trágica demolição das garantias democráticas mais elementares, motivadas por disputas políticas e econômicas de fundo, circunstâncias passageiras, personagens da vez e instituições menos autocontidas. O mínimo e mais elementar – que mesmo assim é insuficiente –, é que, reconhecendo-se, categoricamente, o caráter punitivo das sanções socioeducativas e rompendo com o menorismo esposado pelo STJ, os adolescentes não fossem tratados de forma pior do que adultos, devendo-se igualar a dinâmica recursal ao sistema penal comum, admitindo-se execução da medida socioeducativa apenas após o julgamento em segundo grau. Porém, ao que tudo indica, esperar mesmo um "mínimo", no atual cenário, parece bastante inseguro.

6. Referências

ALVAREZ, Marcos César. *A Emergência do Código de Menores de 1927: Uma análise do discurso jurídico e institucional de assistência e proteção aos menores.*

Dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo, 1990.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!* Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015. Disponível em: [https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf]. Acesso em: 06 jun. 2016.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro, I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 660 p.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998. 140 p.

_____. *Introdução crítica à Criminologia brasileira.* Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. 128 p.

BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual 2015-2016*. Org.: MNPCT. Brasília, 2015. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf]. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. STJ, HC 348.360/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura (Voto), J. 13.04.2016, *DJE* 13.05.2016.

_____. STJ, HC 348.360/SP, Min. Jorge Mussi (Voto), J. 13.04.2016, *DJE* 13.05.2016.

_____. STJ, HC 348.360/SP, Min. Reynaldo Soares da Fonseca (Voto), J. 13.04.2016, *DJE* 13.05.2016.

_____. STJ, HC 348.360/SP, Min. Rogério Schietti Cruz (Voto), J. 13.04.2016, *DJE* 13.05.2016.

_____. STJ, HC 348.360/SP, Min. Ribeiro Dantas (Voto), J. 13.04.2016, *DJE* 13.05.2016.

_____. STJ, HC 348.360/SP, Min. Joel Ilan Paciornik (Voto), J. 13.04.2016, *DJE* 13.05.2016.

CAPPI, Riccardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioridade penal (1993-2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, jan., 2014, p. 10-27.

CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. 290 p.

_____. Theories of punishment in the age of mass encarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian case). *Open Journal of Social Sciences*, 2013. v.1, n. 4, p. 1-12.

_____. et al. Avanços e desafios da Justiça Penal Juvenil no Rio Grande do Sul: estudo de caso. In: CRAIDY, Carmem Maria et al (orgs.). *Processos educa-*

tivos com adolescentes em conflito com a lei. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 145-155.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil:* estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. 496 p.

_____. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez., 2015.

COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA/Alerj. *Relatório da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania/Alerj*. Rio de Janeiro: Alerj, 2014.

_____. *Relatório da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania/Alerj*. Rio de Janeiro: Alerj, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ). *Panorama Nacional:* a Execução das Medidas Socioeducativas de Internação. Programa Justiça ao Jovem. Brasília, 2012. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf]. Acesso em: 06 jun. 2016.

_____. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ). *Relatório de Visita*. Programa Justiça ao Jovem, Fase 2, Rio de Janeiro, Outubro de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/programas/justica-ao-jovem/relatorio_2_etapa_justica_ao_jovem_rio_de_janeiro.pdf]. Acesso em: 06 jun. 2016.

_____. *Dos espaços aos direitos*: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Coord. Marília Montenegro Pessoa de Mello; pesquisadores Camila Arruda Vidal Bastos et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O controle jurídico-penal de adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas. *Revista de Estudos Empíricos de Direito*. São Paulo, v. 1, n. 2, jul. 2014, p. 100-121.

COSTA, Ana Paula Motta; GOLDANI, Júlia Maia. A influência do contexto familiar nas decisões judiciais a respeito de atos infracionais de adolescentes: o intervencionismo familiar ainda se faz presente? *Textos & Contextos* (Porto Alegre), v. 14, n. 1, p. 87-103, jan.-jun. 2015.

DE GIORGI, Alessandro. Five Theses on Mass Incarceration. *Social Justice*, v. 42. n. 2, 2015, p. 5-30.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; Reflexões de Política Criminal. In: BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. (Org.). *Coleção Direito UERJ 80 Anos*: Direito Penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 1, p. 169-176.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; MARTINS, Flávio. *Estatuto da criança e do adolescente*. Difusos e coletivos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. 318 p.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Balanço das incidências criminais e administrativas no Estado do Rio de Janeiro (ano base 2014)*. Rio de Janeiro: Governo do Rio de Janeiro, 2015, Disponível em: [http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/BalancoAnual2015.pdf]. Acesso em: 06 jun. 2016.

_____. *Balanço das incidências criminais e administrativas no Estado do Rio de Janeiro (ano base 2013)*. Rio de Janeiro: Governo do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: [http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/BalancoAnual2013.pdf]. Acesso em: 06 jun. 2016.

IPEA; FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). *Atlas da Violência 2016*. Brasília: IPEA, FBSP, 2016. Disponível em: [http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf]. Acesso em: 06 jun. 2016.

_____. *Nota técnica:* o adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução da maioridade penal: esclarecimentos necessários. Brasília, 2015. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20]. Acesso em: 06 jun. 2016.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente:* doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 776 p.

KRASKA, Peter. Criminal Justice Theories. In: MILLER, J. Mitchell (org.). *21st Century Criminology:* a reference handbook. Londres: Sage Publications Ltd., 2009, p. 349-355.

MÉNDEZ, Emilio García. *Infância e cidadania na América Latina*. Trad. de Angela Maria Tijiwa. São Paulo: Editora Hucitec, Instituto Ayrton Senna, 1998. 202 p.

_____. Evolución historica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional:* socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: [www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf]. Acesso em: 30 ago. 2016. p. 7-23.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 693 p.

RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente:* rupturas, permanências e possibilidades. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016. 298 p.

ROSA, Alexandre Morais da., LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 420 p.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente:* Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. 634 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O discurso criminológico. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (org.). *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. 119-131.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei, da indiferença à proteção integral*. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed, rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 120 p.

_____. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. Adolescente e ato infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 296 p.

SDH. Secretaria de Direitos Humanos. Brasil. Presidência da República. *Levantamento Anual Sinase 2013*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. 1. Direitos Humanos. 2. Socioeducação. 3.Adolescentes. Disponível em: [www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013]. Acesso em: 06 jun. 2016.

SIMON, Jonathan. *Mass Incarceration on Trial: a remarkable court decision and the future of prisons in America*. New York: The New Press, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2. ed. Rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2015. 268 p.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de. *Intersecção de práticas e saberes na execução da medida socioeducativa de internação no Brasil*: um estudo de casos. Disponível em: [www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozMzoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUlFVSVZPIjtzOjI6IjU1Ijt9IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6ImNjNTVjZjMwNTVjYzZhYjU1OTg4OWRmZjQ1NDg0NTEyIjt9]. Acesso em: 15 jan 2016.

_____. Representações da vulnerabilidade social no processo socioeducativo de internação. *Aracê Direitos Humanos*, v. 3, n. 4, p. 102-121, fev. 2016.

SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2006. 205 p.

_____; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. *Revista Direito GV*. v. 7, n.1. p. 277-298. São Paulo, 2011.

VAY, Giancarlo Silkunas. A regra de tratamento de inocência antes do transito em julgado de sentença condenatória na seara da infância e juventude e a execução provisória da medida socioeducativa. *Revista Liberdades*. São Paulo, n. 20, set.-dez. 2015, p. 188-203.

WACQUANT, Loïc. Class, race and hyperincarceration in revanchist America. *Daedalus Summer*, 2010, v. 139, n. 3, p. 74-90.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: adolescentes de 16 e 17 anos do Brasil*. Brasil: Flacso, 2015. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf]. Acesso em: 06 jun. 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A proposta restaurativa no âmbito da justiça da infância e da juventude: colocando em prática o art. 35, II e III, da Lei 12.594/2012, de Conrado Cabral Ferraz e Rodrigo Azambuja Martins – *RDIJ* 4/189-220 (DTR\2014\20998);
- 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);
- Justiça juvenil restaurativa em São Caetano do Sul/SP: bases para uma política geral sistêmica, de Eduardo Rezende Melo – *RDIJ* 1/315-322 (DTR\2013\6436); e
- Os crimes violentos cometidos por adolescentes: contribuição para uma análise etiológica, de Rafael Ferreira Vianna – *Ciências Penais* 14/417-418 (DTR\2011\1831).

As plantas do jardim de Hulsman: discutindo o abolicionismo penal e o abolicionismo carcerário

Hulsman´s plant garden: discussing penal abolishment and prison abolishment

Luciano Oliveira

Professor aposentado de Sociologia Jurídica da Faculdade de Direito do Recife.
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e integrante
do Grupo de Pesquisa Asa Branca da Universidade Católica de Pernambuco.
jlgo5283@gmail.com

Recebido em: 01.05.2016
Aprovado em: 19.07.2016
*transferido da chamada geral ao dossiê
Última versão autor: 20.08.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O abolicionismo penal e o abolicionismo carcerário surgiram em pequenos países europeus altamente civilizados e de baixos índices de violência, como a Noruega e a Holanda. Sua recepção em países com altos índices de criminalidade violenta, como o Brasil, parece, a princípio, uma ideia fora de lugar. O artigo tem por objetivo discutir essa recepção, mas, ao mesmo tempo, sustentar que algumas das ideias abolicionistas devem ser levadas a sério entre nós, notadamente a da crítica radical ao cárcere como a "rainha das penas". Metodologicamente, o artigo elege as ideias de Louk Hulsman, por ser o abolicionista mais conhecido, e as submete a uma leitura crítica a partir de elementos da realidade de países como o Brasil não levados em conta pelo movimento abolicionista de um modo geral.

Abstract: Penal Abolitionism and Prison Abolitionism arose in small European countries highly civilized with low rates of violence such as Norway and Netherlands. Its reception in countries with high rates of violent criminality, like Brazil, seems in principle a dislocated idea. This article aims at discussing that reception, but sustains, at the same time, that some of the abolitionist ideas must be taken seriously between us, notably the radical critique concerning imprisonment as "the Queen of punishment". Methodologically, this article sticks to Louk Hulsman's ideas, since he is the most known abolishonist, and submit them to a critical reading based upon the specific reality of countries such as Brazil, in general disregarded by the abolitionist movement.

Palavras-chave: Abolicionismo penal – Abolicionismo carcerário – Louk Hulsman – Criminologia crítica – Prisão.

Keywords: Penal abolitionism – Prison abolitionism – Louk Hulsman – Critical criminology – Prison.

Sumário: 1. Introdução. 2. Descobrindo Hulsman e os abolicionistas. 3. Colocando questões. 4. O cárcere em xeque. 5. O que fazer? 6. Concluindo. 7. Bibliografia.

1. Introdução

Chamo a atenção do leitor para o seguinte trecho de um diploma legal que não chega a ser famoso, mas que é importante na história das instituições penais:

> Estamos bastante longe de nos determinarmos muito facilmente a abolir as leis que são antigas e autorizadas por um longo uso. É de nossa sabedoria não abrir facilidades para introduzir em todas as coisas um direito novo que abalaria os princípios e poderia conduzir por graus a inovações perigosas.

O plural majestático e o estilo empolado indicam que se trata de um texto antigo. E é. Data do ano da graça de 1780 e é da lavra de Louis XVI, o infeliz Rei de França guilhotinado apenas treze anos depois, em janeiro de 1793, num momento em que a Revolução Francesa atingia seu paroxismo. Trata-se de uma *Déclaration du Roi* dispondo sobre a "abolição da questão preparatória".[1] *Questão* era a designação técnica para a tortura judicial na França do Antigo Regime. Dizia-se "preparatória" aquela que era aplicada para obtenção da confissão do acusado em certos tipos de crime. Apesar de estarmos no Século das Luzes – o século de Voltaire e dos enciclopedistas –, e de a abolição da tortura já figurar há muito tempo entre as reivindicações da opinião pública esclarecida da época, foi preciso esperar até 1780 para que o rei, receoso de "abolir as leis que são antigas e autorizadas por um longo uso", dispusesse-se enfim a agir.

> Louis XVI passou à história como um sujeito hesitante. Mas o receio de abolir instituições que deitam raízes na noite dos tempos e, portanto, parecem irremovíveis da paisagem, não chega a ser um apanágio dos medrosos. Um século depois da sua *Déclaration*, um escritor e combativo jornalista francês, Alphonse Karr, militante de causas nobres como o fim dos maus tratos contra animais, num momento em que na França se discutia a aboli-

1. Esse documento, em versão fac-similada, pode ser encontrado no site [gallica.bnf.fr].

> ção da pena de morte, posicionou-se contra os abolicionistas e cunhou uma apóstrofe que se tornou célebre: *Que messieurs les assassins commencent*! É mais do que improvável que uma simples frase tenha retardado a abolição da pena de morte no país dos direitos humanos por mais de um século – o que só veio a ocorrer em 1981, no governo de François Mitterrand. Mas a verdade é que durante todo esse período, a cada vez que o assunto vinha à baila, a interpelação de Karr aos abolicionistas do seu tempo era ressuscitada.

Essas evocações são feitas para lembrar que toda mudança inquieta. Mesmo aqueles que estiveram à frente de mudanças na cultura política do seu tempo, fazendo com que o mundo doravante não fosse mais percebido da mesma maneira, muitas vezes receiam as consequências das inovações de que foram os artífices. Mas o mundo gira, e a justiça penal francesa aprendeu a funcionar sem a "questão preparatória" e sem a guilhotina. Aquilo que, antes, era impensável, torna-se depois uma evidência. Entre uma coisa e outra, todavia, a transição raramente se dá de modo pacífico, mediante uma conversa educada entre pessoas sensatas em torno de uma mesa. Interesses consolidados, instituições dominadas pela inércia, burocracias temerosas de perder sua função e – elemento a não ser minimizado – hábitos mentais longamente enraizados precisam ser vencidos até que se chegue lá.

2. Descobrindo Hulsman e os abolicionistas

Aqui chegando, dou-me conta de que até agora não tratei dos assuntos anunciados no título: abolicionismos penal e carcerário. É necessário que explique por que me "perdi" no caminho. É simples. Como aconteceu com o infeliz Louis XVI, também meu primeiro impulso, ao tomar conhecimento do pensamento abolicionista, foi o de receio diante da abolição de "leis antigas e autorizadas por um longo uso". No caso, a *lei*, tão antiga quanto o mundo, segundo a qual quem comete um crime – seja lá o que isso for – receberá – seja como for – alguma forma de *pena*. Pois a verdade é que não há sociedade sem interditos, mas também sem infrações a eles e, portanto, sem castigo. É a tese da "normalidade" do crime tão cara a Durkheim, um dos fundadores da sociologia, e, *ipso facto* – embora com frequência nos esqueçamos disso –, da "normalidade" da repressão ao crime. Isso sempre pareceu de uma obviedade solar para todo mundo. Inclusive para mim. E se, de um lado, era capaz de relativizar a noção do que seja crime e de estar consciente de que nem todos os que praticam atos definidos como tal são igualmente reprimidos pelo sistema de justiça – como lembra o *labeling approach* –, de outro me rendia ao que sempre me pareceu uma evidência: com maior ou menor grau de isonomia, haverá sempre algumas ações que, praticadas, reclamarão alguma forma de punição.

E eis que surge o movimento abolicionista com propostas que visam nada mais nada menos que *abolir o sistema penal*! À primeira vista, a perspectiva parece tão estapafúrdia que o impulso inicial de um leitor desprevenido pode ser o de sequer considerá-la uma proposta a ser levada a sério. Vivi pessoalmente essa experiência. Uma aproximação recente com a literatura ligada à "criminologia crítica",[2] porém, levou-me a suspender os *prejulgamentos* e ler, com o olhar tanto quanto possível desarmado, o que seus teóricos dizem sobre o assunto. Este artigo resulta dessas leituras. Seu objetivo é o de, num primeiro momento, discutir a recepção das ideias abolicionistas, gestadas em pequenos países europeus altamente civilizados e com baixos índices de criminalidade, em países altamente violentos como o Brasil. Num segundo momento, porém, o artigo sustenta que algumas das ideias abolicionistas devem ser levadas a sério entre nós, notadamente a da crítica radical ao cárcere como a forma privilegiada de punição. Metodologicamente, o artigo elege as ideias de Louk Hulsman, por ser o abolicionista mais conhecido, submetendo-as a uma leitura crítica a partir de elementos da realidade de países como o Brasil não levados em conta pelo movimento abolicionista de um modo geral.

Uma primeira descoberta é a de que o "abolicionismo" de que eles falam seus teóricos é, antes, do *sistema penal* que aí está; que continuará havendo formas de controle social para o que Baratta chama de "comportamentos socialmente negativos" (BARATTA, 2011, p. 98), e Hulsman nomeia de "situações problemáticas" (HULSMAN e CELIS, 1993, p. 101). Mas, antes de constatar que o abolicionismo não se confunde com uma *boutade* do tipo "é proibido proibir", o leitor minimamente desconfiado das grandes utopias que no passado prometeram o "homem novo" e encalharam nas "duras réplicas da história", tem de vencer a resistência provocada pelo excesso de lirismo em certas frases do próprio Hulsman, como a seguinte:

> Se afasto do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e as águas de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça.

A frase figura no frontispício de um dos livros mais emblemáticos do movimento abolicionista, *Penas perdidas*, de Hulsman e Celis (1993). Supostamente

2. A professora Marília Montenegro, da Universidade Católica de Pernambuco, foi a responsável por essa aproximação, ao me convidar a integrar o Grupo de Pesquisa Asa Branca de Criminologia daquela Universidade, por ela liderado. Dentro dessa "nova criminologia", a problemática do abolicionismo é uma das mais importantes.

está ali para seduzir o leitor. E seduz. Não é raro encontrá-la reproduzida em textos de autores ligados à criminologia crítica. Mas, se levo em conta minha experiência de leitura, ela é também capaz de indispor outros leitores menos entusiasmados com a perspectiva de evacuar o "sistema punitivo estatal" do horizonte de uma "nova justiça". Nada garante que entre as "plantas" que o seu "desaparecimento" faria surgir não brotem ervas tão ou mais daninhas do que aquelas do sistema penal em vigor. É verdade que nem todos os autores são tão "radicais" quanto Hulsman. O movimento, apesar de um pano de fundo "crítico" comum, é multifacetado. Além disso, em termos estratégicos, seus doutrinadores costumam adotar uma postura incremental. Apesar de a *abolição* figurar como horizonte de sentido dos mais diversos autores, muitos deles têm consciência de que isso é uma tarefa longa a ser cumprida por etapas: a abolição de alguns dos aspectos mais nefastos do sistema de justiça penal que conhecemos levando a outras, até o "desaparecimento do sistema punitivo estatal", como quer Hulsman, ou, no mesmo diapasão, Alessandro Baratta, que adota uma "perspectiva da máxima contração e, no limite, da superação do sistema penal" (2011, p. 205). Mas, num bemol um tanto dissonante, Raúl Zaffaroni, mesmo enfatizando a "perda de legitimidade do sistema penal", pende antes para o "minimalismo penal" (1999, p. 6). Vê-se assim que o abolicionismo, *lato sensu*, é um vasto movimento que vai do Abolicionismo Penal *stricto sensu* ao Direito Penal Mínimo de criminólogos críticos, mas ciosos em relação à necessidade de um sistema de justiça penal.

O movimento parece já ter conhecido melhores dias. Escrevendo em meados dos anos 1980,[3] Thomas Mathiesen diz num tom desolado: "acreditei que viveria o dia em que se aboliriam as prisões, ou ao menos que elas se reduziriam drasticamente em tamanho e número". Mas "os tempos já não estão conosco", continuava. E concluía: "Ainda que com variações, há uma forte e clara tendência em direção à expansão do sistema carcerário em todo o mundo ocidental" (MATHIESEN, 1989, p. 109 e 111). Isso foi escrito há cerca de trinta anos. De lá para cá, a tendência só fez aumentar. Os Estados Unidos, com seus mais de dois milhões de presos, possibilitam que se fale num "*gulag* penal" em constituição naquele país (YOUNG, 2002, p. 277). Voltando-nos para o Brasil, nossa população carcerária, com mais de 600 mil presos, figura atualmente entre as maiores do mundo. Para o abolicionismo, evidentemente, não há o que comemorar. O mesmo Mathiesen, porém, via na expansão carce-

3. Cerca de dez anos, portanto, depois do aparecimento do clássico *The politics of abolition*, de 1974, que é considerado um dos marcos fundantes do movimento abolicionista.

rária motivo não para desesperar, mas uma razão suplementar para reafirmar que o movimento abolicionista, nessas condições adversas – e justamente por elas –, só adquiria "mais e mais importância". O seu argumento é o de que se uma "tendência política negativa" se agrava, as razões para "ser atacada e finalmente abolida" só aumentam. Seriam os casos da contaminação do meio ambiente, da escalada das armas nucleares e, obviamente, da expansão dos sistemas carcerários (MATHIESEN, p. 113). Como não concordar com ele?

Mas as teses do abolicionismo penal levantam muitas controvérsias. E elas não são postas em xeque apenas por empedernidos reacionários e seus comentários "superficiais" (SCHEERER, 1989, p. 24). Resenhando críticas mais sérias que lhe são feitas, Sebastian Scheerer destaca algumas de natureza antropológica e sociológica. As primeiras teriam a ver com a visão demasiadamente otimista que os abolicionistas teriam da natureza humana. Isso fica evidente na frase lírica de Hulsman que destaquei acima. A crítica sociológica mais conhecida é a da incompatibilidade entre abolicionismo e as sociedades modernas. Isso é de certa forma atestado pelo fato de que, com frequência, os abolicionistas, quando se referem a experiências de administração da justiça fora dos cânones dos sistemas de justiça estatal que conhecemos, remetem-se a experiências de grupos situados fora das sociedades industriais modernas.[4] Nestas últimas, extensas e complexas, as relações sociais, entre elas as relações conflituosas, dão-se geralmente entre anônimos, pessoas estranhas umas às outras e, portanto, dificilmente acomodáveis em torno de uma mesa presidida por uma autoridade moral como é um chefe tribal local, a quem as pessoas devem reverência, preocupado em solucionar o conflito sem que se esgarcem os laços comunitários que envolvem os litigantes. Em termos sociológicos, as sociedades modernas são isso mesmo, *sociedades* – e não mais *comunidades*, no sentido clássico atribuído por Tönnies a esses termos (OLIVEIRA, 1988).

Não é assim por acaso que, como observa Scheerer, "alguns dos lineamentos mais notáveis da perspectiva abolicionista surgem num pequeno país escandinavo, pouco populoso" (no caso, a Noruega),[5] onde existiriam certas condições para que uma sociedade possa adotar uma política abolicionista – entre elas, "um alto grau de conhecimento mútuo das pessoas envolvidas" no conflito e "um sistema de valores no qual (...) causar sofrimento seja uma ideia estranha" (SCHEERER, p. 29). É Scheerer quem mais uma vez observa: "Os abolicionistas têm suas fortalezas em pequenos países de baixo nível delitivo".

4. Voltarei a este assunto adiante.

5. País de Nils Christie e de Thomas Mathiesen. E o abolicionista mais conhecido, Louk Hulsman, é também originário de um pequeno país norte-europeu: a Holanda.

Daí alguns sustentarem que "o abolicionismo nunca poderia ter sido inventado nos Estados Unidos, com incontáveis casos de violência e de crimes, e com seu enorme aparato de justiça criminal" (Idem, p. 32).

Também o Brasil tem níveis de criminalidade e de repressão assustadores, e por isso seria estranho que uma ideia generosa como é a abolicionista pudesse ter aqui surgido. Mas ela aqui chegou, e tem seus adeptos. É verdade que, a depender do que entendamos por abolicionismo, não muitos. Num país com um dos maiores índices de criminalidade violenta do mundo, se a ideia abolicionista não é manejada com cuidado, pode levar à impressão de ser uma típica ideia fora do lugar. Mais do que isso, ela perde o poder de impactar uma cultura penal conservadora que não espera senão isso – ideias aparentemente insensatas – para se refugiar na sua "boa consciência" e recusar-se ao movimento de se abrir para o que o abolicionismo traz de sensato e de renovador. Segundo o julgamento de uma das nossas mais aguerridas abolicionistas, Vera Andrade, depois de um protagonismo do "criticismo" criminológico que vivenciamos entre os anos 1970 e boa parte dos anos 1980, estaríamos assistindo atualmente ao "silenciamento" sobre a perspectiva abolicionista nos arraiais da criminologia e do direito penal, quando não à sua "satanização" (ANDRADE, 2012, p. 32). Nesse caso, o autor deste texto não esconde a pretensão de contribuir para que voltemos a falar sobre o assunto.

3. Colocando questões

Como já foi dito, trata-se de um movimento multiforme, dentro do qual nem sempre fica claro se se trata de abolicionismo penal ou meramente abolicionismo carcerário. Essa dúvida, entretanto, não se apresenta quanto se trata de Louk Hulsman, o nome de maior repercussão mundial do movimento (SANTOS, 2015, p. 137) e também aquele que esposa a tese da abolição com maior radicalidade. No livro clássico escrito em parceria com Jacqueline de Celis, aparecido em 1982, ele foi taxativo na sua posição: "Para mim, o princípio da abolição necessária do sistema penal, da *máquina penal tal como a defino*, não deve sofrer *nenhuma exceção*" (1993, p. 123 – itálicos meus). Mas abolir o sistema penal, "sem exceção", não significa dizer, mesmo para Hulsman, que todo e qualquer ato criminoso deva permanecer sem consequências para o seu autor. A abolição a que ele se refere é a da "máquina penal" como ele a define. Independentemente disso, porém, estrategicamente falando, as atitudes de Hulsman sobre crimes e criminosos podem afugentar. O lirismo de algumas de suas posições cai como uma luva para quem deseja desacreditar o movimento como irrealista. Com efeito, ao destacar como exemplar a atitude do Papa João Paulo II que, uma semana depois de ser atingido no ventre por três tiros de re-

vólver, proclamou, num leito de hospital que rezava "pelo irmão que me feriu e a quem sinceramente perdoei" (Idem, p. 80), Hulsman está abrindo um flanco perigoso. Sua atitude é coerente com o que disse repetidas vezes: a abolição penal é, "*em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal na pessoa*" (itálicos no original), querendo com isso significar uma mudança nas percepções e atitudes das pessoas comuns. Tal mudança implica "a mudança da linguagem e, por outro lado, a mudança de linguagem será um instrumento poderoso para fazer acontecer as mudanças nas percepções e nas atitudes" (Idem, p. 179).

É essa mudança de linguagem que ele louva no Papa, ao chamar seu algoz de irmão. Trata-se literalmente de um processo de "conversão", outro termo caro a Hulsman ao falar do próprio processo. Mas, admirável, no plano pessoal, uma conversão desse tipo não é suficiente para mover as coisas. Hulsman está consciente disso: "Para abolir o sistema penal, será preciso uma conversão coletiva", diz ele (Idem, p. 179). É aqui que uma questão, e não das menores, coloca-se: o coletivo a ser convertido é composto de homens que, ainda que sejam "homens de boa vontade" – para voltar a uma linguagem evangélica –, não costumam ser excepcionais. O Papa é. Ainda que como pessoa possa não ser, como Papa está obrigado a sê-lo. Ele é o "sucessor de Pedro", e a "imitação de Cristo" é o seu papel. Mas, numa reflexão que se pretenda realista sobre o abolicionismo penal, a matéria de que é feita a vida dos santos, a excepcionalidade, deve ceder o lugar à "normalidade"; e a disciplina que trata dessas vidas exemplares, a hagiografia, deve dar o lugar à sociologia.

Hulsman está se colocando no terreno da excepcionalidade quando propõe "ultrapassar a antítese vítima-agressor" no que chama de "eventos criminalizáveis" (1993, p. 173). Entre nós, Vera Andrade fala em "abolir a cultura punitiva"; que "punir o crime" deve ser substituído por "solucionar o conflito"; e faz um verdadeiro discurso contra a "visão expiatória", que nos torna cegos ao que realmente acontece quando nos defrontamos com um "evento criminalizável": um conflito social que é necessário resolver, e não punir uma das partes (ANDRADE, 2012, p. 263, 264 e 280). Essa é uma perspectiva mais ou menos generalizada entre os abolicionistas: "Sem a obsessão pela culpa e o castigo, os fatos individuais que hoje se chamam 'delitos' apareceriam como 'conflitos'. A tarefa principal, então, é achar formas de tratar esses conflitos sem valer-se da exclusão social" (STEINERT, 1989, p. 49).

As citações expõem uma das teses mais encontradiças no movimento abolicionista: aquilo que chamamos *crime* é na verdade apenas um dos momentos – o mais dramático, sem dúvida, mas não mais do que isso – do que esses autores preferem designar como "conflito". Um leitor atento é capaz de notar nessa literatura algo que chega a ser um cacoete: os "crimes" que são referi-

dos em sua exemplificação não costumam ser aqueles que normalmente as pessoas consideram como sendo os mais graves. Chega a ser notável a quase generalizada omissão de crimes que são abarcados pela rubrica de "criminalidade violenta", que incluem sequestro, latrocínio, estupro, homicídio etc., ou mesmo "execuções" – exceto quando decorrentes de ações policiais. Estou me referindo aos crimes que tornaram o Brasil uma das sociedades mais violentas do mundo, aqueles que metem medo e provocam indignação.

Mas é preciso perscrutar com lupa – e nem sempre com sucesso – uma ou outra referência a tais ocorrências nesses autores. Sei bem do risco que corro ao escrever isso: ser confundido com um daqueles brasileiros típicos, intoxicados pelos "programas policiais", que se regozijam quando veem na televisão um bandido morto. Mas o risco tem de ser corrido. Afinal, é necessário introduzir uma cunha de sensatez entre aqueles que "satanizam" o abolicionismo penal e os criminólogos críticos que, com receio de engrossar a corrente do "punitivismo", praticamente contornam a existência de eventos criminais graves como aqueles que mencionei. Ou, quando os levam em conta, rapidamente contornam as dificuldades que sua ocorrência traz para os seus esquemas teóricos, "politizando-os" a meu ver, em excesso. Lembro aqui a resposta de Augusto Thompson, reportada por Nilo Batista, a um aluno que lhe perguntou: "Professor, qual é a diferença entre criminoso comum e criminoso político?". Resposta: "A diferença é que o comum também é político, só que ele não sabe".[6]

Postura compreensível quando se trata de um jovem da periferia que entra no tráfico de drogas para não ser um "otário" como seu pai trabalhador, que ganha num mês o que ele pode ganhar num dia, e, mesmo que com menos compreensão, ainda assim admissível quando esse mesmo jovem escolhe a via do assalto – de que, não esqueçamos, pode resultar morte – para satisfazer seu sonho de consumo alimentado por uma sociedade que não lhe proporciona os meios de satisfazê-lo, essa mesma postura já se torna dificilmente defensável quando deparamos com um sequestro seguido de morte ou com um estupro – tenha ou não havido um desenlace fatal. Nesse caso, o pudor em encarar esses casos difíceis refletiria o receio de reforçar o "punitivismo" que, numa realidade como a nossa, abate-se com tanta seletividade sobre os delinquentes oriundos das nossas classes subalternas. Os horrores típicos da brutal e habitual repressão que se abate sobre esses delinquentes como que criam uma espécie de *empatia* em relação a eles. Voltemos a Hulsman.

O fato de ser um autor europeu, cuja referência principal é um pequeno e pouco violento país – a Holanda –, torna mais compreensível sua empatia

6. Entrevista com Nilo Batista na revista *Caros Amigos*, ano VII, n. 77, ago. 2003.

com aqueles que derrapam no que os códigos penais – inclusive o holandês – catalogam como delitos. Os exemplos que ele costuma dar de eventos criminosos chegam a ser pecados veniais para os quais a dureza dos sistemas penais tradicionais se afigura realmente desproporcional e despropositada. A famosa "parábola" dos "cinco estudantes", mais de uma vez repetida entre nós, é um bom exemplo disso. Vou, aqui, permitir-me o recurso a uma citação longa.

> Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: "o que se tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague". O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: "ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra, etc....". O último, enfim, sussurra: "a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse... vamos juntos fazer um exame de consciência". Aqui se tem quase toda a gama de reações possíveis diante de um acontecimento atribuível a uma pessoa: o estilo punitivo, os estilos compensatório, terapêutico, conciliador... Se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejarem seus próprios conflitos, veremos que, ao lado da reação *punitiva*, frequentemente vão aparecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educativas, de assistência material ou psicológica, reparatórias, etc.... (HULSMAN e CELIS, p. 100).

Depois desse exemplo do que seria, em termos de Direito Penal brasileiro, um banal crime de "dano", Hulsman teoriza sobre as potencialidades do abolicionismo – uma perspectiva que, diante de uma infração penal relativamente irrelevante como essa, ninguém de bom-senso deixaria de subscrever:

> Chamar um fato de "crime" significa excluir de antemão todas essas outras linhas; significa se limitar ao estilo punitivo – e ao estilo punitivo *da linha sócio-estatal*, ou seja, um estilo punitivo dominado pelo pensamento jurídico, exercido com uma distância enorme da realidade por uma rígida estrutura burocrática. Chamar um fato de "crime" significa se fechar de antemão nesta opção infecunda (Idem, p. 100).

E completa: "Para mim, não existem nem crimes nem delitos, mas apenas *situações problemáticas*. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana" (Idem, p. 101). E fornece outro exemplo do que seria uma dessas situações: a de uma

família em que "reina um determinado senso de disciplina, particularmente em relação ao estabelecimento de uma hora certa para as refeições". Mas um dos filhos chega sempre atrasado! Que fazer? Uma das possibilidades é uma reação punitiva: cortar-lhe a mesada. Mas o jovem é renitente e, em vez de curvar-se à sanção, insiste no comportamento rebelde e abandona o lar. Nesse caso, a solução punitiva revelou-se ineficaz e, portanto, em vez de nela insistir, a família fará melhor "mudando seu 'modelo' de reação", adotando "o modelo terapêutico ou conciliatório" (Idem, p. 101). Tudo isso, claro, é muito razoável. A questão, porém, é valer-se desses exemplos e da argumentação que eles ensejam para estribar um movimento abolicionista como se os infames sistemas penais que – pelo menos nesta parte do mundo – foram erigidos tivessem por objeto inocentes desavenças no seio de famílias holandesas.

Esses exemplos são extraídos do texto de 1982. Em 1993, fazendo uma "síntese" de sua posição apresentada na Conferência Internacional sobre Abolição Penal (Icopa) daquele ano, Hulsman, muito sensatamente, refere-se a eventos criminosos que "causam sofrimentos consideráveis aos envolvidos diretamente, muito frequentemente afetando, ao mesmo tempo, vítima e perpetrador" – e dá como exemplos "os acidentes de trânsito e a violência no seio da família" (Idem, p. 150). Nesse mesmo texto, apresenta três casos em que "alternativas 'ocultas'" já existem para lidar com "situações problemáticas" sem se apelar para o sistema de justiça criminal: o uso da lei civil, preferencialmente à lei penal, para tratar de problemas ligados à violência sexual; uma "ação de pesquisa como forma de instigar e apoiar o envolvimento da comunidade na prevenção" – algo como uma pesquisa-ação envolvendo "grupos" hostis uns aos outros numa "cidade holandesa de médio porte"; e, finalmente, um caso de "ação reparadora coletiva pelos diretamente envolvidos" (Idem, p. 165) – no caso, furtos seguidos cometidos por jovens na casa do próprio Hulsman!

Em seguida à captura dos infratores pela polícia, Hulsman entabulou uma relação de aproximação com eles, inclusive com seus pais, do que resultou em uma reunião envolvendo todo mundo na casa do próprio Hulsman:

> Somente após esta reunião (...) é que, pela primeira vez, tiveram uma visão total da sequência dos fatos, que poderiam então se tornar objeto de discussão entre eles e seus filhos. Foi neste ponto que toda a situação começou a ter uma realidade concreta (Idem, p, 169).

O motivo das seguidas invasões revelou-se o mais "normal" do mundo na fase da vida por que passavam os adolescentes: "eles estavam cansados da escola (...) e começaram a gazetear. Em uma das ocasiões (...), notaram a nossa casa, que os atraiu pela variedade de objetos – uma mistura de Caverna de

Aladim e de Ali Babá e os 40 Ladrões" (Idem, p. 170). Tiveram sorte. A casa que seguidamente invadiram pertencia ao abolicionista penal mais conhecido do mundo. Quando, meses mais tarde, realizou-se o julgamento dos jovens, Hulsman, considerando sensatamente que o caso já estava resolvido sem a interferência do sistema penal, foi falar com a promotora.

> Ela ficou tocada por conta dos fatos, mas insistiu que, com três furtos e outros atos de vandalismo a serem considerados, teria de haver um processo criminal. (...) Apesar dos meus argumentos, ela insistiu que a justiça criminal não é simplesmente um caso particular e que o interesse público deveria ser considerado. Minha esposa começou a rir; depois – a promotora pública e eu – nos juntamos a ela nesse riso (Idem, p. 171).

A postura de Hulsman reflete uma questão que Nils Christie tornou conhecida com a expressão "roubo de conflitos" – que é o que o Estado faz ao dar "as respostas tradicionais para os eventos criminalizáveis": elas "inibem a reunião natural das pessoas ao redor da crise e evitam o consequente desenvolvimento social e pessoal que ocorre nestes casos" (Idem, p. 173). Mais uma vez, nada a opor. Afinal, o que um sistema frio, desumano e burocratizado como é o sistema de justiça criminal com um caso que envolve três jovens e um professor de direito penal sobre bens disponíveis deste último e que, além disso, já foi resolvido diretamente pelas partes interessadas? Mas, e os outros casos? Aqueles que, diferentemente do que ocorre em desavenças entre vizinhos e furtos na casa de um professor de direito penal, haveria, como diz a promotora holandesa, um "interesse público" a legitimar a intervenção do Estado?

Refiro-me, obviamente, àqueles crimes que caracterizam a "criminalidade violenta", àquelas ações de "malfeitores" que, apesar de tudo, Hulsman admite haver, exemplificando com "homicídios, agressões nas ruas e roubos", mas que são "uma parte bem pequena da delinquência", constituindo "fatos [que] são relativamente *raros*" (Idem, p. 107). Podem ser. Mas na França e na Holanda – países a que ele se refere quando faz essas afirmações –, não, infelizmente, no Brasil. Noutros termos, Hulsman está consciente de que esses outros casos existem – mas, como vimos, os considera uma "raridade", e, portanto, que "não se poderia (...) tratar o conjunto de problemas que atualmente concernem ao sistema penal, considerando-se apenas as infrações citadas" (Idem, p. 107). Na sequência do seu raciocínio, aduz:

> A procura de soluções em níveis diferentes do estatal, lá onde as pessoas se conhecem, se encontram, podem se reunir, refletir juntas, adotar táticas de proteção adaptadas a seus problemas concretos, certamente representa um caminho bem mais promissor (Idem, p. 108).

A afirmação de que pessoas reunidas fora das instituições estatais representam "um caminho bem mais promissor" para se evitar os riscos de mais violência na solução de conflitos precisa ser encarada com cautela. Hulsman está se opondo à tese – que é também um receio das pessoas comuns – de que a eliminação do sistema punitivo estatal implicaria a multiplicação de eventos violentos. É uma tese que está sempre interpelando os abolicionistas. Hulsman a ela se refere mais de uma vez: "Alguns dizem que o sistema penal substitui a vingança privada e que esta ressurgiria se ele desaparecesse. (...) As pessoas querem estar protegidas contra o perigo – é normal". Mas considera que "é simplista" considerar que o desejo de proteção se confunda com "um apelo a favor da manutenção de um sistema duramente punitivo". Uma prova disso seria o fato de que, "em função da constatada ineficácia do sistema penal oficial, muitos operam uma mudança espontânea na prática de suas vidas, para reduzir uma parte dos riscos corridos (reais ou superestimados), ou para encontrar ajuda". E dá como exemplo o fato de que "mulheres agredidas se agrupam aqui e acolá, em associações; que determinados movimentos feministas manifestam sua solidariedade com mulheres estupradas" etc. Assim, "o fenômeno da autodefesa *punitiva* não passa de um pequeno aspecto de um movimento que se generaliza" – conclui (Idem, p. 114-115). De fato, a entreajuda de mulheres agredidas ou estupradas seria um bom exemplo daquelas "plantas" que surgirão com o "desaparecimento do sistema punitivo estatal" que impede "o sol e a água de fertilizar a terra". Há exemplos de iniciativas desse tipo mesmo entre nós. Mas, infelizmente, fenômenos de "autodefesa punitiva" não são, entre nós, um "pequeno aspecto" da questão. Ainda que numericamente pouco expressivo diante dos cerca de 50 mil homicídios cometidos por ano no Brasil, convivemos com um fenômeno que, pela sua crueldade e gravidade, há de ser mencionado: os linchamentos.

Nosso maior especialista no assunto, José de Souza Martins, considera que esse tipo de "justiçamento popular" é, entre nós, "endêmico" (MARTINS, 2015, p. 9). O linchamento, como ocorre com "saques" e "quebra-quebras", é fruto de uma "decisão quase sempre repentina, impensada, de motivação súbita e, de modo geral, imprevisível". Inobstante isso, os dados "mostram claramente que há uma estrutura social por trás de sua ocorrência, que é a dos grupos de família e de vizinhança fortemente dominados por sentimentos familísticos e de comunidade" (Idem, p. 22). Além do mais, parece haver razão por trás dessa loucura: os linchamentos "crescem numericamente quando aumenta a insegurança em relação à proteção que a sociedade deve receber do Estado, quando as instituições não se mostram eficazes no cumprimento de suas funções" (Idem, p. 11), mesmo em crimes de alta gravidade como são o homicídio e o estupro – aqueles que, de acordo com a pesquisa, mais arrebanham gente para fazer justiça com

as próprias mãos. Entre nós, como os episódios de linchamentos dramaticamente demonstram, "lá onde as pessoas se conhecem, se encontram, podem se reunir", nem sempre isso "representa um caminho bem mais promissor" (HULSMAN e CELIS, p. 108), pois "grupos de família e de vizinhança fortemente dominados por sentimentos familísticos e de comunidade" (MARTINS, p. 22) podem se mobilizar para fazer medrar "plantas de cuja existência eu sequer suspeitava", como diz liricamente Hulsman, mas pensando certamente em espécies bem diversas das ervas-daninhas dos linchamentos...

Lógico que não se trata de simples inocência. Trata-se do fato de que, como todo e qualquer discurso, o dele é contextualizado no tempo e no espaço. Nunca é demais repetir: o essencial do pensamento abolicionista se constitui entre o início dos anos 1970 (Mathiesen) e início dos anos 1980 (Hulsman) em países pequenos, pacificados e, pelo menos àquela altura, com baixa taxa de encarceramento, o que permitia aos seus teóricos pensar, em pequeno ou médio prazo, no fim dos cárceres e, num tempo mais longo, do próprio sistema penal estatal. Em que pese isso, ele reconhece que "alguns [eventos] continuam trazendo problemas e aí se procurará resolvê-los por meios diversos do apelo à polícia repressiva, ao juiz penal, ao encarceramento" (Idem, p. 97-98). Entre esses casos figura o homicídio. Mas, mesmo aí, "existem casos, mesmo casos 'graves', eventualmente mortes de pessoas, que não são legalmente tratados pelo sistema penal. A seu respeito falamos em 'acidentes': os *acidentes do trabalho*, por exemplo". Ou seja: não é sempre que "matar alguém", como diz o nosso Código Penal, é considerado crime. Mas, e quando é? Hulsman é um daqueles "homens de boa vontade" de que falam os Evangelhos, capaz da seguinte consideração sobre os seres humanos:

> (...) jamais encontrei alguém de quem eu estivesse inclinado a dizer, após ter estabelecido um contato verdadeiro: "trata-se de um homem mau". Conheci muitas pessoas difíceis. Muito frequentemente encontro pessoas aborrecidas. Mas, nunca alguém que, após um esboço de compreensão, me tenha parecido repugnante, ou mesmo essencialmente distante de mim (Idem, p. 46).

Juntando essa visão generosa sobre os homens a uma compreensão sociológica sobre o crime, Hulsman recusa-se a ver este último evento como "um *ato*" isoladamente considerado, cuja responsabilidade cabe a "um único ator visível", o "criminoso", considerado como pertencente ao mundo dos "maus" (Idem, p. 97).

Sim, talvez seja verdade: nenhum homem visto de perto é mau! Ou estava destinado a sê-lo. Seus atos, como os de qualquer um de nós, estão sempre

imersos numa cadeia de acontecimentos, circunstâncias, estímulos, acasos, sorte, azar... – enfim, toda uma gama infinita e complexa de pequenos eventos que fazem uma vida, a qual pode bascular para um lado ou para o outro. A menos que levemos a sério a sociobiologia – o que decididamente não é o meu caso – e, portanto, acreditemos em determinismos genéticos para o crime, Adolf, uma criança alemã, não nasceu Eichmann, o oficial nazista que organizou o eficiente sistema de transporte ferroviário que levava a Auschwitz; o motoboy Francisco de Assis Pereira não nasceu o "maníaco do parque", responsável pelo sequestro, estupro e morte de nove mulheres; Elias Pereira da Silva, um garoto favelado, não nasceu "Elias Maluco", o torturador e assassino do jornalista Tim Lopes; Suzane Richthofen, garota da alta classe média paulista, não nasceu a parricida que deixou os sociólogos boquiabertos – e assim por diante. Numa palavra, ninguém nasce monstro; mas algumas pessoas praticam coisas monstruosas. Entretanto, procurar-se-ia em vão nas *Penas perdidas,* de Hulsman, referências a atos como esses que, como se diz, "clamam aos céus". Quando, muito raramente, ele se refere a casos que ele mesmo qualifica (mas sem esquecer as aspas) de "graves", essa *gravidade* é minimizada em proveito de uma atitude construtiva possibilitada pelo próprio caso. Do episódio do roubo praticado por adolescentes em sua casa, Hulsman diz que ele lhe "ensinou muito sobre como o sistema de justiça criminal segmenta artificialmente nossa preocupações", e fornece alguns "exemplos *comparáveis* na Holanda" (itálico meu). Quais? Ei-los:

> Aconteceu, por exemplo, um caso de assassinato em que os pais da garota morta e os do assassino se encontraram e estabeleceram um relacionamento que foi importante para eles e para o acusado. Pensemos também no exemplo do trem Molucano,[7] no qual os reféns continuaram a proteger e a visitar seus sequestradores na prisão (Idem, p. 172-173).

O que diz Hulsman levanta uma dúvida importante: seriam mesmo – e em que sentido seriam – comparáveis eventos tão distintos em termos dos dramas humanos envolvidos? De um lado, jovens que, movidos pelo espírito de aventura próprio à idade, invadem uma "caverna de Ali Babá"; de outro, o assassino de uma garota e terroristas responsáveis por mortes no curso de um

7. Hulsman se refere a atos de terrorismo praticados nos anos 1970 por Molucanos exilados na Holanda, depois que este país abandonou à própria sorte a República das Molucas do Sul, antigo território das Índias Ocidentais Holandesas. O país Molucano não resistiu à investida da vizinha Indonésia, da qual hoje é parte integrante. Do assalto ao "trem Molucano", resultaram mortes de reféns.

sequestro. De passagem, vale observar que em ambos os casos foi a existência de um sistema penal que tornou possível o "desenvolvimento social e pessoal" (Idem, p. 173) das pessoas envolvidas na tragédia: tanto o assassino quanto os terroristas estavam presos!

Em todo caso, numa coisa Hulsman está certo: "O sistema penal impõe um único tipo de reação aos acontecimentos que entram em sua competência formal: a *reação punitiva*" (Idem, p. 84). E aí ocorre aquele fenômeno enfatizado por Nils Christie: o "roubo do conflito". Christie observa que nos nossos sistemas de justiça penal os

> (...) conflitos foram arrebatados das pessoas diretamente envolvidas, de tal modo que, ou desapareceram, ou se transformaram em propriedade de outras pessoas. (...) aquilo que era algo entre as partes concretas, [se converte] em um conflito entre uma das partes e o Estado (CHRISTIE, 1992, p. 159 e 162).

O crime – ou, como preferem os abolicionistas, o *conflito* – é roubado por um sistema burocrático que, como acontece com todas as grandes organizações em nossas sociedades modernas, funciona na base da divisão do trabalho: "Isto torna difícil aos funcionários direcionarem suas atividades para os problemas como vivenciados pelos envolvidos diretamente" (Idem, p. 155). Mas como agir então em relação ao que Hulsman propõe chamar de "situações problemáticas?" Passo-lhe a palavra:

> Falei algumas vezes em abolir *a pena*. Quero me referir à pena tal qual é concebida e aplicada pelo *sistema penal*, ou seja, por uma organização estatal investida do poder de produzir um mal sem que sejam ouvidas as partes interessadas. Questionar o direito de punir dado ao Estado não significa necessariamente rejeitar qualquer medida coercitiva, nem tampouco suprimir totalmente a noção de responsabilidade pessoal. É preciso pesquisar em que condições determinados constrangimentos – como a internação, a residência obrigatória, a obrigação de reparar e restituir etc... – têm alguma possibilidade de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social, fora do que constituem uma intolerável violência na vida das pessoas (HULSMAN e CELIS, p. 86-87).

Como se vê, abolir a "pena tal qual é concebida e aplicada" por nossos sistemas penais, "não significa necessariamente rejeitar qualquer medida coercitiva". Mas "em que condições determinados constrangimentos" constituiriam o que Hulsman nomeia de "pena legítima"? Ele cita, além da "obrigação de reparar e restituir", hipótese que estaria de acordo com a ideia abolicionista, possibilidades que parecem não estar de acordo com ela, como "a *internação*"

(itálico meu). Noutras palavras, Hulsman introduz a possibilidade da prisão! Excepcionalmente e com outro nome, vá lá. Mas ela está lá, no seu texto. É claro que, em se tratando de uma figura humana como Hulsman, a hipótese só é imaginada na medida em que apresente "alguma possibilidade de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social", sem a qual constituiria "uma intolerável violência na vida das pessoas" (Idem, p. 87). Noutros termos, ele continua fiel ao princípio abolicionista da superação da "antítese vítima-agressor". Trata-se de uma postura antes normativa que sociológica – terreno onde, como realcei no início, estou colocado. Nesse plano, retorno a uma evidência que se impõe: nenhuma sociedade vive sem interditos e, portanto, sem sanção. A questão é: *que* tipo de interdito, e *que* tipo de sanção.

O abolicionismo penal, como mencionei, absorve a visão sobre o crime do *labeling approach*. Lembro que a teoria remonta a ninguém menos que um dos fundadores da sociologia, Émile Durkheim, de quem se conhecem as teses polêmicas sobre a *normalidade* do crime, mas também, como corolário, a normalidade da pena (DURKHEIM, 1973). Durkheim assinala uma *função* positiva para o crime, porque a reação a ele, a *sanção* aplicada ao criminoso, reafirma a *consciência coletiva ou comum* – sem a qual nenhuma sociedade existe. Não é o caso aqui de nos alongarmos sobre todas as questões que essa tese levanta. Lembremos apenas que, segundo o esquema durkheimiano, nas sociedades de baixa divisão do trabalho todo o direito é fundamentalmente *repressivo*, pois a violação de qualquer das regras sociais representa um perigo para a sobrevivência do grupo, e este reage infligindo um castigo ao infrator. Com a divisão do trabalho, mais e mais cresce um domínio próprio de cada um dos membros do grupo, desenvolvendo interesses e modos de pensar que já não são os de todos os demais. Desenvolve-se um direito regulando transações privadas que já não interessam ao conjunto da sociedade. Forma-se, assim, um direito *restitutivo*, cuja finalidade já não é propriamente punir, mas restabelecer a ordem das coisas. Nessas sociedades, o direito penal teria se encolhido até tornar-se uma parte ínfima do conjunto do ordenamento jurídico, devido ao retraimento da "consciência coletiva". Mas, como toda sociedade possui uma consciência comum, não há sociedade sem interditos a certas ações que ofendem os "estados fortes" dessa consciência. Tais interditos são o que conhecemos como crimes – que, assim, existem em qualquer sociedade que tenha existido, exista ou existirá.

Não sei se estou forçando a nota ao sugerir que as "situações problemáticas" de Hulsman demandariam um direito *restitutivo* visando ao restabelecimento da ordem das coisas, e não a infligir um castigo ao infrator, o que seria próprio do direito *repressivo*, que continua existindo nas nossas sociedades modernas

porque, malgrado tudo, a "consciência coletiva" não se satisfaria com um arranjo simplesmente *restitutivo* no que diz respeito a determinados atos que atentariam contra os "estados fortes" dessa consciência. Volto aos exemplos de Hulsman: a pedido do próprio ofendido, a promotora holandesa bem que poderia ter relevado o roubo perpetrado em sua casa pelos adolescentes – sem que seus concidadãos se sentissem lesados. Mas, e no que diz respeito ao assassinato da garota e ao sequestro do trem? O "crescimento pessoal" dos pais da garota e seu assassino, bem como dos sequestradores e os sequestrados sobreviventes, deu-se a partir da atuação do sistema penal e do fato de que os "culpados" – as aspas seriam de Hulsman – estavam presos. Será que a "consciência comum" holandesa não teria se sentido ultrajada se as autoridades "externas" às pessoas diretamente implicadas nos danos infligidos e sofridos tivessem se contentado com uma simples *mediação* ou *conciliação* entre elas? Isso não significa, porém, que o abolicionismo não tenha coisas importantes a dizer a respeito das penas que uma sociedade pode se permitir infligir àqueles que ofendem seus "estados fortes". Por exemplo, a prisão.

4. O cárcere em xeque

Há indícios de que a cultura penal erigida na passagem do *ancien régime* para os tempos modernos – aquela que elegeu a prisão como a sanção penal por excelência – está em crise. Bem sei que a afirmação parece bater de frente com o encarceramento em massa, inclusive aqui no Brasil, dos últimos tempos. Em que pese isso, é voz comum, e não apenas entre os abolicionistas, a descrença a respeito dessa forma estranha de punição. Hulsman qualifica-a de um "sofrimento estéril", e diz que tal sofrimento é um *nonsense* (HULSMAN e CELIS, p. 62). E Scheerer escreve: "A decadência da idéia de ressocialização privou as condenações à prisão de sua mais importante legitimação". As prisões hoje aparecem como o que são: "aberrantes instituições de repressão" (SCHEERER, p. 16).

Mas as coisas não são tão simples assim. O que dizer a respeito do seu *nonsense*? A primeira coisa é reconhecer que, infelizmente, há sim algum *sense* na prisão. O próprio fato de ser uma "aberrante instituição de repressão" faz sentido. Qual? Justamente o fato de ser uma *instituição de repressão*! A retribuição do mal praticado pelo infrator em forma de castigo, afinal, é reconhecidamente uma das funções da prisão. Mesmo que ela não costume ser declarada abertamente pelos juristas ciosos do humanismo penal – para o qual a ideia de vingança soa medievalesca –, ela é perfeitamente integrada ao senso-comum, para quem um criminoso deve *pagar* pelo que fez. Ora, em relação a essa sua

função temos que ter a coragem de reconhecer que, essa, pelo menos, a prisão cumpre com esmero! Mas a prisão cumpriria também duas outras funções: a preventiva e a ressocializadora. O que dizer a respeito delas?

Duas afirmações contam com a adesão unânime da literatura abolicionista: a prisão não previne crimes; e não ressocializa os criminosos que para lá vão. Outra vez correndo o risco de ser mal interpretado, argumentarei em seguida que as duas afirmações não são tão evidentes assim. Para começo de assunto, as funções preventivas e ressocializadoras da prisão não estão no mesmo pé de igualdade no que diz respeito ao pronunciamento das ciências sociais sobre os seus resultados. É verdade que a função ressocializadora conta com uma descrença generalizada. Mas já sua outra função, a de prevenir delitos, não reúne um consenso negativo. Nesse assunto, é recomendável ir devagar com o andor, pois existem discussões sobre o potencial dissuasório da pena na prevenção de crimes que os abolicionistas e os criminólogos críticos, de um modo geral, preferem não conhecer.

"Qualquer um pode constatar que a existência do sistema penal de forma alguma impede os homicídios, os roubos a mão armada, ou os furtos em residências" – diz Hulsman (Idem, p. 108), fazendo coro com a opinião largamente partilhada de que a pena não dissuade os crimes: se dissuadisse, como explicar o fato de que, malgrado as prisões estarem cheias, os crimes continuam acontecendo? Uma resposta possível, adotada pelos partidários do "punitivismo", é também conhecida: se não houvesse os castigos, haveria ainda mais crimes. Com efeito, uma coisa é verificar, e até contar, malgrado existirem as prisões, os crimes que *acontecem*; outra, diferente e de difícil realização, é contabilizar, em virtude da sua existência, os crimes que não aconteceram – difícil justamente porque não *aconteceram*! O filósofo e romancista francês Albert Camus, fervoroso partidário da abolição da pena de morte no seu país, escreveu nos anos 1950 um famoso ensaio, *Reflexões sobre a guilhotina*, no qual, depois de lembrar que "milhares de criminosos não foram por ela intimidados", reconhece a existência desse dilema: "Mas nós não podemos conhecer aqueles que ela intimidou" (1957, p. 142).

A intuição do ensaísta é confirmada por uma sociologia de forte base empírica, dentro da tradição anglo-saxônica, em relação à qual não costumamos nutrir simpatia, por razões que são ao mesmo tempo culturais (certo horror ao que chamamos genericamente de "positivismo") e ideológicas: trata-se de uma literatura que se pretende estritamente científica, isto é, isenta de pressupostos e valorações – e é claro que ela não é. Jock Young, que não nutre especial simpatia por essa literatura, mas a lê, observa que ela se "alinha à direita do espectro político", ao evacuar o tipo de explicação "estrutural" para o crime e optar

pelas explicações de tipo "cultural". Ou seja: o desvio "não ocorre por causa de desigualdades ou diferenças materiais", mas "por causa de uma falta de inclusão na cultura de uma determinada sociedade" (YOUNG, 2002, p. 122). Um bom exemplo dessa corrente encontra-se no *Handbook* da Universidade de Oxford sobre *Pesquisa empírica em direito*, no qual há um verbete resenhando o "impacto das sanções penais" sobre o crime, compreendendo pesquisas desse tipo em "várias décadas". Os autores do verbete qualificam os pesquisadores cujos trabalhos resenham de "consequencialistas", querendo com isso significar que eles simplesmente "avaliam a conveniência (*appropriateness*) das sanções penais pelos seus resultados": reduzir o crime (BOTTOMS e HIRSCH, 2010, p. 97). Ora, aparentemente, reduzem:

> Os estudos sugerem que quando infratores potenciais estão conscientes dos riscos substanciais de serem pegos e punidos, um número significativo deles pode ser induzido a desistir. Assim, parece claro que a punição criminal é capaz, na prática, de ter efeitos dissuasórios (Idem, p. 104).

Esse tipo de literatura, numa certa medida, nada mais faz do que demonstrar com o recurso aos números aquilo que qualquer um de nós, mesmo intuitivamente (mas, se for criminólogo crítico, apenas *in petto*...), sabe: ao ver um policial na esquina, muitíssimo provavelmente um assaltante desiste de abordar sua vítima no ponto de ônibus próximo. Às vezes, essa literatura diz obviedades de tal monta que somos levados a nos perguntar se seria necessário tanta estatística para enunciá-las. Assim, por exemplo, a descoberta de que "se o nível de aplicação da lei cai, então atores racionais agindo no seu interesse podem perceber isso e deixar de acreditar que podem ser pegos e processados". E prosseguem com a maior seriedade do mundo: "o efeito de certeza" da punição "provavelmente precisa ser periodicamente reforçado (através de altos níveis de patrulhamento ou outro método de vigilância) se pretender continuar sendo efetivo" (Idem, p. 105). Ao mesmo tempo, vezes há em que essa literatura nos surpreende positivamente, ao mostrar, por exemplo, que o senso comum está errado ao imaginar que a agravação das penas é um antídoto eficaz contra o aumento da criminalidade, pois os estudos mostram que "a severidade do castigo aparece como muito fraca quando correlacionada com taxas criminais" (Idem, p. 121). É, sem tirar nem pôr, aquilo que já dizia Beccaria há bem mais de dois séculos: "Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade" (BECCARIA, 1995, p. 91).

O "efeito de certeza" da punição, todavia, não funcionaria com o mesmo impacto dissuasório para todos: "a mesma sanção pode ter diferentes efeitos sobre pessoas ocupando diferentes posições numa dada sociedade". A "ameaça

de exposição e punição" pelo cometimento de um delito funcionaria mais para um "executivo" ameaçado de "perder seu emprego e sofrer uma severa redução na estima de que goza" do que para um jovem morador de "algumas áreas urbanas desfavorecidas nos Estados Unidos" que já tenham "vivido a experiência da prisão". Assim, "ameaças visando à dissuasão não podem ser separadas do contexto social" (BOTTOMS e HIRSCH, p. 106). Mas pesquisas desse tipo não costumam desviar-se do "empiricismo" que lhes é próprio e adotar uma postura "estrutural" para condenar o "contexto social" que produz de um lado executivos tentados pelos crimes de "colarinho branco", de outro, jovens para quem o ingresso no tráfico de drogas é o caminho mais fácil de rápida ascensão social.

E quanto à *ressocialização*? Para começo de assunto, a prisão como lugar onde ela se daria é uma ideia às voltas com a incongruência fundamental de reinserir alguém na sociedade segregando-o dela. A essa incongruência se junta uma questão incontornável e que chega a ser uma ironia: a prisão termina por constituir, inevitavelmente, uma nova forma de *sociedade* – a chamada "sociedade dos cativos", como lembra Edmundo Campos Coelho (2005). Há algum sentido nessa ideia aparentemente sem pé nem cabeça?

No começo, parecia haver. A ideia de confinamento como método de redenção é de origem eclesiástica, "tendo sempre sentido de penitência, meditação e oração, a fim de provocar o arrependimento e a emenda" (RIBEIRO, 2006, p. 56). Em 1779, isso foi dito com todas as letras por um dos fundadores da prisão como pena, o filantropo inglês John Howard, para quem as prisões seriam "regiões de culpa, sofrimento e remorso". O trabalho, a disciplina monástica, o silêncio e o isolamento seriam os seus instrumentos. Como bom puritano, a sua receita não era nada doce: "acrescentar o peso da monotonia ao terror da solidão" (*apud* COELHO, p. 30). A prescrição nunca funcionou. Compreende-se. Trata-se, afinal, de uma típica ideia fora de lugar. Uma coisa é um pecador, no mundo medieval – em que a Igreja é a maior autoridade e a salvação da alma o maior bem –, ser confinado em nome de valores que provavelmente são legítimos em sua própria consciência; outra, bem diferente, é um criminoso numa sociedade moderna, dentro da qual as autoridades tradicionais se esgarçaram e onde o maior bem é o consumo, ser encarcerado por uma justiça que ele muitas vezes odeia e despreza. Daí a opinião generalizada de que a prisão não ressocializa. Seja dito que a tese necessitaria de uma base empírica maior do que aquela de que dispomos para ser considerada inequivocamente verdadeira. Já dispomos de algum conhecimento acumulado sobre *reincidência*, é verdade; mas, pelo que seja do meu conhecimento, sabemos muito pouco sobre *ressocialização*. Como já lembrava Antonio Luiz Paixão há

quase trinta anos (1987) o "teste crucial de ressocialização" que existe no Brasil é "a taxa de reincidência". Mas uma e outra são coisas diferentes, e, passado todo esse tempo, ainda estamos patinando nesse terreno.

Mesmo a taxa de reincidência é difícil de ser aferida, pois ela representa apenas aqueles egressos do sistema penal que reincidiram e foram pegos, não a totalidade dos que voltaram a delinquir. Ainda assim, é um terreno razoavelmente balizado hoje em dia, mas não sem dificuldades. A primeira delas refere-se ao próprio conceito de *reincidência*. Um estudo recente do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) observa:

> Um desafio colocado a uma pesquisa com esse objetivo consiste em explicitar o conceito de reincidência a ser trabalhado. O termo reincidência criminal é geralmente utilizado de forma indiscriminada, às vezes até para descrever fenômenos bastante distintos. Aponta, na verdade, para o fenômeno mais amplo da reiteração em atos criminosos e da construção de carreiras no mundo do crime (IPEA, 2015, p. 8).

Ou seja, "as taxas de reincidência calculadas pelos estudos brasileiros variam muito em função do conceito de reincidência trabalhado" (Idem, p. 13). É o que ocorre com o desencontro de informações segundo se adote um conceito *legal* ou um conceito *genérico* de reincidência. Segundo a nossa legislação, a reincidência *legal* refere-se apenas à "condenação judicial por um novo crime até cinco anos após a extinção da pena anterior". Isso é bastante diverso da reincidência *genérica*, "aquela referente à repetição, por um mesmo indivíduo, de atos definidos como crime no Código Penal, independentemente de sua autuação pela autoridade policial ou pelo poder Judiciário". Neste caso, a reincidência "abrangeria taxas enormes" (Idem, p. 8). O discurso corrente adota esse último conceito, a partir do qual se menciona uma taxa de reincidência de 70%, presente seja em fala recente do ex-ministro do STF, Cezar Peluso, seja no relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema carcerário divulgado em 2008 (Idem, p. 11). De onde surgiu esse número? Segundo o trabalho do IPEA, a origem seria um relatório de gestão do Depen informando que a reincidência criminal no país em 01 de janeiro de 1998 era de 70%.

> Essa parece ser a origem de uma porcentagem amplamente divulgada no país. Todavia, analisando o exposto nesse documento, percebe-se que o conceito utilizado é bem amplo (...). Ou seja, a porcentagem de 70% está sobrestimada pelos presos provisórios, que têm seu movimento influenciado pela atividade policial e que não necessariamente se convertem em condenações (Idem, p. 12).

Na pesquisa da qual estou extraindo essas informações, o IPEA trabalhou com "a reincidência em sua concepção estritamente legal". Nesse caso – mas apenas nesse caso –, corroborando o que outras pesquisas análogas já tinham achado, a "a taxa de reincidência, calculada pela média ponderada, é de 24,4%" (Idem, p. 23). Ora, se faltam informações mais confiáveis sobre os números da reincidência, que dirá sobre os números da ressocializão! Uma coisa nos interpela: mesmo que consideremos o percentual de 70% de reincidência (como vimos, dependendo do conceito que se use, ele é bem menor), fica a pergunta: e os 30% restantes? Foram "ressocializados" ou ainda não foram "pegos"?... Para além da versão praticamente unânime de que a prisão não ressocializa, ninguém sabe se isso é *completamente* verdade, porque existe aí um buraco negro que aparentemente continua inexplorado.

Para se ter informações mais precisas sobre essa realidade, seria necessária uma pesquisa longitudinal, uma espécie de *follow up* dos que deixaram a prisão, para saber que rumo deram à sua vida – o que exigiria um investimento temporal longo e, talvez por isso, desencorajador. E, ainda assim, seria bastante discutível se o que operou no caso dos que não reincidiram foi efetivamente um processo de *ressocialização*. O que parece mais razoável, ao menos como hipótese de trabalho, é que isso se deve principalmente não ao que a prisão operou neles, mas à natureza do crime que cometeram e à vida – familiar, ocupacional, social etc. – que já tinham antes da prisão e que, bem ou mal, puderam retomar depois que de lá saíram. Ou seja: é bastante razoável supor que não existe uma taxa geral de reincidência aplicável aos criminosos independentemente do crime que cometeram. Uma observação, ainda extraída do estudo do IPEA, merece reflexão: "furto e roubo são crimes relativamente mais representados na população de reincidentes": a taxa "chega a ultrapassar os 50%" (Idem, p. 29).

Faz sentido. O autor ocasional de um homicídio é um caso bem diferente de um assaltante inserido numa carreira criminosa, cuja estada na prisão pode ser apenas um acidente num percurso que começou bem antes e que provavelmente continuará depois de sua saída. Já um homicida passional não é um *serial killer*. Vejam-se casos famosos como os de Doca Street. Depois de cumprir pena – e malgrado ela, ousaria dizer –, não voltou a matar. Nesse caso, estaria *ressocializado*. Mas o que isso quer dizer? Que o tempo na prisão serviu para que ele se entregasse à "culpa, sofrimento e remorso", como queria o puritano John Howard? Num caso como o dele é até possível. Já com um traficante que continua operando seus negócios dentro da própria prisão, isso não parece verossímil. Mas, mesmo um traficante com uma carreira de atrás de si, pode eventualmente se *ressocializar*. Isso não teria acontecido com João Guilherme

Estrella, personificado por Selton Melo no filme *Meu Nome não é Johnny*? As situações são as mais variadas e talvez não seja possível extrair delas uma teoria geral da ressocialização – se *ressocialização*, propriamente falando, é possível.

Como quer que seja, não acho que seja o caso, aqui, de aplicar o princípio do benefício da dúvida. Os males conhecidos da prisão são tantos que não é sensato ficar aguardando seus pouco prováveis e discutíveis benefícios. É mais do que tempo de se promover uma reviravolta no princípio da instituição como a pena *normal* nas nossas sociedades e encararmos a realidade com um mínimo de serenidade que os números proporcionam. Um levantamento no banco de dados de 17 estados e do Distrito Federal mostra que há cerca de 500 mil mandados de prisão aguardando cumprimento nessas regiões, acumulados ao longo dos anos. É verdade que não se sabe com exatidão a quantos criminosos eles se referem, pois, para um mesmo procurado pode haver várias ordens de prisão, e assim o número real dos que estão esperando "vaga" deve ser menor.[8] Em todo caso, "o Brasil possuía, em 2012, 515.482 pessoas presas para apenas 303.741 vagas, déficit de 211.741 vagas" (IPEA, p. 10). Nessas condições, o impacto do mero cumprimento da lei, que significaria cumprir centenas de milhares de mandados de prisão, é simplesmente impensável.

E, no entanto, é um lugar-comum de livre curso na mídia e na opinião pública que "lugar de bandido é na cadeia!". Dos apresentadores dos nefastos "programas policiais" que poluem a paisagem audiovisual brasileira, aos engravatados comentaristas da *Globo News*, o refrão aparece aplicável a todo tipo de malfeitor e de malfeitoria. Não faz sentido. Ou faz. O que essas pessoas querem, no fundo, é que os sujeitos que delinquiram sejam enviados a um lugar onde possam "pagar" pelo que cometeram. É o *sentido* da prisão como retribuição do mal pelo mal – e que mal! Salvo as exceções de praxe, o cenário é o mesmo de sempre, quando alguma reportagem mostra imagens de uma carceragem brasileira típica: atrás de barras sujas, homens geralmente pardos, seminus, desdentados e de ar alucinado vociferando alguma coisa para a câmera. Mas, entra governo e sai governo, de direita e de esquerda, ditadura ou democracia, e as nossas cadeias continuam afrontando a humanidade. Todo mundo sabe disso. Do cidadão comum que assiste aos tais "programas policiais" e se delicia com eles aos ministros do Supremo Tribunal Federal que, apesar do conhecimento que têm, não agem *ex-officio*, como seria teoricamente possível, para coibir "casos escandalosos de desumanidade" do nosso "sistema carcerário" que, na visão do ex-ministro Cezar Peluso, "configuram crime do

8. Jornal *O Globo*, 04.02.2012.

estado contra o cidadão" (*Veja*, 07.07.2010). Se é crime, cabe à autoridade competente fazê-lo cessar, não?

Mas, apesar disso, a prisão persiste, aqui e alhures, e o Brasil possui hoje a quarta população carcerária do mundo. Isso numa circunstância em que mesmo os operadores jurídicos mais convencionais não se sentem inibidos em reconhecer o famoso "fracasso da prisão". Ela não preveniria os crimes, não ressocializaria os criminosos e, no fundo, reduz-se-ia a ser apenas uma "aberrante instituição de repressão". E perdeu legitimidade: "A menos que seja absolutamente necessário, não se deve mandar um criminoso para a cadeia" – disse o ex-ministro Cezar Peluso em entrevista já citada (*Veja*, 07.07.2010). Por que então, apesar de todo esse "fracasso", a prisão persiste? Mais do que isso, expande-se?

Veja-se o que tem ocorrido com o fenômeno do encarceramento feminino, um exemplo perfeito do que *não deve* ser feito. Segundo o Depen, entre 2000 e 2014 – ou seja, apenas quinze anos –, o aumento da população carcerária feminina foi de estonteantes 567,4%. Igualmente estonteante é o fato de que nada menos de 58% dessas mulheres estavam presas por tráfico de drogas. Que sentido tem isso num momento em que no mundo todo se começa a discutir seriamente a descriminalização dos estupefacientes? Volto a apelar para o ex-ministro Peluso, quando afirmou que "a menos que seja absolutamente necessário", não se deve mandar um criminoso para a cadeia – *a fortiori* essas mulheres que cometeram o que na teoria penal muitos chamam de "crime sem vítima": afinal, o que elas fizeram além de vender um produto que alguém foi comprar? Ao lado disso, 8% das mulheres estavam presas pelo crime de furto – que é a subtração de bem móvel *sem* violência ou grave ameaça. Será "absolutamente necessário" encarcerar uma pessoa que fez isso? As que estão presas por crimes potencialmente (quadrilha ou bando) ou claramente (roubo, homicídio etc.) violentos perfazem o percentual de apenas 16% das presas (Depen, 2014, p. 5). Deixemos de lado esses casos, por exigirem reflexão mais complexa, e fiquemos com aqueles em que o simples bom-senso daria uma solução. Somando o percentual de 58% das presas por tráfico com os 8% de internas por furto, teremos um total de 66% de mulheres encarceradas no Brasil que poderiam estar fazendo outra coisa na vida. Em termos racionais, o argumento realmente válido para justificar a prisão de pessoas com esse perfil não violento de crime, o de que o confinamento controla suas ações, já não se sustenta com tanta convicção num mundo em que, pelas tecnologias disponíveis, é possível ao proprietário de um carro roubado, graças a um minúsculo *chip*, saber onde o seu veículo se encontra. Se isso é possível com o produto do roubo, também é possível com o ladrão. Ou a ladra!

Mas a prisão continua lá. Por quê? – a pergunta insiste em nos interpelar. Uma maneira fácil de responder a perguntas difíceis como essa é dizer que a questão é complexa – e dela se esquivar. Mas é complexa. Há um enigma em torno do cárcere não suficientemente esclarecido. Michel Foucault, no aqui conhecido *Vigiar e Punir*, chama atenção para algo bem interessante. A prisão, como pena em si mesma – e, com mais razão, como *a pena* por excelência – de forma alguma figurava entre os projetos dos reformadores penais do século XVIII, aqueles que inauguraram o que ficou conhecido como "humanismo penal". O alvo de sua crítica eram a arbitrariedade e a crueldade, mas também a irracionalidade da justiça do *ancien régime*. Na cultura iluminista da época, a lei deveria ser igual para todos, emanada de um poder legislativo, pública e escrita. Mas é "banida a idéia de uma pena uniforme, modulada unicamente pela gravidade da falta" (FOUCAULT, 1977, p. 102) – exatamente o que a pena de prisão veio a ser! Continua o autor de *Vigiar e punir*:

> Melhor, a ideia de uma reclusão penal é explicitamente criticada por muitos reformadores. Porque é incapaz de responder à especificidade dos crimes. Porque é desprovida de efeito sobre o público. Porque é inútil à sociedade, até nociva (Idem, p. 102).

De fato, tudo isso está presente no clássico *Dos delitos e das penas*, de Beccaria. Para ele, "a privação da liberdade (...) só pode preceder a sentença quando a necessidade o exigir. O cárcere é, pois, *a simples custódia de um cidadão até que ele seja julgado culpado*" (BECCARIA, p. 79 – itálicos meus). Condenado, que penas lhe seriam aplicadas? Aquelas que correspondessem ao crime. "No caso de atentados contras as pessoas", "penas corporais" (p. 81); "furtos não acompanhados de violência", "penas pecuniárias" (p. 83). E, no caso daquela "porção infeliz de homens" presa da "miséria" e, portanto, desprovidos de pecúnia? Simples: "a pena mais oportuna será então o único tipo de escravidão que se possa chamar justa, ou seja, a escravidão temporária (...) ao serviço da sociedade comum" (p. 84). E assim por diante.

Ou seja: o receituário beccariano recomenda até um tipo de castigo que nem lembramos que lá está quando pensamos num livro que contribuiu como nenhum outro para o fim das torturas judiciais e dos suplícios: as penas corporais! Supõe-se que elas seriam as mais incruentas possíveis, porque, embora a pena ideal deva ser aquela que cause "a impressão mais eficaz e duradoura no espírito dos homens", ao mesmo tempo está dito que ela deverá ser "a menos penosa no corpo dos réus" (p. 62). Como quer que seja, também para Beccaria a ideia de um tipo genérico de pena para os mais diversos crimes não faria sentido. Esse é praticamente um denominador comum entre os reformadores

do século das Luzes. E, no entanto, "eis o problema" detectado por Foucault: "depois de bem pouco tempo", entre fins do século XVIII e as primeiras décadas do século XIX, "a detenção se tornou a forma essencial de castigo" (FOUCAULT, p. 103). Como explicar esse fato curioso?

Conhece-se a resposta de Foucault. As coisas se passaram assim porque a prisão, com sua estrutura panóptica e suas práticas de esquadrinhamento e vigilância, seria um exemplo a mais – ainda que o mais expressivo – dos famosos "dispositivos" postos em funcionamento pela nascente sociedade disciplinar: a escola, os quartéis, as fábricas e os hospitais. A finalidade de todo esse aparato já se sabe: produzir "corpos politicamente dóceis e economicamente produtivos". Daí a ideia da "ressocialização" como a finalidade precípua do novo *castigo*. Em que pese essa destinação, a prisão revelou-se, desde que foi posta em prática, um rotundo fracasso. Como o próprio Foucault não se esquiva de observar, o epíteto de "escola do crime" já aparece nas primeiras críticas que são feitas à instituição – que, numa palavra, nunca funcionou de acordo com o que dela se esperava. Não é minha intenção discutir aqui a pertinência dessa tese – de resto, tarefa tentada noutro lugar (OLIVEIRA, 2011) –, mas apenas assinalar que o "fracasso" da prisão em cumprir a missão para que foi criada deveria, se as sociedades agissem *racionalmente*, já ter levado à sua substituição por outra coisa. Por que então ela sobrevive com esse histórico de fracasso há dois séculos e, pior ainda, por que tem se expandido tanto nos últimos tempos? Raymond Boudon, autor de críticas ferinas à argumentação de Foucault, propõe uma explicação alternativa para a permanência da prisão apesar do seu fracasso: "a resposta banal – e sem dúvida aceitável – seria que não se encontrou nada melhor" (BOUDON, 1989, p. 177).

A tese (ou brincadeira?) de Boudon parece seguir o princípio conhecido como "navalha de Ockham",[9] a saber: entre duas explicações para o mesmo fato, deve-se escolher a mais simples. De fato, o que colocar em lugar da prisão? Ela é, afinal, *fácil*: pegam-se algumas pessoas de quem se quer se livrar e as confina num espaço fechado onde ninguém mais as vê! O que haveria "melhor" do que isso? Seus inconvenientes? Mas que solução humana para os problemas não cria novos problemas?... Aprende-se a conviver com eles. Afinal, experiências históricas reiteradas, mesmo sem fundamento, tendem a se "naturalizar". O famoso "lugar de bandido é na cadeia" é uma dessas verda-

9. O franciscano inglês Guilherme de Ockham viveu no século XIV e é por muitos considerado o primeiro pensador moderno, por defender, em oposição à Escolástica medieval, a experimentação como a fonte do conhecimento. N´*O nome da rosa*, de Umberto Eco, ele serve de modelo para o personagem William de Baskerville.

des indiscutíveis porque já se naturalizou – até que saltemos o muro de giz da inércia e perguntemos: por quê? O movimento abolicionista insurge-se contra essa inércia e, já por isso, deve ser levado a sério. Mas é tempo de voltar a uma questão posta no início: de que abolicionismo estamos falando? Abolicionismo penal ou, *apenas*, carcerário? Pessoalmente, acho que o momento é de se investir no segundo e, quanto ao primeiro, retermos algumas de suas contribuições. Mas, quanto ao *núcleo duro* da tese – o banimento da ideia de *pena* –, devemos continuar indo devagar com o andor.

5. O que fazer?

De um lado, é verdade: o sistema penal ocupa-se do crime como *um ato* destacado do contexto dentro do qual ele foi cometido. Certo: nossos sistemas penais levam em conta fatores agravantes, atenuantes, excludentes etc., mas todas essas circunstâncias são levadas em conta na condição de acessórias à principal: *o ato em si*. Quanto a esse, há, se se pode assim dizer, um *corte epistemológico* ditado por razões instrumentais que chegam a ser incontornáveis: é preciso decidir sobre *um caso*. Nils Christie, discutindo essa questão, chama atenção para o "caráter dicotômico do direito penal", ou seja: os atos são criminais ou não criminais, e as pessoas são criminosas ou não criminosas. Assim, diferentemente do que ocorre no direito civil, em que muitas vezes num litígio ambas as partes têm parcialmente algum direito, "o direito penal é um tipo de direito que leva a um quadro simplista do homem e seus atos" (CHRISTIE, 1989, p. 128). E continua: "isto significa que, por um lado, o direito penal tende a fixar-se *mais nos atos do que nas interações*; e, por outro, que se fixa mais nos sistemas biológicos ou *da personalidade do que nos sistemas sociais*" (Idem, p. 129). Se o sistema social fosse levado em conta, "se abriria a possibilidade de analisar mais a interação do que a ação". Do mesmo modo, isso "também permitiria realizar uma análise da 'responsabilidade social', conceito que não se adequa ao direito penal". Afinal, segundo a interpretação que se lhe dê, "o conceito de responsabilidade social (...) poderia dar lugar à idéia de que a culpa não é dos indivíduos, senão dos sistemas sociais" (Idem, p. 129). Como, nesse caso, *decidir*?

O próprio Christie lembra que "este seria o enfoque marxista" (Idem, p. 129). E este, como sabemos, constitui o principal pano de fundo sociológico dos autores ligados à criminologia crítica de um modo geral, e de boa parte dos autores ligados ao abolicionismo em particular. Mas não é necessário adotar-se o materialismo histórico como paradigma sociológico para se chegar à conclusão de que os eventos criminosos têm *causas sociais* no sentido mais lato do termo. O que podemos chamar de consciência sociológica do crime de forma

alguma se limita ao pensamento de esquerda, chegando mesmo a integrar um dos sensos comuns da modernidade. Mas, à medida que nos inserimos completamente dentro da lógica da causalidade sociológica, experimentamos uma natural repulsa em tratar o crime pela via do castigo, porque, sendo o mesmo o efeito de causas que atuam independentemente da vontade dos atores, reprimi-los revela-se uma medida sociologicamente inútil, à medida que as mesmas causas continuarão produzindo os mesmos efeitos. Além disso, revela-se, no limite, uma medida até mesmo injusta, pois o criminoso não é outra coisa senão, ele também, uma vítima das circunstâncias. Esse é um terreno em que precisamos avançar com muita cautela porque, de um lado, aceitar essa lógica até suas últimas consequências significa considerar ilegítimo o direito de punir. E, de outro, renunciar a esse direito é uma atitude individualmente possível, mas socialmente irrealista, pois ela implica desconsiderar o sentimento natural de revolta provocado pelo crime (por determinados tipos de crime, para ser mais exato) que exige uma forma qualquer de retribuição. Se é com certeza verdade que o crime é em grande parte uma "questão social", não é menos verdade que, depois de cometido, pelo menos alguns deles são também uma "questão de polícia". Noutros termos: se é verdade que a sensibilidade moderna, fortemente – e felizmente – influenciada pela consciência sociológica do crime, considera monstruoso que se enforquem simples batedores de carteira (como ainda se fazia na civilizada Inglaterra no século XIX), é também verdade que ela não aceita que um estupro seguido de morte permaneça impune.

Da necessidade da punição, infelizmente, não podemos fugir. O mais trágico nessa história toda é que, no fundo, sabemos que o castigo só vai acrescentar um mal a mais no mundo. O criminoso dificilmente vai se convencer das fundadas razões da sentença que o condenou a pagar sua dívida numa cela de prisão, arrepender-se e dali sair um homem melhor. Mas será que aceitaríamos pagar o mal com o bem? No final das contas, a justa vingança termina revelando-se frustrante para todo mundo. Mas como não exercê-la? De tudo isso não sobra nenhum regozijo para ninguém. Crime e castigo parecem, um e outro, eventos de uma mesma tragédia no sentido forte da expressão: uma vez desencadeada, os seus personagens já não podem deixar de agir como agem, mesmo se sua ação nada mais faz do que acrescentar novas dores ao mundo. Mas é assim que as sociedades são. Poderiam ser diferentes? A essa pergunta, cuja resposta pode facilmente derrapar no discurso indignado e generoso, mas improdutivo, prefiro outra: *como* elas poderiam ser diferentes? Com o que voltamos à questão do abolicionismo carcerário.

A prisão como *a pena* por excelência é uma insensatez. Mas, apesar de todos os juízos negativos sobre ela – que, aliás, são contemporâneos da sua invenção

–, persiste. É tempo de começar a pensar seriamente em substituí-la por outra coisa. Mais exatamente, por *outras coisas*. Quais? Deixemos essa tarefa para a imaginação criadora de penalistas e criminólogos arejados e dediquemo-nos, nas páginas finais deste ensaio que já vai se tornando longo, a refletir sobre certas condições necessárias de sua abolição – se não totalmente (afinal, em determinadas circunstâncias até um Hulsman reconhece que será preciso "internar" alguém), pelo menos como a forma privilegiada de punição.

Será necessário, em primeiro lugar, abandonar de vez o discurso "ressocializador", no qual praticamente mais ninguém acredita. Por dever de função, apenas as autoridades estaduais encarregadas da administração dos presídios se beneficiariam de uma exceção: estes poderão, no discurso de posse, continuar afirmando que vão envidar todos os esforços nesse sentido. No discurso de saída, por já não serem mais obrigados a isso, estão dispensados de fazer um balanço do seu fracasso. A reafirmação do discurso ressocializador, na verdade, só legitima uma instituição cuja única função *positiva*, se se pode assim falar, é pôr fora de circulação, por algum tempo, alguns indivíduos cuja liberdade constitui um perigo para seus concidadãos. Tirante esses casos, entretanto, boa parte – senão a grande maioria – dos que estão no sistema carcerário poderia ser apenada com medidas que evitem o confinamento. A primeira tarefa é, assim, promover uma mudança drástica na nossa cultura punitiva, destronando o encarceramento da condição de rainha das penas. Esse, aliás, dir-se-ia já ser um trabalho em curso: no Brasil, neste momento, temos (ainda que num estágio balbuciante) o que poderíamos chamar de uma política penal de desencarceramento, de que são exemplos a Lei dos Juizados Especiais Criminais (9.099/1995), a Lei das Penas Alternativas (9.714/1998) etc. "Essas medidas, entretanto", como lembra um autor,

> (...) são tidas como exceções à regra da pena privativa de liberdade. A fim de alterar uma tal situação, invertendo essa realidade, pode-se cogitar conferir maior autonomia às chamadas penas alternativas, que, para o Código Penal brasileiro, são penas restritivas de direitos, cominando-as (...) àqueles crimes cometidos sem violência ou grave ameaça (RIBEIRO, p. 151-152).

Noutros termos, e invertendo os conceitos, o cárcere é que passaria ser uma pena *alternativa*! Não se trata (e muito provavelmente nunca se tratará) de uma tarefa que chegue a constituir algum movimento social, com pessoas nas ruas exigindo o fim da prisão como a pena por excelência e sua substituição por outras formas de sanção. Esse tipo de assunto não costuma mobilizar os cidadãos para além do círculo relativamente pequeno dos humanistas que se preocupam com ele, porque têm compromissos éticos, e dos especialistas

(operadores jurídicos, gestores públicos etc.) que, pela função que exercem no sistema penal, são obrigados a dele se ocupar. Como observou ironicamente certa feita o historiador Paul Veyne, especialista em mundo greco-romano, a propósito do fim dos combates de gladiadores, "o humanitarismo só existe em uma pequena minoria de pessoas com nervos fracos" (1982, p. 152). Essas pessoas (advogados, professores, jornalistas, militantes de direitos humanos etc., que um conhecido termo define como *intelligentsia*), apesar de constituírem uma minoria, compõem um grupo sociologicamente importante, por sua capacidade em influir nas decisões emanadas da esfera pública.

Como disse, acho que esse é um processo em construção, apesar do encarceramento em massa – ou, talvez, graças justamente a essa massificação. Seria algo análogo ao que se vive com outras situações críticas, como a crise ecológica e o descalabro da mobilidade urbana. A destruição dos recursos naturais não renováveis, a poluição, o efeito estufa etc. apontam para a necessidade de outras políticas de "desenvolvimento"; os engarrafamentos monstruosos, a iniquidade dos ônibus superlotados onde pessoas gastam no desconforto preciosas horas de vida etc. apontam para a necessidade de outras políticas de transporte. Analogamente, a superlotação carcerária, as constantes rebeliões nos presídios, a condição desumana a que os presos vivem submetidos etc. apontam para a necessidade de outras políticas penais. É claro que, como a história é um processo em aberto, infelizmente o melhor não está determinado a acontecer. O pior sempre pode sobrevir. Mas apostemos na primeira hipótese.

6. Concluindo

Caminhando para o fim, volto aos abolicionistas e seu cacoete em referir-se às sociedades tradicionais quando elas se defrontam com o que Hulsman chama de "situações problemáticas". "O antropólogo Michel Alliot" – informa Hulsman –, "certa vez, explicava que nossa noção de 'crime' é, na verdade, desconhecida das civilizações primitivas, dando dois exemplos, um retirado das sociedades africanas e outro dos esquimós do Quebec". E continua: "na mentalidade bantu, o que importa quando alguém mata não é que ele próprio também seja morto ou punido, mas sim que repare o dano, *geralmente trabalhando para a família da vítima*" (HULSMAN e CELIS, p. 127 – itálicos meus). Bem, sem tirar nem por, é uma das soluções aventadas por Beccaria para determinados tipos de crime: a servidão temporária. E Hulsman alude que "as consequências de um homicídio são civis e não penais, vindo a concórdia não do castigo, mas da reparação" (Idem, p. 127). Aqui, francamente, estamos diante de uma questão conceitual: trabalhar para a família da vítima – supõe-se

que obrigatoriamente – seria uma sanção civil ou penal? Beccaria, parece-me, inclinar-se-ia para a segunda hipótese; Hulsman, para algo entre uma e outra. Continua ele:

> No extremo norte, entre os *Inuits*, o que acontece quando um conflito não é resolvido pelas pessoas diretamente interessadas, mesmo quando ocorre a morte de alguém? As pessoas ou família envolvidas organizam um *duelo de cânticos* entre elas (...) e o grupo que não consegue mais replicar é considerado o perdedor. Mas, aí, produz-se a reconciliação, celebrada com uma refeição em comum (Idem, p. 127).

É o que se passa também na Papua Nova-Guiné. Remeto o leitor ao trabalho de Jared Diamond, geógrafo americano com longa vivência com as populações nativas daquele país. Diamond escreveu um alentado volume em que dedica um substancioso capítulo à tensão entre a justiça estatal e as formas tribais de resolução de conflitos.[10] O subtítulo do livro não esconde sua simpatia por esse mundo em vias de desaparecimento: *O que podemos aprender com as sociedades tradicionais?* Ele relata um desses casos que, nas sociedades do automóvel, chegam a ser banais: "um homem chamado Malo acidentalmente atropelou e matou Billy, um jovem colegial" (DIAMOND, 2014, p. 105). O conflito entre Malo e a família de Billy se resolve mediante a intervenção do patrão do primeiro, que intermedia um "pagamento compensatório" e uma "cerimônia de compensação" (Idem, p. 109). Nesta, o patrão do causador do acidente deve dizer: "estes alimentos são para ajudar vocês neste tempo difícil". Isso feito, "a família e os visitantes partilharam uma refeição simples de batata-doce e outros vegetais". E Diamond comenta:

> (...) eu tinha dificuldade de imaginar um encontro de reconciliação semelhante a esse nos Estados Unidos ou em qualquer outra sociedade ocidental, com a família de uma criança morta e os causadores acidentais da morte, até então estranhos uns para os outros, sentados lado a lado, chorando juntos e dividindo uma refeição poucos dias depois da morte (Idem, p. 110).

Falando nessas instituições não estatais de resolução de conflitos, eis o que diz Hulsman a respeito do que podemos aprender com essas sociedades:

> Se fizermos a arqueologia de uma sociedade ocidental, lá encontraremos viva, escondida sob as instituições centrais centralizadoras e uniformizan-

10. Devo ao jurista carioca Geraldo Prado a descoberta desse texto, num debate público por ocasião de nossa participação numa banca de mestrado na Universidade Católica de Pernambuco, em 2015.

> tes, uma espécie de dinâmica original de solução de conflitos que se assemelha à das sociedades "naturais". Entre nós, o "seio da aldeia" é o bairro, a comissão de pais de alunos de uma turma da escola secundária, o conselho de uma empresa, uma associação de pescadores, a união local de consumidores, um clube esportivo etc..., no seio dos quais uma série de conflitos encontra, de fato, soluções definitivas (HULSMAN e CELIS, p. 128).

Que jurista, por mais empedernidamente convencional que seja, seria contra isso hoje em dia no Brasil? Mas, afinal de contas, que conflitos podem ser resolvidos num "bairro", numa "comissão de pais e alunos", no "conselho de uma empresa", numa "associação de pescadores", num "clube esportivo"? Muitos, é verdade. Mas não, certamente, aqueles a que aplicamos o qualificativo de "criminalidade violenta". Voltando a Diamond e ao caso do menino morto: "Conforme reconheciam os pais de Billy e os parentes, Malo não tivera a intenção de matar a criança". Caso sim, "o assunto ainda poderia ter sido resolvido pelo mesmo processo de compensação", mas "o resultado teria sido mais incerto, a situação mais perigosa e o pagamento exigido como compensação seria mais elevado" (Idem, p. 111). Ou seja:

> O processo de compensação é uma das pontas, a pacífica, do sistema de duas pontas das sociedades tradicionais. A outra é buscar a vingança pessoal por meio da violência, que tende a escalar ciclos de contrarretaliação e chegar, em última instância, à guerra (Idem, p. 114).

Por isso, ele adverte: "não devemos idealizar ingenuamente as sociedades pequenas, vendo-as como uniformemente admiráveis, exagerando suas vantagens e criticando o governo estatal como, no máximo, um mal necessário". Por outro lado, "muitas sociedades de pequena escala de fato possuem alguns aspectos com os quais poderíamos lucrar caso os incorporássemos às nossas sociedades de Estado" (Idem, p. 147). Diamond dedica um tópico ao exame da "justiça restaurativa", que ele vê positivamente "quando o criminoso está disposto a encontrar a vítima, participa ativamente do encontro e percebe o dano que causou – em comparação com os casos nos quais o criminoso participa a contragosto de um encontro obrigatório determinado pelo juiz". Mas sua conclusão é que "a justiça restaurativa não é uma panaceia para todos os criminosos e suas vítimas. (...) Alguns criminosos não sentem remorso, e algumas vítimas seriam novamente traumatizadas e não ajudadas, por terem de rever o crime na presença do criminoso" (Idem, p. 146). Assim, conclui: "A justiça restaurativa é, no melhor dos casos, um complemento de nosso sistema de justiça criminal, e não um substituto. Mas é promissora" (Idem, p. 147). Esse é um movimento de âmbito mundial – que também chegou até nós. Curiosa-

mente, mesmo num país dotado de alto padrão civilizatório como o de Christie, a Noruega, o abolicionismo parece avançar e sentir-se mais à vontade para lidar com eventos menos violentos – aqueles que, entre nós, chamaríamos de "crimes de menor potencial ofensivo". Informa ele:

> Na Noruega essas idéias têm levado a reformas legais concretas. Temos criado ali um sistema que permite que todas as municipalidades tenham organismos para a resolução dos conflitos. O objetivo é que esses organismos se ocupem das infrações menores, furtos menores, vandalismo, escândalos noturnos etc. (CHRISTIE, 1992, p. 139).

Mas, também lá, existem "aqueles que se inclinam pelo direito penal", e estes dirão que "os grandes casos (...) deverão ser manejados (...) pelos tribunais". Nesse momento de sua argumentação, Christie anuncia: "pelo contrario, são os grandes casos que não se adequam aos castigos" (Idem, p. 139). E, em seguida, dá um salto espetacular e, no contexto, temerário. Vou aqui me permitir outra transcrição longa:

> No ano passado, estudantes e colegas visitamos Birkenau, na Polônia, lugar tristemente conhecido por muitos. Heinrich Himmler, observando a paisagem em cima de uma ponte, havia decidido que era o lugar ideal para um campo de extermínio. (...) Ali era o terminal de uma trama ferroviária para cinco milhões de pessoas. Depois da guerra, nesse mesmo lugar, se construiu uma forca, que foi utilizada para pendurar os comandantes da SS. Poucas vezes antes tinha visto ilustrado um ato tão sem sentido. Cinco milhões de seres humanos, mortos de fome, torturados, executados, colocados na câmara de gás. E, rápido, a nuca quebrada de um comandante. Obviamente era correto que ele fosse julgado numa cerimônia importante e muito séria. Mas, quanto ao castigo, me parece óbvio que uma resposta mais digna para aqueles que morreram no campo de concentração teria sido deixar que o comandante seguisse com vida. Se tivessem persistido fortes razões para "castiga-lo", poder-se-ia ter-lhe dito: que vergonha! (Idem, p. 139-140).

Quando disse que o salto de Christie era temerário, é porque acho que ele mistura alhos com bugalhos. Quando argumento no sentido de dizer que devemos continuar pensando nas questões trazidas pelo abolicionismo com simpatia, mas também com ponderação, é porque considero que sua reflexão nos deixa desamparados quando pensamos em certos crimes graves, abundantes entre nós, que nos deixam boquiabertos. Não estamos lidando nem com simples batedores de carteira, para quem a prisão é de uma crueldade desmedida, nem com assassinos em escala industrial, em relação aos quais, como se diz, "não há lei que puna". Afinal, que pena seria *proporcional* aos cri-

mes de Himmler? Isso sequer pode ser formulado adequadamente. Este ensaio procurou cingir-se àquilo sobre que é possível *pensar* sociologicamente – de preferência, com sensatez.

7. Bibliografia

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

BOTTOMS, Anthony e HIRSC, Andrew Von. The Crime: Preventive Impact of Penal Sanctions. In: CANE, Peter e KRITZER, Herbert (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: University Press, 2010.

BOUDON, Raymond. *A ideologia*. São Paulo: Ática, 1989.

CAMUS, Albert. *Réflexions sur la peine de mort*. Paris: Calmann-Lévy, 1957.

CHRISTIE, Nils. Las Imagenes del Hombre en el Derecho Penal Moderno. In: CIAFARDINI, Mariano Alberto e BONDANZA, Mirta Lilián (orgs.). *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, 1989.

_____. Los conflitos como pertinência. In: ESER, Albin *et alii*. *De los Delitos y de las Victimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005.

DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – Infopen Mulheres – junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

DIAMOND, Jared. *O mundo até ontem*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2014.

DURKHEIM, Émile. (1973). *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Abril Cultural.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.

HULSMAN, Louk e CELIS, Jcqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Niteroi: Luam, 1993.

IPEA. *Reincidência criminal no Brasil* – Relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: 2015.

MARTINS, José de Souza. *Linchamentos*: justiça popular no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

MATHIESEN, Thomas. La politica del abolicionismo. In: CIAFARDINI, Mariano Alberto e BONDANZA, Mirta Lilián (orgs.). *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, 1989.

OLIVEIRA, Luciano. Comunidade e sociedade: notas sobre a atualidade do pensamento de Ferdinand Tönnies. *Cadernos de Estudos Sociais*. v. 4. n. 1. Instituto de Pesquisas Sociais – FUNDAJ. Recife, jan.-jun. 1988.

_____. Relendo *Vigiar e punir*.. Revista *Dilemas*, 2011.

PAIXÃO, Antonio Luiz. *Recuperar ou punir*? – como o Estado trata o criminoso. São Paulo: Cortez, 1987.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. *O mito da função ressocializadora da pena*. São Luís: Ampem, 2006.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHEERER, Sebastian. Hacia el Abolicionismo. In: CIAFARDINI, Mariano Alberto e BONDANZA, Mirta Lilián (orgs.). *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, 1989.

STEINERT, Heinz. Mas allá del delito y de la pena. In: CIAFARDINI, Mariano Alberto e BONDANZA, Mirta Lilián (orgs.). *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, 1989.

VEYNE, Paul. *Foucault revoluciona a história*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Baratta, Foucault e a questão criminal, de Adrian Barbosa e Silva – *RBCCrim* 123/157--186 (DTR\2016\24038);
- Breves notas sobre o abolicionismo penal, de Bruna Angotti – *RBCCrim* 80/247-279 (DTR\2009\520); e
- O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político, de Karina Nogueira Vasconcelos – *RBCCrim* 78/349-387 (DTR\2009\313).

¿Más allá de la 'tesis de la penalidad neoliberal'? Giro punitivo y cambio político en América del Sur

Beyond the 'neoliberal penality thesis'? Policial change and ounitive turn in South America

Máximo Sozzo

Doctor en Derecho. Profesor en Universidad Nacional del Litoral, Argentina.
msozzo80@gmail.com

Autor convidado

Área do Direito: Penal; Internacional

Resumen: En este trabajo se pretende contribuir a la discusión del giro punitivo en el campo penal en América del Sur en las últimas décadas, tal como se ha manifestado en el fuerte crecimiento de las tasas de encarcelamiento en la región. Especialmente, se pretende mostrar la insuficiencia de un tipo de argumentación que explica dicho giro punitivo como consecuencia del desarrollo del neoliberalismo como un programa político trasnacional que lo incluye en los países sudamericanos. Para ello se le presta atención a los procesos de cambio político que ha estado asociados a la emergencia y consolidación de alianzas gubernamentales "postneoliberales" en los últimos 15 años, que han construido su identidad política y apoyo popular en torno al rechazo de las ideas neoliberales y sus encarnaciones en cada contexto nacional. Se traza una comparación entre algunos elementos cruciales para comprender la historia de la relación de estos procesos de cambio político y la penalidad en dos de estos escenarios nacionales, Venezuela (desde 1999) y Argentina (2003/2015). En ambos países las tasas de encarcelamiento en la actualidad

Abstract: In this essay I try to contribute to the ongoing discussion about the punitive turn in South America in the last decades, as it have been made evident by the string rowth of the incarceration rates in this region. Particularly I want to show the limitis of an argument that explains the punitive turn as a resulta of the development of the noeliberalism as a trasnational political project that includes it in Southamerican countries. For that, the paper focuses on processes of political change that are related to the emergence and consolidation of "postneoliberal" governmental alliances in the last 15 years that have constructued its political ideas and popular support and legitimacy through the rejection of neoliberal ideas and its encarnation in each national country. It presents a comparison on some crucial elements to understand the histry of the relationship between these processes of politicla change and penalty in two of these national scenarios, Venezuela (since 1999) and Argentinna (2003-2015). In both countries, the incarceration rates are now substantially higher that at the

son sensiblemente más altas que en el inicio de estas experiencias gubernamentales, aunque no en la misma medida. En Venezuela es posible pensar que en giro punitivo ha sido construido mayormente al interior de esta experiencia gubernamental, por lo que se encuentran dificultades para avanzar en la idea de un legado neoliberal en este terreno. En el caso de Argentina existen más elementos en esta dirección. Pero en ambos se pretende destacar el peso de procesos y dinámicas que se producen al interior de estos cambios políticos como una forma de comprender estos resultados penales.

Palabras-clave: Neoliberalismo – Postneoliberalismo – Penalidad.

beginning of theses governemntal experiences, although not in the same degree. In Venezuela it is posible to think that the punitive turn has pbeen produced almost completely inside this political process and I find difficulties to advance the interpretation of a neoliberal legacy. In the case of Argentina, there are more elements in this direction. But the essay try to emphasize in both cases the weight of processes and dynamics that are endogenous to this governmental experiencies in order to understand these penal outcomes.

Keywords: Neoliberalism – Postneoliberalism – Pealty.

1. En las últimas dos décadas, se ha producido un crecimiento extraordinario del encarcelamiento en América del Sur, con algunas variaciones a través de los contextos nacionales pero en el marco de una misma tendencia. Hace veinte años, las tasas de encarcelamiento en la región eran en la mayor parte de los países relativamente bajas. Ciertamente no resulta fácil reconstruir los datos oficiales para dicho período.[1] En 1992, dejando de lado los pequeños países del norte de América del Sur que tenían menos de un millón de habitantes como Guyana, Guayana Francesa y Surinam, sólo tres países tenían 100 presos o más cada 100000 habitantes: Uruguay (100),[2] Venezuela (133)[3] y Chile (154).[4]

1. Hemos utilizado, cuando se encontraban disponibles, los datos oficiales que las diversas autoridades gubernamentales reportan al International Center for Prison Studies para la elaboración del World Prison Brief. Sin embargo, es preciso advertir que en algunos casos esos datos no coinciden con los que las mismas autoridades gubernamentales informan en otras ocasiones para los mismos años y que han sido rescatados en otros trabajos. Haremos mención específicamente a estas divergencias en notas a pie de página. Esto sucede frecuentemente para la década de 1990. Cuando esta fuente no ha estado disponible hemos recurrido a otras disponibles, tanto a nivel regional como nacional que serán indicadas específicamente.
2. Para este año otras fuentes refieren la existencia de una tasa de 96 presos cada 100.000 habitantes (CARRANZA, 2012, 36; DAMMERT y ZUÑIGA, 2008, 64).
3. Hemos utilizado aquí los datos de fuente oficial –Dirección Nacional de Servicios Penitenciarios– reportados por Hernández y Lia Grijales en el capítulo respectivo del presente libro.
4. En otras fuentes, siempre citando información oficial se refiere para ese año una tasa de 148 presos cada 100.000 habitantes (DAMMERT y ZUÑIGA, 2008, 64).

Y existían varios contextos que tenían tasas "escandinavas"[5] como Argentina (62), Perú (69),[6] Ecuador (75)[7] y Brasil (74).[8]

Por supuesto, cómo ha sido señalado recurrentemente, la tasa de encarcelamiento es un indicador incompleto para medir los niveles de punitividad, entendida en términos amplios como los niveles de dolor o sufrimiento producidos por el sistema penal, pero al mismo tiempo resulta un buen punto de partida al referirse a la dimensión crucial de su extensión (SOZZO, 2011, 43-46; 2013, 216-219). Las condiciones de vida en prisión en Argentina o Perú eran muy diferentes a aquellas de Suecia o Finlandia en 1992. Y las razones que explican estos niveles relativamente bajos de encarcelamiento en ese momento en estas dos regiones son probablemente muy diferentes entre sí. En general, debemos hacer nuestras aproximaciones empíricas a los niveles de punitividad – tanto en el plano de la extensión como de la intensidad – más complejas, tanto cuantitativa como cualitativamente. (PEASE, 1994, 117; KOMMER, 2004, 9; NELKEN, 2005, 220-221; 2010a, 36; 2010b, 332; HINDS, 2005, 48-50; TONRY, 2007, 7-9; BRODEUR, 2007, 61-63; FROST, 2008, 280--283; HAMILTON, 2014, 5-8). Utilizamos aquí este indicador imperfecto pues es el único que se encuentra disponible y resulta una manera de acercarnos al menos inicialmente a este fenómeno complejo.[9] En todo caso, es un indicador

5. En ese año, la tasa de encarcelamiento – de acuerdo al ICPS – era en Noruega de 58/100.000, en Suecia de 60/100.000, en Finlandia de 70/100.000 y en Dinamarca de 70/100.000.
6. En otras fuentes, siempre citando información oficial se refiere para ese año una tasa de 77 presos cada 100.000 habitantes (CARRANZA, 2012, 36; DAMMERT y ZUÑIGA, 2008, 64).
7. Hemos utilizado aquí los datos oficiales – Dirección Nacional Rehabilitación Social – reportados por Paladines en el capítulo respectivo de este libro.
8. Hemos utilizado aquí los datos oficiales reportados por Carranza (2012, 36) y Dammert y Zuñiga (2008, 64).
9. Al mismo tiempo es preciso reconocer las dificultades que las comparaciones en torno a este indicador portan consigo en la región. En primer lugar, las agencias estatales que generan la información suelen ser las mismas encargadas de la gestión de las instituciones penales y no suele existir un mecanismo de monitoreo acerca de su confiabilidad. En segundo lugar, los criterios en cada país para definir la población penitenciaria en torno a la que se calcula la tasa de encarcelamiento no son idénticos. De este modo en algunos casos se contabilizan las personas que están gozando de beneficios penitenciarios como las salidas transitorias, la prisión diurna o la prisión nocturna y en otros casos no –o se incluyen algunas situaciones y otras no. Además en algunos países de la región existen muchas personas privadas de su libertad en sedes administradas no por las agencias penales o penitenciarias sino por las fuerzas policiales –aun cuando en calidad de procesados o condenados-, como en Brasil o en

que revela un uso relativamente contenido de la prisión – como pena pero también como medida cautelar– en ese momento en la región.

Mapa 1. Tasas de encarcelamiento – América del Sur – 1992[10]



Este panorama ha cambiado radicalmente en poco más de dos décadas. Actualmente (con datos referidos a 2014 y 2015), todos los países sudamericanos tienen tasas de encarcelamiento superiores a los 150 presos cada 100.000 habitantes, con la excepción de Bolivia (134/100.000). Hay otros cuatro países con menos de 200 presos cada 100000 habitantes: Argentina (169)[11] Paraguay

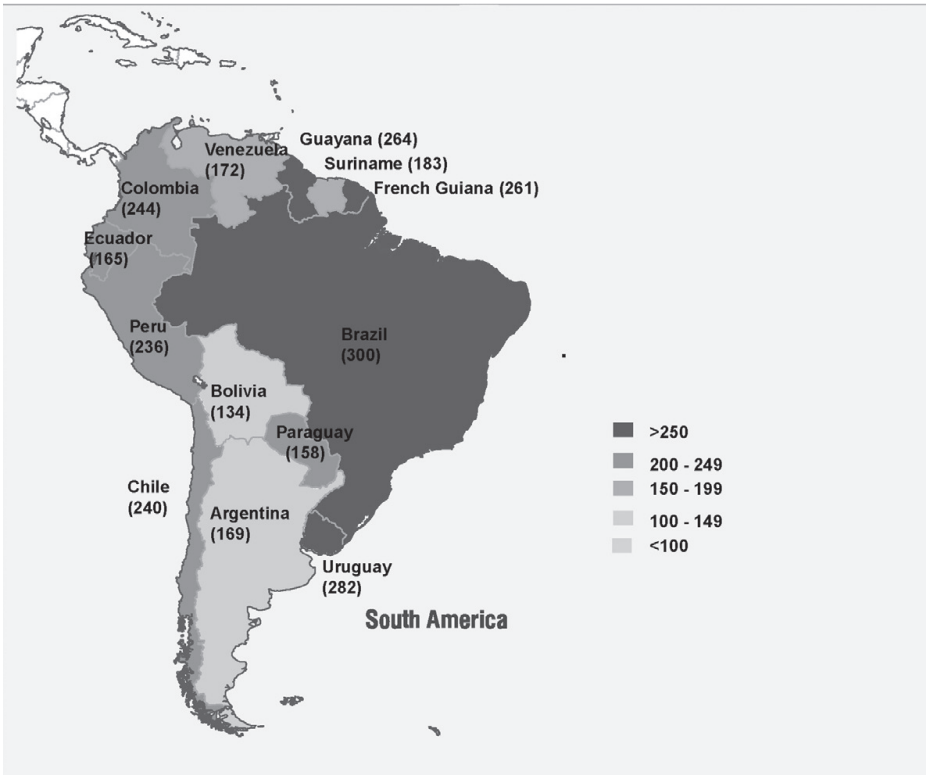
Argentina. En algunos casos estos volúmenes se incluyen en el cálculo oficial de la tasa de encarcelamiento y en otros casos no. (DAMMERT et al., 2010, 78-101).

10. Los datos de Guyana Francesa son de 1998 (ICPS). Los datos de Paraguay son de 1997 (ICPS). Para ese mismo año otros trabajos reportan una tasa de 70 presos casa 100000 habitantes, citando también fuentes oficiales (DAMMERT y ZUÑIGA, 2008, 64; CARRANZA, 2012, 36). Para 1992 otras fuentes reportan diferentes datos oficiales en Colombia: 92 presos cada 100.000 habitantes (CARRANZA, 2012, 36) y 74 presos cada 100.000 habitantes (DAMMERT y ZUÑIGA, 2008, 64).

11. En este caso, incluimos la tasa oficial producida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para el 2015, a través del Sistema Nacional de estadísticas de Ejecución Penal.

(158), Ecuador (165),[12] y Venezuela (172).[13] Pero todos los otros han superado dicho umbral: Perú (236), Colombia (244), Chile (240), Uruguay (282) y Brasil (300).[14] Toda América del Sur se encuentra ahora muy lejos de los niveles de encarcelamiento de los países escandinavos que se han mantenido en gran medida en los niveles de hace veinte años.[15]

Mapa 2. Tasas de encarcelamiento – América del Sur – 2014/2015[16]



Como decíamos, el porcentaje de crecimiento del encarcelamiento en estas dos décadas en América del Sur ha sido extraordinario, aun

12. En este caso incluimos la tasa a partir de los datos oficiales de 2014 de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social reportada por Paladines (2016).
13. En este caso, incluimos la tasa a partir de los datos oficiales de 2014 de la Dirección Nacional de Servicios Penitenciarios reportada por Hernández y Grijales (2016).
14. En este caso, incluimos la tasa a partir de los datos oficiales de 2014 del Departamento Nacional Penitenicario reportado por Azevedo y Cifali (2016).
15. A saber: Finlandia (55 para 2014), Suecia (57 para 2014), Dinamarca (67 para 2014) y Noruega (75 para 2014)
16. La fuente de estos datos es el ICPS, con la excepción de las fuentes antes mencionadas para Argentina, Brasil, Ecuador y Venezuela. Se refieren a 2015 los datos de los siguientes países: Colombia, Chile, Perú y Guyana Francesa. Se refieren a 2014 los datos de Ecuador, Paraguay, Bolivia, Brasil, Venezuela, Surinam, Uruguay y Guyana.

cuando ha variado fuertemente entre los diferentes contextos nacionales. El crecimiento mayor de la tasa de encarcelamiento se ha producido en Brasil con un 305% entre 1992 y 2013. Ha sido seguido por Perú (242% entre 1992 y 2015), Colombia (212% entre 1992 y 2015), Uruguay (182% entre 1992 y 2014), Argentina (173% entre 1992 y 2015), Ecuador (123% entre 1992 y 2014). Resulta más contenido el crecimiento al partir de un nivel elevado en el inicio del período considerado en el caso de Chile (56% entre 1992 y 2015) y Venezuela (29% entre 1992 y 2014). También es relativamente contenido el crecimiento en el caso de Bolivia (72% entre 1992 y 2014). En el caso de Paraguay se dio un muy importante crecimiento en un período menor, 177% entre 1997 y 2014. Aun cuando esta tendencia al crecimiento puede observarse también en otras regiones en este período su grado en América del Sur ha sido extraordinario.[17]

2. Este giro punitivo en América del Sur ha sido asociado en la naciente literatura de sociología de la penalidad en la región con el ascenso del neoliberalismo como un proyecto político trasnacional desde los años 1970, producido en diferentes momentos en los distintos contextos nacionales, tanto en el marco de regímenes políticos autoritarios como democráticos, con variaciones en su fuerza y efectos (ITURRALDE, 2010; 2012; 2014; MULLER, 2011). Esta interpretación está basada fundamentalmente en la apropiación del argumento de Loic Wacquant construido para pensar el caso de Estados Unidos, pero extendido por este autor para comprender el presente penal en Europa – particularmente en Francia – a través de la identificación de un proceso de importación de discursos y prácticas penales generados precedentemente en aquel escenario, en torno a la construcción de una "penalidad neoliberal" (WACQUANT, 2000, 2005, 2010, 2013). Este proyecto político impulsado a través de las fronteras nacionales por una elite compleja de actores disímiles promueve una triple transformación del estado – conectadas "causal y funcionalmente" –, frente a las mutaciones de la economía capitalista – el tránsito del fordismo al postfordismo – y los altos niveles de inseguridad social que genera: la eliminación de la

17. Una tendencia similar es observable en buena parte de los países de lengua inglesa. De acuerdo al ICPS, entre 1992 y 2014 en Inglaterra y Gales la tasa de encarcelamiento creció un 65,5%, en Nueva Zelanda un 60%, en Australia un 62%. En Estados Unidos entre 1992 y 2012 creció un 41%, mientras en Canadá entre 1991 y 2013 decreció un 6%. En todos estos países el porcentaje de crecimiento es inferior al de cualquiera de los países sudamericanos, con la excepción de Venezuela –y en el caso de Chile se trata de un porcentaje semejante al de algunos de ellos.

intervención estatal en la economía – tanto en el mundo de la producción como del consumo –; el achicamiento y la mutación de la lógica de sus intervenciones sociales – del *welfare* al *workfare* – y la expansión y mutación de la lógica – de la rehabilitación a la disuasión e incapacitación – de sus intervenciones penales.

Este proceso complejo es pensado para los contextos de América del Sur como más radical y extremo que en el Norte Global, en función de que partió de un panorama social ya fuertemente fragmentado, caracterizado por altos niveles de pobreza, desempleo, desigualdad y de delito común – especialmente delito violento (Iturralde, 2010, 330; 2012, 181). Este énfasis puede ser también observado en un pequeño artículo escrito por el mismo Wacquant acerca de Brasil en el 2003, en que diagnostica la emergencia de una "dictadura sobre los pobres" a través de la expansión del Estado Penal en dicho contexto (WACQUANT, 2003, 198; ver también WACQUANT, 2008; MULLER, 2011, 3). En general, en esta interpretación se reconoce para los escenarios sudamericanos el peso de dinámicas de importación de discursos y prácticas "made in USA" (MULLER, 2011,5), desde el modelo policial de "tolerancia cero" al modelo acusatorio de proceso penal, pero también se advierte sobre la presencia de procesos endógenos que se inscriben en trayectorias históricas peculiares (ITURRALDE, 2012, 172, 177, 181).

No vamos a discutir aquí la plausibilidad de esta ambiciosa explicación para pensar el paisaje global del castigo legal en el presente (para una mirada crítica, ver NELKEN, 2010a; 2010b; VALVERDE, 2010; NEWBURN, 2010; LACEY, 2013; O' MALLEY, 2015). Pero en cierto sentido más limitado aqui planteamos un cierto desafío acerca de la posibilidad de su aplicación en ciertos contextos de América del Sur que han experimentado en los últimos años fuertes procesos de cambio político. Y por esta vía, también interroga la validez de esta tesis en forma más general.

Como es sabido, en los últimos años, procesos de cambio político decisivo emergieron en diversos contextos nacionales de América del Sur, ligados al ascenso de alianzas y programas políticos construidos en torno a vocabularios vinculados más o menos estrechamente a las tradiciones locales de izquierda, con distintos niveles de radicalidad e importantes diferencias entre sí, vinculadas también a la precedente situación política, peculiar en cierta medida en cada escenario. Pero en todos los casos, la identidad de dichas alianzas y programas políticos se construyó en torno a un fuerte antagonismo con la precedente difusión del "neoliberalismo". En este sentido, mínimo y restringido, es que estos cambios políticos abrieron un nuevo momento "postneoliberal". Por supuesto, el grado de

traducción práctica de las promesas de ruptura con el momento neoliberal precedente ha variado extraordinariamente en las diferentes experiencias y se encuentra abierto a todo un juego de valoraciones alternativas en el debate de las ciencias sociales contemporáneas sobre la región, en general y en torno a diversos temas particulares.

Los procesos de cambio político frecuentemente reconocidos como más radicales en el marco de este giro "postneoliberal" son los que se produjeron en Venezuela, Bolivia y Ecuador. En el primer caso, comenzó en febrero de 1999 con la asunción de la Presidencia por parte de Hugo Chavez quien fue reelecto sucesivamente en los años 2000, 2006 y 2012 y continúa en la actualidad, luego de su muerte en marzo de 2013, bajo la Presidencia de Nicolás Maduro. En el segundo caso, comenzó en enero de 2006 con la asunción como Presidente de Evo Morales quien fue reelecto sucesivamente en los años 2010 y 2014. En el tercer caso comenzó en marzo de 2007 con la asunción como Presidente de Rafael Correa, quién fue reelecto en 2009 y 2013. Su apelación común a una nueva versión de socialismo como fuente de su retórica y práctica política es probablemente una de las razones de este frecuente reconocimiento de su radicalidad. Pero también porque han encarnado – con sus peculiaridades – un grado amplio de ruptura con patrones políticos de larga duración en cada contexto nacional, produciendo un fuerte efecto democratizador, a través de la activación de la movilización y la participación social – particularmente entre los sectores económicamente desventajados – y generado transformaciones profundas de las estructuras estatales – no resulta casual que en estos tres casos se hayan desenvueltos procesos constituyentes que han dado lugar a nuevas Constituciones que producen fuertes modificaciones con respecto a las tradiciones jurídicas de cada uno de estos países. La fuerte intervención estatal en la economía, los procesos de re-estatización de diversas actividades productivas y de servicios públicos y la expansión de las políticas sociales son algunos ejemplos de innovaciones introducidas en el marco de estos procesos de cambio político que implicaron darle sustancia a una identidad postneoliberal.

En qué medida esto puede decirse de las experiencias políticas desarrolladas en Brasil, Argentina y Uruguay resulta más fuertemente contestado. En el caso de Brasil, este nuevo momento político que se inauguró a partir de enero de 2003 con la asunción de la Presidencia por parte de Luiz Inacio Lula da Silva, y fue continuado a partir de su reelección en 2007 y luego, con la elección en 2011 de Dilma Rouseff y su reelección en 2014, ha sido clausurado recientemente a través de un golpe parlamentario que ha abierto muy claramente las puertas a una restauración netamente neoliberal.

En Argentina, este nuevo momento político se inauguró a partir de la asunción de la Presidencia por Nestor Kirchner en mayo de 2003 y fue continuado por la elección en forma consecutiva en 2007 y 2011 de su esposa Cristina Fernández de Kirchner como Presidente de la Nación, siendo también recientemente clausurado a través de la derrota electoral de esta alianza política fines de 2015 y el ascenso de un elenco gubernamental claramente neoliberal. En Uruguay este nuevo momento político se inició a partir de marzo de 2005 con la asunción de la Presidencia por Tabaré Vázquez, continuada por el Presidente Mugica desde 2010 y con la elección nuevamente de Tabaré Vazquez en 2014. En estos tres contextos nacionales existen – aunque con muchas variaciones entre sí – mayores síntomas de compromisos con el pasado reciente y remoto y una cuota mayor de moderación en las propuestas y cambios en diversos terrenos, lo que se ha traducido en alguno de estos casos en la gestación de las alianzas gubernamentales mismas, incluyendo a sectores y partidos que están muy lejos de cualquier tipo de vinculación con una tradición progresista. Tal vez, esto alcanzó el nivel más marcado en el caso brasileño, especialmente en los últimos años. Ahora bien, esto no ha impedido el despliegue de diversas iniciativas que encarnan claramente un rostro postneoliberal, que han sido colocadas en el centro de la agenda política y pública y sobre las cuales se ha construido una parte importante de la adhesión de los votantes y sostenedores de estas experiencias políticas. Así en el ejemplo de Argentina, el "kirchnerismo" – como compleja alianza gubernamental que encarna un rostro postneoliberal de la larga tradición peronista – instaló diversas iniciativas edificadas como antagónicas con los modos de pensar y actuar neoliberales y neoconservadores dominantes en el pasado reciente en este contexto nacional: la cancelación de la deuda externa con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional y el rechazo de su rol dictando y controlando las decisiones de política económica local, el alineamiento con los gobiernos progresistas de la región en el rechazo de la propuesta de conformar el ALCA por parte de Estados Unidos; una política neokeynesiana que reconstruyó diversos mecanismos de intervención estatal en la vida económica; una gran expansión de las políticas sociales – particularmente la creación de la Asignación Universal por Hijo que brinda asistencia a 3.6 millones de niños pobres –; la reconstrucción de instancias de negociación colectiva entre empleadores y sindicatos; la nacionalización de empresas productivas y de servicios públicos privatizadas durante la ola de reformas neoliberales; etc.

En todo caso, parece ser que resulta muy difícil pensar estos procesos políticos como una mera continuidad con el momento neoliberal en la región.

Sin embargo, en la forma de comprender el giro punitivo en América del Sur en la literatura sociológica que se edifica en la apelación al neoliberalismo como proyecto político trasnacional que lo incluye, siguiendo los pasos de Wacquant, parece que esta dificultad evidente es descuidada. Iturralde reconoce el potencial impacto de estos cambios políticos en el campo penal como algo relevante que debe ser estudiado específicamente (2010, 311-312), pero luego señala, anticipando una conclusión general: "Aun cuando los nuevos gobiernos de izquierda de la región han intentado separarse de los discursos y políticas penales de sus predecesores de derecha, sus políticas y enfoques efectivamente adoptados son muy similares a aquellos de sus opositores políticos. Esto puede resultar, en parte, de una falta de ideas originales y confiables que surjan en estos gobiernos, pero también del temor de debilitar su posición política si aparecen como demasiado blandos con respecto al delito y por el temor de confrontar las fuerzas de seguridad estatales que son muy poderosas y muchos de cuyos miembros están aún muy apegados los métodos e ideas de los regímenes autoritarios" (2010, 323). Justamente la invitación contenida en este señalamiento es la que este artículo – y la indagación colectiva en la que se inscribe (SOZZO, 2016a; 2016b; AZEVEDO y CIFALI, 2016; PALADINES, 2016; HERNANDEZ y GRIJALES, 2016) – pretende recoger y desenvolver, incluyendo una revisión de esta conclusión general.

En todos estos seis países, la tasa de encarcelamiento ha crecido durante los diferentes períodos en los que han gobernado estas alianzas políticas "postneoliberales", aun cuando no en el mismo grado y partiendo de distintos niveles precedentes.

En Venezuela, entre 1998 – último año antes de iniciar el proceso de cambio político – y 2014 – en un período de 16 años – la tasa de encarcelamiento creció 65%.

En Brasil, entre 2002 y 2014 – en un periodo más breve que en el caso venezolano, de 12 años – la tasa de encarcelamiento creció un 119%.

En Argentina, entre 2002 y 2015 – un período de 13 años – la tasa de encarcelamiento creció un 32%.

En Uruguay, entre 2004 y 2014 – en una década – la tasa de encarcelamiento creció un 36%.

En Bolivia, entre 2005 y 2014 – en nueve años – la tasa de encarcelamiento creció un 84%.

Y en Ecuador, entre 2006 y 2014 – en ocho años –, la tasa de encarcelamiento creció un 59%.

Mapa 3. Porcentaje de crecimiento de la tasa de encarcelamiento en países que han experimentado cambios políticos – América del Sur



En dos de estos países estos procesos de cambio político duraron más de una década – Argentina y Brasil. Y en cuatro aún se están desenvolviendo aun cuando no exentos de dificultades, siendo que en tres ya han sobrepasado la década de duración – Venezuela, Uruguay y Bolivia. En todo caso han superado ampliamente una potencial caracterización como mutaciones coyunturales.

4. Es posible pensar que los incrementos en las tasas de encarcelamiento que se produjeron en estos países durante estos períodos de una mutación postneoliberal se han debido a un efecto de arrastre de los arreglos en el terreno de la política penal – pero también fuera de este campo, como consecuencia de transformaciones económicas, sociales y culturales más amplias – que se estructuraron en el momento precedente en los diferentes contextos nacionales que estas alianzas y programas políticos no han podido, no han querido o no han sabido desmontar. Se trataría de una "larga sombra" del neoliberalismo en la interpretación que pone el peso de la gestación del giro punitivo en la difusión de ese "proyecto político trasnacional". Podría ser esta una lectura plausible en algunos escenarios que evidenciaron el inicio del incremento de la punitividad antes del ascenso de estas alianzas y programas políticos como, por ejemplo, Argentina o Brasil. Tomemos el primer caso.

He tratado de mostrar en otro lugar (SOZZO, 2011, 24-43, 48-50; SOZZO, 2016c, 305-207) como los primero años del Menemismo – entre 1989 y 1995

– como alianza y programa político que desenvolvió reformas neoliberales extremas en el marco de una hibridación con la tradición peronista local[18] no se caracterizaron por generar iniciativas importantes de incremento de la punitividad – con la relevante excepción de la Ley 23.737 referida a las drogas ilegales sancionada en 1989. Sin embargo, durante estos años los niveles de encarcelamiento crecieron sustantivamente, especialmente a nivel federal – 52% – aunque en menor medida también a nivel provincial – 22% en la Provincia de Buenos Aires.[19] Se podría argumentar que se dio en estos años un giro punitivo "sotto voce" – más bien a nivel federal que provincial –, que no fue acompañado por colocar en el centro de la escena del discurso político a la cuestión del delito y de la pena, a través de la difusión sistemática y constante de argumentos a favor del incremento de la punitividad y el lanzamiento de iniciativas de reforma legal en este sentido, con amplia cobertura y apoyo mediáticos.[20] Es preciso reconocer que los actores claves de la alianza menemista produjeron algunos episodios en ese sentido pero se mantuvieron en un lugar marginal en la agenda política y pública. Un importante proceso de recambio de actores penales – en particular en la justicia federal y nacional – mediante la designación de funcionarios judiciales provenientes de sectores conservadores impulsada por el Menemismo podría ayudar a pensar una conexión entre política e incremento de la punitividad en este primer momento, así como la precedentemente señalada reforma punitiva en relación a las drogas ilegales que involucra delitos federales e impacto fuertemente en dicha jurisdicción (SOZZO, 2011, 34-35; 2016c, 306-307).[21]

---

18. Utilizamos aquí la expresión neoliberalismo para hacer referencia a una racionalidad gubernamental, un modo de pensar cómo, para qué y a quién y qué gobernar, un sentido inspirado en los trabajos de Michel Foucault al respecto, retomados y teorizados en la literatura sobre la gubernamentalidad, especialmente de lengua inglesa (ver, al respecto, O' MALLEY, 2006; 2011; VALVERDE, 2010). Este sentido resulta desde nuestro punto de vista más empíricamente sensible a las variaciones radicadas en los contextos precisos –pasados y presentes– que las elaboraciones al respecto de Wacquant que tienden a darle a lo que se define como un "proyecto político trasnacional" una uniformidad y consistencia exagerada a través de tiempo y el espacio. Y ello sin perder criticidad en relación con aquello que se identifica como neoliberal.
19. Lamentablemente no se cuenta con datos oficiales para todo el país en este período.
20. Se trata de rasgos que han sido reiteradamente señalados por la literatura para otros contextos nacionales – como, por ejemplo, Estados Unidos – en tanto cruciales en la tesis de la "penalidad neoliberal".
21. Ahora bien, los niveles de encarcelamiento en Argentina crecieron y aún más en los años 1980, luego del abrupto y fuerte descenso registrado en 1984 durante el primer

Ahora bien, en la segunda mitad de los años 1990 se experimentaron cambios sustanciales (SOZZO, 2007; 2016c, 307-311). Las elites políticas menemistas – con el apoyo de ciertos sectores de los medios de comunicación que habían experimentado un proceso de privatización y mercantilización – en el marco de la crisis de legitimidad que nació de la crisis económica y social resultado perverso de las reformas neoliberales, van a responder generando, a través de una retórica de "mano dura", una politización de la cuestión del delito y la pena, en la búsqueda de consenso político y electoral. Esta estrategia va a ir arrastrando a una parte importante de la oposición expresada en los partidos políticos más fuertes – la Alianza entre la UCRy el FREPASO – en el debate público y político, especialmente en torno a la campaña electoral de 1999. En este marco se produjeron toda una serie de iniciativas de reforma legal destinadas a incrementar la punitividad – con mayor o menor impacto práctico–, tanto a nivel federal como provincial – especialmente en la Provincia de Buenos Aires– apoyadas por los legisladores de los distintos bloques políticos –con algunas disidencias excepcionales. Esto a su vez se tradujo en la generación de un clima político y cultural que favoreció el endurecimiento de las decisiones y acciones de los actores penales. Entre 1995 y 2002 la tasa de encarcelamiento creció un 73% en la Argentina. En Provincia de Buenos Aires, incluyendo los presos en sedes policiales, el incremento fue del 96%. Además se incrementaron todos los otros indicadores disponibles sobre severidad penal fundados en las sentencias condenatorias. Se trató claramente de un giro punitivo "ad alta voce", en el nombre de lo que "la gente piensa y quiere", en el marco de lo que he llamado un "populismo penal desde arriba" (SOZZO, 2016c, 311). Aquí sí se observa una conexión más estrecha y fuerte entre la peculiar alianza y programa político que acogió contenidos neoliberales en Argentina, los efectos económicos y sociales de la implementación de las

año de la transición a la democracia. El incremento entre 1984 y 1989 a nivel federal fue del 74% y en la Provincia de Buenos Aires del 40% (Sozzo, 2011, 46-48; 2013, 219-228; 2016c, 303-305). Resulta difícil pensar al primer gobierno democrático del Presidente Alfonsín como signado por el despliegue de un programa neoliberal – aun cuando pueden encontrarse síntomas al respecto al final de su mandato – y en el terreno penal, en particular, más bien se caracterizó – especialmente en sus primeros años – por impulsar medidas de reforma legal orientadas hacia la contención de la punitividad para revertir el legado del autoritarismo –que se demostraron insuficientes desde el punto de vista de su impacto práctico como quedó demostrado por el comportamiento de este y otros indicadores (SOZZO, 2011, 6-23; 2013, 201-203; 2016c, 305). Estas evidencias interrogan críticamente la idea de que el neoliberalismo –más allá de los conflictos teóricos en torno a su definición– sea un *conditio sine qua non* del giro punitivo y su factor explicativo fundamental.

medidas que produjo[22] y el giro punitivo. Pero este tipo de conexión no estuvo dado desde el inicio y resultó claramente el resultado de las adaptaciones en el marco de luchas políticas en el juego de la democracia "realmente existente".[23]

Estos elementos constituyeron un legado que tuvo fuerte peso en la experiencia kirchnerista. El kirchnerismo como alianza y programa político en construcción asumió el gobierno nacional en mayo de 2003 – luego de la crisis económica, social y política más importante experimentada por el país desde el inicio de la transición a la democracia –, con una retórica acerca del delito y la pena que se alejaba de la apelación a la mano dura y que se tradujo en algunas iniciativas que iban en un sentido inverso – como la promoción de la persecución, juicio y castigo de los crímenes del Estado durante la última dictadura militar o la designación de Raul Zaffaroni, un penalista garantista y crítico, como juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, en 2004, a partir del caso del secuestro y asesinato de Axel Blumberg en la Provincia de Buenos Aires, la eclosión de fuertes movilizaciones sociales "en el nombre de la víctima", cubiertas y apoyadas incesantemente por los medios de comunicación – la llamada "Cruzada Axel", liderada por su padre Juan Carlos Blumberg –, reclamando reformas legales y prácticas destinadas a incrementar la severidad penal y policial se tradujo en un conjunto de iniciativas de cambio legal "express" – a nivel nacional y provincial – que en unos pocos meses incrementaron simbólica y prácticamente los niveles de punitividad y reforzaron aún más el clima político y cultural inclinado en esta dirección entre los actores penales. El kirchnerismo como alianza política en formación tuvo una actitud ambivalente frente a la Cruzada Axel. Algunos pocos actores relevantes mantuvieron su oposición a estos reclamos, pero la mayor parte los apoyaron, algunos "por conveniencia" – frente a lo que consideraban una presión imbatible de "la gente" en el marco de las crisis de representatividad que los acontecimientos de diciembre de 2001 expresaron paroxísticamente – y otros "por convicción" – pues una parte de los sectores peronistas que participaban activamente de esta gestación de un nuevo rostro para su tradición política compartían una orientación favorable a la "mano dura" y de hecho, habían participado activamente en la onda de populismo penal "desde arriba"

22. Estos elementos y medidas en gran medida se mantuvieron intocados por el fatalismo e inmovilismo que caracterizo la breve experiencia política de la Alianza entre fines de 1999 y fines de 2001.

23. Este argumento no excluye la existencia de otras influencias en la construcción del incremento de la punitividad durante los años 1990 en Argentina, pero resalta el rol de las luchas en los campos político y penal como espacios de mediación o traducción de las mismas en resultados penales (GARLAND, 2013; SOZZO, 2016a, 19-22).

desde mediados de los años 1990 en adelante. De este modo, se construyó una nueva ola de populismo penal, esta vez, "desde abajo". Y en este marco, la tasa de encarcelamiento siguió subiendo en Argentina, creciendo un 17% entre 2002 y 2005. En la Provincia de Buenos Aires se reprodujo ese porcentaje de crecimiento, considerando también a los presos en sedes policiales. También aumentaron el resto de los indicadores de punitividad disponibles. Ahora bien, dicha ola de populismo penal "desde abajo" no se habría podido generar sin la ola precedente de populismo penal "desde arriba" que la preparó y posibilitó. En este sentido, si bien en este primer momento es posible observar algunas discontinuidades, se presenta también como evidente la continuidad con el pasado reciente (SOZZO, 2016b, 193-213; 2016c, 311-313).

Luego de 2005 se produjo una fuerte colonización de la agenda pública y política con iniciativas ligadas a otras temáticas lanzadas por el Kirchnerismo, que marcaban fuertemente su identidad postneoliberal, en el momento de su consolidación como alianza y programa político. Esto fue crucial en la obstaculización de la reproducción del populismo penal. Quedó demostrado en las campañas electorales de 2005 (parlamentarias) y 2007 (generales) en donde la cuestión del delito y la pena fue en gran medida marginalizada por los actores políticos kirchneristas que cuando se refirieron a ella lo hicieron desde un punto de vista general y abstracto de carácter progresista. Obtuvieron, sin embargo, triunfos electorales resonantes en ambas ocasiones. Incluso algunos sectores de esta alianza política alentaron en esos años iniciativas destinadas a la contención de la punitividad como la que giró en torno al Fallo Verbitsky de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la producción de una reforma legislativa en un sentido moderador en materia procesal en la Provincia de Buenos Aires y un fallido intento de producir una reforma estructural del código penal que generó un Anteproyecto elaborado por una comisión de expertos impulsada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Estos desarrollos se conectaron con el descenso de la tasa de encarcelamiento en Argentina que se produjo entre esos años de un 8%, por primera vez desde los primeros años de la transición a la democracia, luego de una década de crecimiento constante así como también en el descenso o contención de toda la otra serie de indicadores de punitividad que se encuentran disponibles (SOZZO, 2016b, 214-227).

Posteriormente, es posible sostener que en cierta medida esta lógica en la relación entre esta alianza y programa político postneoliberal y el campo penal se mantuvo a nivel federal. Pero la tentación punitiva renació de dos maneras diferentes. Por un lado, a nivel federal, en coyunturas de debilidad política – nacida de diversas fuentes – como en las campañas para las elecciones

legislativas de 2009 y 2013 algunos actores claves de esta alianza promovieron ciertas propuestas ligadas al discurso de la "mano dura" – como el descenso legal de la edad de la imputabilidad penal. Resulta importante señalar que se trató, precisamente, de elecciones con resultados adversos para esta alianza gubernamental. Sin embargo, estos episodios no se concretaron en cambios legales efectivos, manteniéndose en un plano retórico.[24] Ahora bien, esto no se verificó en las elecciones presidenciales de 2011 en que volvió a obtener un triunfo resonante sin apelar a propuestas de incremento de la punitividad en el nombre de lo que la "gente piensa y quiere" y reproduciendo una estrategia similar a la de las elecciones de 2007. Por otro lado, a nivel provincial, especialmente en la Provincia de Buenos Aires, el Gobernador Scioli desde 2008 en adelante encaró reiteradamente campañas – en algunos casos exitosas – para producir cambios legales y prácticos destinados a incrementar la punitividad, apelando a lo que "la gente piensa y quiere", generando de este modo nuevas olas de populismo penal de carácter "subnacional" especialmente importantes en función del peso político de esta jurisdicción en el país.[25]

Ahora bien, en un sentido contrario, en mayo de 2012 la Presidenta lanzó una comisión de reforma del Código Penal presidida por el Juez Raúl Zaffaroni e integrada por miembros de diversos partidos políticos que generó un Anteproyecto de Código Penal que se orientaba en un sentido moderador y que constituía una iniciativa de carácter estructural. Este Anteproyecto fue presentado en los inicios del 2014 e impugnado fuertemente por sectores de la oposición política – incluso por partidos políticos que habían tenido representantes en esta comisión –, generando un bloqueo efectivo para su envío al Congreso Nacional, ya en el marco de la campaña para las elecciones generales de 2015.

En el marco de estas tensiones y contradicciones la tasa de encarcelamiento volvió a crecer en Argentina entre 2007 y 2015 un 27%, llegando a su máximo nivel desde la transición a la democracia. Y del mismo modo se han comportado

24. Sí ha habido cambios legales que incrementan la punitividad en los años 2008, 2012 y 2013 que fueron apoyados activamente por el kirchnerismo pero de un tipo particular, pues se construyeron en relación a reclamos de sectores del movimiento de mujeres con respecto a la trata de personas, las ofensas sexuales y el feminicidio. Su impacto práctico en términos de evolución de la punitividad es relativamente moderado.

25. Al mismo tiempo, este fue el candidato presidencial de esta alianza política en las elecciones generales de 2015, en las que fue derrotado, lo que incidió en las características del discurso kirchnerista durante esta campaña que estamos analizando actualmente.

el resto de los indicadores relacionados con la punitividad (SOZZO, 2016b, 227-254; 2016c, 313-316).

Para comprender esta evolución sinuosa y ambivalente de la relación entre esta alianza y programa político y la penalidad parecería ser que no basta pensar en términos de un legado del pasado neoliberal. Es preciso tener en cuenta una serie de elementos:

a) la composición heterogénea de la alianza gubernamental, la ausencia de centralidad de esta temática en el programa que construye, en la edificación de la promesa postneoliberal y como esto se traduce en orientaciones diversas a través de sus sectores;

b) el potencial rol de las retoricas e iniciativas de incremento de la punitividad para capturar consenso político y electoral entre ciertos sectores del público y su atracción para los actores políticos;

c) el peso de la coyuntura, el pragmatismo y el corto plazo en la acción política, en general, en la democracia "realmente existente" contemporánea;

d) la influencia de la producción de sentido en el campo mediático en torno a la "crisis de inseguridad" en las maneras difundidas de pensar en el público pero también entre los actores políticos y penales;

e) el rol de la activación de movilizaciones colectivas "en el nombre de la víctima" que promueven respuestas punitivas y generan presiones para la toma de decisiones por parte de lso actores políticos y penales;

f) el peso de las visiones difundidas entre los actores penales y reproducidas en sus culturas institucionales.

Todos estos elementos cargan también con rastros del pasado reciente y se podrían poner en relación en cierta medida con la difusión precedente en este contexto nacional de cierta forma de neoliberalismo como racionalidad y programa gubernamental. Es posible acordar con Vanesa Barker, que ha venido enfatizando la cuestión de la "path dependency" de las políticas penales: la penalidad en un momento dado es el resultado de una acumulación de decisiones y acciones que se desenvolvieron en el tiempo desde el pasado y que puede no ser inmediatas o próximas con respecto al presente que se analiza (2009, 13-14, 170-171, 180-181). Pero también se presentan novedades generadas en los últimos años. La tasa de encarcelamiento en Argentina creció durante la experiencia kirchnerista entre 2002 y 2015 un 38%, mientras entre 1992 y 2002 se dio un crecimiento del 98%. Este contraste nos muestra también como lo que se ha jugado en estos últimos años no es solamente una continuación de lo precedente. También ha habido obstáculos a la reproducción de la tendencia hacia el incremento de la punitividad que se venía dando y que explican una

disminución en su ritmo y grado – y en cierto momento breve, incluso una leve reversión – y han estado vinculados al cambio político. En su mayor parte, esto se ha generado en función del impacto de las iniciativas de esta alianza política en otros terrenos, colonizando la agenda pública y política y desplazando hacia los márgenes el delito y el control del delito, eludiendo una de las condiciones para el auge de la "mano dura" al menos como se dio anteriormente en este escenario nacional. En menor medida, a través de iniciativas directamente dirigidas a la moderación penal promovidas por sectores de esta alianza gubernamental y su impacto más o menos limitado en términos de clima político y cultural (SOZZO, 2016b, 254-261).

5. Ahora bien, si la idea de un legado del pasado podría resultar plausible para pensar el incremento de la punitividad en un caso nacional como el que hemos explorado hasta aquí y requiere de una consideración detallada –aun para matizarla-, resulta más difícilmente planteable en otros casos, en los que el giro punitivo no parece haber precedido inmediatamente al momento postneoliberal, como en Venezuela o Bolivia. Tomemos el primer caso.

Durante buena parte de la década de 1980 Venezuela tuvo tasas de encarcelamiento muy elevadas para la región. Si bien en los primeros años rodeaban los 100 presos cada 100.000 habitantes desde 1983 crecieron fuertemente, ubicándose en 1985 por encima de los 150 presos cada 100.000 habitantes, nivel en que se mantendrá hasta inicios de la década de 1990. Pero a partir de 1992 se produce un descenso progresivo hasta llegar a 104 presos cada 100.000 habitantes en 1998.[26] En 1999, año en que comienza el gobierno del Presidente Chávez se da la puesta en vigencia del nuevo Código Orgánico Procesal Penal sancionado el año anterior que reguló en forma muy restrictiva la prisión preventiva. Este cambio legal trajo aparejado un fuerte descenso en su utilización efectiva que produjo una igualmente fuerte caída en los niveles de encarcelamiento en Venezuela. Las tasas en 1999 y 2000 fueron de 71 y 69 presos cada 100.000 habitantes, respectivamente. Hasta 1998, durante

26. El crecimiento de la tasa de encarcelamiento ha sido asociado a la difusión del neoliberalismo en este escenario nacional Pero aún queda por explicar el decrecimiento moderado que se inicia en 1992 en el marco de los gobiernos de Pérez y Caldera que no rompieron en absoluto con ese tipo de programa político sino que más bien lo profundizaron e incluso la sanción del Código Orgánico Procesal Penal que tuvo luego un impacto moderador pero que se da en el final de este ciclo. Se ha apuntado la presencia, especialmente durante el gobierno de Caldera de una retórica de la solidaridad comunitaria como un antídoto a la profundización de las tendencias punitivas pero aun parece necesario explicar esta conexión (ANTILLANO, 2015, 7; ANTILLANO et al, 2016,198-199).

toda la década, los presos preventivos eran entre el 59% y el 69% del total de la población penitenciaria. En 2000 cayeron a un 38%, el nivel más bajo hasta la actualidad. Es decir que los primeros años de la experiencia chavista tuvieron tasas de encarcelamiento muy bajas para las tendencias nacionales. La retórica del Presidente Chávez en este momento inicial de construcción de su alianza y programa político – manifestada ya en la campaña electoral de 1998 – estaba enmarcada en una explicación del delito y de la violencia enraizada en causas sociales – la referencia a la pobreza, el desempleo, la desigualdad e injusticia social – que lo llevaba a plantear explícitamente la necesidad de realizar cambios económicos y sociales en el sentido de la inclusión social y una apelación genérica a la idea de prevención y al "humanismo" que rechazaba las políticas represivas y violatorias de los derechos humanos sobre los sectores más desventajados socialmente. Todo ello además ocupaba un lugar más bien marginal en el discurso político chavista concentrado en otro tópicos y propuestas. Esto se traduce en la manera garantista y moderadora en que la cuestión del delito y el control del delito aparece en la Constitución de 1999 (ROSALES, 2012, 19-24; HERNÁNDEZ et al, 2014a, 41-46; 2014b, 14; HERNÁNDEZ y GRAJALES, 2016, 99-101; ANTILLANO, 2012, 708-711; 2015, 3-4; ANTILLANO et al, 2016, 200).

Sin embargo, en el 2000 en el marco de las presiones de la oposición política que criticaba la reforma en torno a la prisión preventiva y frente al aumento del delito registrado oficialmente – especialmente el homicidio doloso que llegó a 33 cada 100.000 habitantes – se van a producir una serie de reformas del Código Orgánico Procesal Penal y del Código Penal que endurecen las reglas relativas a la prisión preventiva, aumentan las penas para algunos delitos y reducen las posibilidades de flexibilización de la pena privativa de la libertad, que fueron apoyadas y justificadas por la mayor parte de los legisladores del oficialista Movimiento V República, con argumentos no muy disímiles a los de la oposición política – aunque se registraron voces críticas, tanto desde el Poder Ejecutivo como desde el Ministerio Público. Esto se va a reproducir en 2001 con una reforma muy regresiva al COPP impulsada por asambleístas chavistas, incrementando el uso de la prisión preventiva y restringiendo la libertad condicional y otros beneficios penitenciarios, en un momento de alta conflictividad política que va a culminar en el golpe de estado del 11 de abril de 2002 Esto repercutió en un cierto aumento de la tasa de encarcelamiento que alcanzó ese año los 83 presos cada 100.000 habitantes, un nivel en que se va a mantener hasta 2003. Pero luego se da nuevamente un descenso hasta 2005 y 2006 en que se vuelve a la tasa de 69 presos cada 100.000 habitantes. Pero nuevamente con un predominio de presos sin condena dese 2005 (ROSALES, 2012, 24-25; HERNÁNDEZ et al., 2014a, 18-31; 48-51; 2014b,

9-11; 15-17; HERNÁNDEZ y GRAJALES, 2016, 101-111; ANTILLANO, 2015b, 7-8).

En 2005 hubo otra reforma regresiva del Código Penal que endureció las penas – entre otros, para delitos como la violación, el hurto y el robo – y restringió aún más el uso de los beneficios procesales y las alternativas a la privación de la libertad,. Este cambio legal fue claramente apoyado por sectores chavistas de la Asamblea Nacional. Pero el Presidente Chávez veto dicha iniciativa, lo que demuestra en qué medida sobre estas cuestiones no existía un consenso al interior de la alianza gubernamental. La Asamblea Nacional acogió parcialmente las observaciones del Poder Ejecutivo, eliminando ciertas restricciones en los beneficios procesales, pero en la práctica mantuvo una parte importante de las modificaciones realizadas. El Ministerio Público realizó una acción ante el Tribunal Constitucional para que se declarara la inconstitucionalidad de los cambios legales pero no tuvo éxito (ROSALES, 2012, 30-32; HERNÁNDEZ et al, 2014a, 32-34; 2014b, 21-24; HERNÁNDEZ y GRAJALES, 2016, 111-115).[27]

Luego de estos cambios, hubo nuevas reformas al COPP en los años 2006 y 2009 que intentaron ampliar la utilización de medidas alternativas para aquellas personas condenadas a penas privativas de la libertad pero que revirtieron sólo parcialmente las restricciones precedentes ni modificaron los alcances de la prisión preventiva. Todas ellas fueron impulsadas por el chavismo al interior de la Asamblea Nacional, manifestando la preocupación por la superpoblación y el hacinamiento carcelario y en menor medida, por la necesidad de rehabilitar a los presos Pero también respondiendo al crecimiento de los conflictos en el sistema penitenciario y al aumento de la violencia en su interior que se manifestaba en el crecimiento de los muertos y heridos. Este momento está signado además por el nuevo triunfo en las elecciones presidenciales del Presidente Chavez y la creación del Partido Socialista Unido de Venezuela como un tentativo de unificación dela alianza gubernamental y ampliación de las bases de sostenimiento político (HERNÁNDEZ y GRAJALES, 2016, 115-117, 120-121).

Simultáneamente, a partir de una serie de escándalos de violencia y corrupción policial, se lanzó un ambicioso proceso de reforma policial en 2006 a partir de la creación de la Comisión Nacional de Reforma Policial

27. Es interesante notar que en ese mismo año, y en un sentido contradictorio, se produce también en la Asamblea Legislativa la sanción de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que disminuye las penas privativas de la libertad para los delitos de tráfico ilícito, fabricación y producción, posesión ilícita e incitación al consumo (HERNÁNDEZ et al, 2014a, 36).

y que implicó la disolución de la Policía Metropolitana, la creación de la Policía Nacional Bolivariana, la sanción de nuevos instrumentos legales fundamentales y la organización del Consejo General de Policía como órgano de conducción y regulación de las fuerzas policiales nacionales, estaduales y locales, en un tentativo de reforzar el gobierno político de las fuerzas de seguridad (GABALDÓN y ANTILLANO, 2008; DÍAZ y GONZÁLEZ, 2014; ANTILLANO, 2016; HERNÁNDEZ y GRAJALES, 2016, 117-118).

Pero también se produjo en el marco de un fuerte incremento del delito violento: en 2008 la tasa de homicidios dolosos alcanzó el pico de 52 cada 100000 habitantes (HERNÁNDEZ y GRAJALES, 2016, 118). Esto contribuyó a la instalación de la "inseguridad" en el centro de la agenda política y pública y a otorgarle una ubicación más central en la retórica chavista. Antillano (2012, 713-715; 2015a, 4-5) sostiene que esto generó una modificación radical también en su contenido, enfatizando causas culturales y morales que tienen que ver con el legado del capitalismo (individualismo, egoísmo, competencia, consumismo), retomando de algún modo el viejo tópico del "lumpenproletariado" en la tradición de la izquierda europea del siglo XIX y que habilitan propuestas que replantean el tópico de la responsabilidad individual y alientan el incremento de la severidad penal, frente a la evidencia de que los avances producidos en términos de inclusión social durante los últimos años no bastan para reducir los niveles de delito violento. Para este autor, este desplazamiento se ha enfatizado con el liderazgo del Presidente Maduro, luego de la muerte de Chavez en marzo de 2013, quien claramente ha colocado a la inseguridad en el centro de su retórica política, en el marco de la crisis económica y el debilitamiento político de la alianza chavista.[28] Otros investigadores reconocen este cambio de énfasis pero sostienen la persistencia de los tópicos precedentes relacionados con la desigualdad y la injusticia sociales. Rescatan en particular el contenido de la Gran Misión A Toda Vida Venezuela lanzada en 2012 por el Presidente Chávez como el primer diseño de una política pública integral en la materia que plantea un discurso y unas

28. El Presidente Chávez venció en las elecciones generales de octubre de 2012 por un margen de 10,76% de los votos con respecto a la alianza opositora. En las nuevas elecciones presidenciales en abril de 2013, Nicolás Maduro fue elegido por un margen mucho menor, de 1,49% de los votos. Este debilitamiento político se vio ratificado en las elecciones legislativas de diciembre de 2015 que hicieron que por primera vez la alianza chavista perdiera la mayoría absoluta en la Asamblea Nacional ante la Mesa de la Unidad Democrática. A partir de allí se desencadena una crisis política en función de que la Asamblea Nacional aprueba la realización de un referéndum revocatorio del mandato del Presidente Maduro.

propuestas "humanistas y socialistas". Al mismo tiempo, también reconocen los cambios operados luego de la muerte de Chávez (HERNÁNDEZ et al, 2014a, 41-47; 2014b, 35-36, 40-41; HERNÁNDEZ y GRAJALES, 2016, 122-123, 127-130).

En este marco, se dio una reforma de la regulación sobre drogas ilegales a través de la sanción de la Ley Orgánica de Drogas de 2010 que incremento la penalidad para el tráfico de sustancias y materias primas y para la fabricación y producción. En 2012 se dio una nueva reforma ambivalente del COPP, aprobada directamente por el Presidente Chávez a través de la Ley Habilitante, que por un lado parece inclinarse hacia la moderación penal ampliando la posibilidad de uso de la suspensión condicional del proceso penal y de la suspensión de la acción penal mediante el principio de oportunidad – extendiendo a 8 años el límite máximo de la pena privativa de la libertad que las vuelve aplicables – pero también se orienta en un sentido inverso al endurecer los requisitos para acceder al trabajo fuera del establecimiento, el régimen abierto y la libertad condicional (HERNÁNDEZ et al, 2014a, 18-31, 35-38; 2014b, 38-39; HERNÁNDEZ y GRAJALES, 2016, 115-127).

En este período se produce un crecimiento muy importante del número del personal policial – relacionado con la creación de la Policía Nacional Bolivariana en 2009 – y del desarrollo de operativos tradicionales de saturación policial que van a incluir incluso el despliegue, primero, de la Guardia Nacional – a través del Dispositivo Bicentenario de Seguridad lanzado en 2010 – y luego, de los otros componentes de las Fuerzas Armadas – a través del Plan patria Segura lanzado en 2013 – orientados fundamentalmente al "delito común" de los sectores sociales más vulnerables (ROSALES, 2012, 34-40; ANTILLANO, 2015a, 6-7; 2015b, 8; PROVEA, 2014, 444-446; HERNÁNDEZ y GRAJALES, 2016, 124-125, 129-130).

En este escenario, se produjo un impresionante crecimiento de la tasa de encarcelamiento de 149% entre 2006 y 2014, llegando a niveles que no se dieron nunca desde 1980 en este país. Y con un porcentaje de presos sin condena superior al 60%. Ciertamente algunas reformas legales en materia procesal y penal realizadas en los años 2000, 2001, 2005, 2010 y 2012 pueden haber contribuido a la generación de este resultado penal. Al mismo tiempo, los cambios en la retórica chavista en los últimos años y la instalación de la inseguridad en el centro de la agenda pública y política han contribuido a la creación de un clima político y cultural favorable a la severidad entre los actores penales. Esto a su vez ha estado relacionado a los cambios en las relaciones de fuerza al interior de la alianza política chavista y el mayor peso de sectores con posiciones favorables al incremento de la punitividad, especialmente desde la

asunción como Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia del General del Guardia Nacional Nestor Reverol en octubre de 2012 – en reemplazo de Tarek El Aissami, pero también presentes en este ciclo anterior a través de iniciativas como el Dispositivo de Seguridad Bicentenario lanzado en 2010 y el Madrugonazo al Hampa en 2011, lo que continua hasta la actualidad. Tal vez el impacto más fuerte ha venido de la mano de la multiplicación de personal policial – incluyendo personal militar en función policial – y del desarrollo de estrategias de saturación policial en barrios populares que han producido un importante crecimiento en el número de aprehensiones que han dado lugar a procesos penales – muchos de los cuales definidos como casos "flagrantes" – siempre en relación al "delito común" producido por los sectores más vulnerables socialmente, que a su vez se ha traducido en el incremento del encarcelamiento, preventivo y definitivo (ANTILLANO, 2015a, 7; ANTILLANO, 2015b, 8-11; HERNÁNDEZ y GRAJALES, 2016, 136).

Parecería que en el caso de Venezuela es posible hablar de un giro punitivo postneoliberal en el sentido de sustancialmente gestado al interior de la experiencia gubernamental chavista que durante su primera década convivió con tasas de encarcelamiento relativamente contenidas en términos internacionales – entre 68 y 87 presos cada 100.000 habitantes entre 1999 y 2008. Frente a la tendencia de los últimos años, como veíamos, la evolución de la tasa de encarcelamiento durante los años 1990 fue moderadamente descendente. Se puede pensar que a nivel económico y social las políticas neoliberales que se pusieron en práctica durante los años 1980s y 1990s generaron unos resultados dramáticos en términos de desigualdad y exclusión social que sólo han sido revertidos parcial e imperfectamente por las políticas económicas y sociales postneoliberales promovidas por la alianza chavista durante estos últimos 15 años, en función de razones diversas –la dependencia de la renta petrolera, el predominio de políticas redistributivas focalizadas y no universales, etc. (ANTILLANO, 2015a; ANTILLANO; 2015b; ANTILLANO et al, 2016). Este argumento sugerente nos permite trazar un telón de fondo, en el terreno de las "causas profundas", que incluso puede ser útil para pensar también los vaivenes de la política penal en los últimos años en Argentina y probablemente, en otros casos nacionales en que se han verificado estos procesos de cambio político. Y en parte nos habla del legado de un pasado neoliberal, aunque también de las elecciones y acciones gestadas al interior de esta experiencia política postneoliberal. Pero lo que resulta extraordinariamente significativo es que estos elementos "profundos" pudieron coexistir durante la primera década de este proceso político chavista con tasas de encarcelamiento moderadas. Esto prueba, desde mi punto de vista, el peso de "causas próximas"

que son las que permiten comprender más acabadamente la producción de semejante giro punitivo ulterior. Algunas de ellas están vinculadas a elementos que apuntamos sintéticamente para pensar en el caso argentino, como:

a) la composición heterogénea de la alianza gubernamental, la ausencia de centralidad de esta temática en el programa que construye, en la edificación de la "promesa postneoliberal" y como esto se traduce en orientaciones diversas a través de sus sectores;

b) el potencial rol de las retoricas e iniciativas de incremento de la punitividad para capturar consenso político y electoral entre ciertos sectores del público y su atracción para los actores políticos;

c) el peso de la coyuntura, el pragmatismo y el corto plazo en la acción política, en general, en la democracia "realmente existente" contemporánea; y

d) la influencia de la producción de sentido en el campo mediático en torno a la "crisis de inseguridad" en las maneras difundidas de pensar en el público pero también entre los actores políticos.

Evidentemente, un rasgo distintivo del caso venezolano en comparación con el caso argentino, ha sido el peso que ha tenido el incremento del delito violento durante el proceso político chavista, apuntalando indirectamente toda una serie de dinámicas que a su vez promovieron el giro punitivo. La construcción de una crisis de inseguridad frente al delito en la agenda pública y política se puede dar en forma más rápida y sólidamente cuando las tasas de homicidios dolosos alcanzan los altos niveles registrados en Venezuela en estos últimos años –aunque ello no impide que se de igualmente sin ese hecho, como se ha observado en multiplicidad de momentos y contextos.

6. Seguramente la tarea de comprender comparativamente la relación entre estas experiencias gubernamentales y el campo penal debe desenvolverse más profundamente de lo que aquí hemos apenas sugerido. Pero este breve e inicial ejercicio refuerza la necesidad para comprender nuestro presente penal en estos escenarios de ir más allá de "la tesis de la penalidad neoliberal". El giro punitivo no es patrimonio de alianzas y programas políticos neoliberales como el ejemplo de Venezuela muestra en forma extrema desde 2008 en adelante pero también el caso de Argentina revela de otro modo, con las recaídas periódicas a nivel nacional y persistentes a nivel bonaerense en la tentación punitivista de la alianza gubernamental kirchnerista en los últimos años. Pero, al mismo tiempo, en ambos escenarios hubo momentos a lo largo de estas experiencias "postneoliberales" en los que los niveles de encarcelamiento disminuyeron o se mantuvieron estables en niveles contenidos – en Argentina entre 2005 y 2007 y en Venezuela en 1999-2006. La colonización de la agenda pública y política por

otras grandes cuestiones de la vida social, más allá del delito y la inseguridad, que generan alto nivel de antagonismo alimentando una politización de lo cotidiano ante propuestas que rompen con el pasado inmediato, junto con algunas iniciativas concretas en el sentido de la moderación penal, ambas alimentadas por estas alianzas políticas – o, al menos, segmentos de ellas – parecen haber estado en la base de esos tiempos "virtuosos". Brindan destellos de las posibilidades que han abierto estos procesos de cambio político, aun en el terreno penal. Y brindan instrucciones para quienes buscan resistir la deriva punitivista (PAVARINI, 2006, 281-287).

Bibliografía

ANTILLANO, Andres y Gabaldon, Luis: *Las reformas policiales en Irlanda del Norte y Venezuela*: una visiòn comparada. Capítulo Criminológico, 2008, 36, 2-27.

ANTILLANO, Andres: *Seguridad y política en la Venezuela bolivariana:* la seguridad en el debate político venezolano entre 1998 y 2009. Espacio Abierto, 21, 4, 2012, 701-726.

ANTILLANO, Andres. *Incluir y castigar*. Tensiones y paradojas de las políticas hacia los pobres en la Venezuela pos-neoliberal, inédito, 2015a.

ANTILLANO, Andres: *La prisión en dos tiempos*. La cárcel venezolana entre el neoliberalismo y al revolución bolivariana, inédito, 2015b.

ANTILLANO, Andres; POJOMOVSKY, Ivan; ZUBILLAGA, Verónica; SEPÚLVEDA, Chelina y HANSON, Rebecca. *The venezuelan prisonen:* from neoliberalism to the Bolivarian revolution. Crime, Law and Social Change, 2016, 65, 195-211.

ANTILLANO, Andres. *La reforma policial en Venezuela*. Civitas, 2016 (en prensa).

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli y CIFALI, Ana Claudia. Seguridad pública, política criminal y penalidad en Brasil durante lso gobiernos de Lula y Dilma (2003-2014). Cambios y continuidades. Postneoliberalismo y penalidad en America del Sur. A modo de introducción. In: SOZZO, M. (ed.): *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016.

BARKER, Vanessa. *The politics of imprisonment*. How the democratic process shapes the way America punishes offenders. New York: Oxford University Press, 2009.

BRODEUR, Jean Paul. Comparative penology in perspective. In: TONRY, Michael (ed.): Crime, punishment and politics in comparative perspective. *Crime and Justice*. v. 36. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

CARRANZA, Elias. Situación penitenciaria en América Latin y el Caribe. *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, 31-66.

DAMMERT, Lucia y ZUÑIGA, Liza: *La cárcel*: problemas y desafíos para las Américas. Santiago de Chile: FLACSOChile y Organización de Estados Americanos, 2008.

DAMMERT, Lucia; SALAZAR, Felipe; MONTT, Cristobal y GONZÁLEZ, Pablo. *Crimen e inseguridad*. Indicadores para las Américas. Santiago de Chile: FLACSO Chile y BID, 2010.

DIAZ, Luis y GONZÁLEZ, Josebelk. *La policía en Venezuela:* tensiones, contradicciones, avances y retos. Grupo de Trabajo 39, Clacso, 2014.

FROST, Natasha. The mismeasure of punishment: Alternative measures of punitivenessand their (substantial) consequences. *Punishment and Society*, 10, 3, 2008, 277-300.

GARLAND, David. Penality and the penal state. *Criminology*, 2013, 51, 3, 475-515.

HAMILTON, Claire: *Reconceptualising penality*. A comparative perspective on punitiveness in Ireland, Scotland and New Zealand. Ashgate, Farnham, 2014.

HERNÁNDEZ, Lucrecia; GRAJALES, Martha Lía; PEÑA, Neyda y TINEO, Barbara. *La política penal durante el chavismo, 1999-2012*. Grupo de Trabajo 39 Clacso, inédito, 2014a.

HERNÁNDEZ, Lucrecia; GRAJALEs, Martha Lía; PEÑA, Neyda y TINEO, Barbara. *La cultura penal y el gobierno del Presidente Chavez*. Grupo de Trabajo 39 Clacso, inédito, 2014b.

HERNANDEZ, Lucrecia y GRAJALES, Martha Lia. Chavismo y política penal (1999-2014). In: SOZZO, M.(ed.): *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016.

HYNDS, Lyn. Crime control in Western countries, 1970 to 2000. In: PRATT, John; HALLSWORTH, Simon; BROWN, Mark; BROWN, David; MORRISON, Wayne (eds.): *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*. Cullompton: Willian Publishing, 2005.

ITURRALDE, Manuel: Democracies without citizenship: crime and piunishment en Latin America. *New Criminal Law Review*, 13, 2, 2010, 309-322.

ITURRALDE, Manuel. O governo neoliberal de la inseguranca social na America Latina; semelhanzas e diferencias con o Norte Global. In: MALAGUTI, Vera (ed.): *Loic Wacquant e questao penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revam, 2012.

ITURRALDE, Manuel. *La revolución desde arriba*. La sociología política del estado penal neolibera y su relevancia para América Latina. Paper presentado en LASA, Chicago, 2014.

KOMMER, Max. Punitiveness in Europe revisited. *Criminology in Europe*, 2004, 3 (1): 8-12.

LACEY, Nicola. Punishment, (Neo)Liberalism and Social Democracy. In: SPARKS, Richard y Simon, JONATHAN (eds.). *The Sage Handbook of Punishment and Society*. London: Sage, 2013.

MULLER, Michael-Markus. The rise of the penal state in Latin America. *Contemporary Justice Review*, 2011, 1-20.

NELKEN, David. When a society is non-punitive? The Italian case. In: PRATT, John; HALLSWORTH, Simon; BROWN, Mark; BROWN, David; MORRISON, Wayne (eds.): *The new punitiveness*. Trends, theories, perspectives. Cullompton: Willian Publishing, 2005.

NELKEN, David. Denouncing the penal state. Criminal Justice and Criminology, 10, 4, 2010a, 329-338.

NELKEN, David: *Comparative criminal justice*. London: Sage, 2010b.

NEWBURN, Tim. Diffusion, diferentiation and resistance in comparative penality. *Criminal Justice and Criminology*, 10, 4, 2010, 331-340.

O'MALLEY, Pat. Penal policies and contemporary politics. In: SUMNER, Colin. *The blackwell companion to criminology*. Oxford: Blackwell, 2004.

O´MALLEY, Pat. *Neoliberalismo, riesgo y justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

O'MALLEY, Pat. Repensando la penalidad neoliberal. *Delito y Sociedad*, 40, 2015, 11-30.

PALADINES, Jorge. La 'mano dura' de la Revolución Ciudadana (2007-2014). In: SOZZO, M.(ed.). *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016.

PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PEASE, Ken. Cross national imprisonment rates. Limitations of method and possible conclusions. *British Journal of Criminology*, 1994, 34, 116-130.

ROSALES, Elsie: *El sistema penal venezolano contemporáneo*. Tendencias y propuestas. COMUNES. Caracas: Universidad Nacional Experimental de la Seguridad, 2012.

PROVEA: *Informe Anual 2013*, Caracas, 2014.

SOZZO, Máximo. Transition to democracy and penal policy. The case of Argentina. *Straus Working Paper* 03/11. New York University. School of Law, 2011.

SOZZO, Máximo. Transición a la democracia, política y castigo legal en Argentina. In: AMARAL MACHADO, Bruno (ed.). *Justica criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOZZO, Máximo. Postneoliberalismo y penalidad en America del Sur. A modo de introducción. In: SOZZO, M. (ed.). *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016ª.

SOZZO, Máximo. Postneoliberalismo y política penal en Argentina (2003/2014. In: SOZZO, M. (ed.). *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016b.

SOZZO, Máximo. Democratization, politics and punishment in Argentina. *Punishment and Society*. Special Issue Democratization and Punishment

(Guest Editors, Leonidas Cheliotis and Máximo Sozzo), 2016c, 18, 3, 2016, 301-324.

TONRY, Michael. Determinants of penal policy. In: TONRY, Michael (ed.). Crime, punishment and politics in comparative perspective. *Crime and Justice*. v. 36. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

VALVERDE, Mariana. Comments on Loic Wacquant 'Theoretical Coda' to Punishing the poor. *Theoretical Criminology*, 14, 1, 2010, 117-120.

WACQUANT, Loic: *Las prisiones de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2000.

WACQUANT, Loic. Towards a dictatorshipover the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil. *Punishment and society*, 5, 2, 2003, 197-205.

WACQUANT, Loic. The great penal leap backward. Incarceration in America from Nixon to Clinton. In: PRATT, John; HALLSWORTH, Simon; BROWN, Mark; BROWN, David; MORRISON, Wayne (eds.). *The new punitiveness*. Trends, theories, perspectives. Cullompton: Willian Publishing, 2005.

WACQUANT, Loic. The militarization of urban margnality. Lessons from brazilian metropolis. *International Political Sociology*, 1, 2, 2008, 56-74.

WACQUANT, Loic: *Castigar los pobres*. Barcelona: Gedisa, 2010.

WACQUANT, Loic. Crafting the neoliberal state: workfare, prisonfare and social insecurity. In: SCOTT, David (ed.). *Why prison?*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Las cárceles de américa latina: ¿Qué ofrecen para el tercer milenio?, de Carlos Alberto Elbert – *RBCCrim* 29/107-128 (DTR\2000\9);
- O estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto, de Leandro Gornicki Nunes – *RBCCrim* 91/201-226 (DTR\2011\2339); e
- Ruptura o continuidad: problemas epistemológicos de la criminología de fin de siglo, de Daniel Nina – *RBCCrim* 29/193-208 (DTR\2000\571).

Continuidade autoritária: as bases para o grande encarceramento

Authority continuity: the basis for the great jail

Ricardo C. de Carvalho Rodrigues

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UFPE (2010). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela ESMAPE (2007). Professor Adjunto da Estácio do Recife, onde leciona as disciplinas de Direito Penal e História do Direito Brasileiro.
ricardodicarvalho@hotmail.com

Recebido em: 16/10/2016
Aprovado em: 26/11/2016
Última versão autor: 11/12/2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo pretende fixar as bases em que se deu o grande encarceramento. Escolhi fazer esta estruturação, a partir do processo de transição do autoritarismo para a democracia. Analisei a forma como as instituições de controle e repressão passaram do regime autoritário para um ambiente democrático sem que, com isto, tenha mudado o seu conteúdo. A transição política não foi capaz de modificar a continuidade da gestão do aparelho estatal, tão marcada por políticas, regras e práticas autoritárias. Identifiquei que este foi o legado da transição ocorrida no Brasil: a persistência da violência ilegal e da impunidade. As mudanças ocorridas em nossa história nunca simbolizaram uma ruptura com o passado, no mais das vezes foi mais um compromisso com o futuro. As experiências autoritárias e democráticas se sobrepuseram e findaram por constituir um todo indistinto, uma cultura política e uma forma de controle que tanto serve aos regimes autoritários quanto a democracia.

Abstract: This article intends to establish the bases in which the great incarceration occurred. I chose to make this structuring, from the process of transition from authoritarianism to democracy. I have analyzed how institutions of control and repression have moved from the authoritarian regime to a democratic environment without thereby changing its content. The political transition was not able to modify the continuity of the management of the state apparatus, so marked by authoritarian policies, rules and practices. I identified that this was the legacy of the transition that occurred in Brazil: the persistence of illegal violence and impunity. The changes that have taken place in our history have never symbolized a break with the past, but more often it was a commitment to the future. Authoritarian and democratic experiences overlapped and ended as an indistinct whole, a political culture, and a form of control that serves both authoritarian regimes and democracy.

A justificativa para esta justaposição, entre as experiências autoritárias e as democráticas, é nosso maneirismo negocial, que impede rupturas com o passado e conduz o autoritarismo a todos os futuros. No Brasil nunca se precisou fazer uma opção irreversível pela democracia. O que se fez foi possibilitar a convivência dos instrumentos autoritários com um regime democrático.

Palavras-chave: Autoritarismo – Democracia – Transição.

The justification for this juxtaposition, between authoritarian and democratic experiences, is our negotiating mannerism, which prevents ruptures with the past and leads authoritarianism to all future ones. In Brazil, it was never necessary to make an irreversible choice for democracy. What was done was to enable the coexistence of authoritarian instruments with a democratic regime.

Keywords: Authoritarianism – Democracy – Transition.

Sumário: 1. Introdução: paradoxos da transição – o constrangimento do exercício do poder autoritário no regime democrático. 2. Heranças autoritárias de um passado tão presente. 3. Perigos da consolidação democrática e as instituições autoritárias na democracia. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução: paradoxos da transição – o constrangimento do exercício do poder autoritário no regime democrático

Este artigo tem como objetivo fixar as bases do autoritarismo brasileiro que permitiram, ao longo do tempo, a eficiência no processo do encarceramento em massa. Poderia observar os alicerces do autoritarismo, a partir de vários lugares ou mesmo de vários períodos históricos, porém escolhi nossa última transição política para a democracia. Por ser mais próximo, algumas análises ainda precisam de maturação, mas também os reflexos do seu autoritarismo ainda são sentidos.

Busco, neste espaço, demonstrar que há uma permanência autoritária dentro do novo regime democrático e que isso findou por constituir uma cultura política do controle que combina elementos autoritários e democráticos, a ponto de não podermos ou sabermos mais diferenciá-los. Mais ou menos como se, na palavra de Rui da Cunha Martins,[1] houvesse um confronto entre um paradigma cessante e outro emergente, mas que, neste momento, os elementos de um e outro conviveriam. O mais interessante é que o professor português afirma, com razão, que a grande novidade no período transicional, a partir dos acoplamentos dos diversos matizes que ali se combinam é a própria

1. MARTINS, Rui da Cunha. *O ponto cego do direito*: The brasilian lessons. São Paulo: Atlas, 2013, p. 79-80.

transição, pois há uma "simultaneidade de paradigmas". Assim, a transição promove a formação de uma nova cultura política.

Para realização desta empreitada, preferi debruçar-me sobre livros e alfarrábios deste período, ou mesmo aqueles que dão um pequeno passo atrás no tempo. Melhor, recorri às literaturas aqueles que analisassem de alguma forma o processo de transição. Se, aqui, as referências não são todas propriamente de direito penal e de sua crítica é porque o nosso ramo do conhecimento não está isolado das outras ciências e é profundamente tocado por elas. O artigo foi escrito no esteio de uma ciência conjunta. Enfim, como Gabriel Ignácio Anitua, "creio que aqui farei criminologia, embora recorra para tal ao direito, à sociologia, à filosofia, à política e à história".[2]

As teorias da transição[3] do autoritarismo para a democracia e as teorias da consolidação[4] foram importantes, mas mostraram problemas ao não colocar o

2. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de Criminologia, 2008, p. 18.

3. A democratização consagrou as chamadas *teorias para transição democrática*, que "partem do suposto de que o autoritarismo constituiu um processo temporalmente localizado de ruptura com a ordem democrática" (AVRITZER, Leonardo. Cultura política, atores sociais e democratização: Uma crítica às teorias da transição para democracia. A moralidade da democracia. São Paulo/Belo Horizonte: Perspectiva, 1996, p. 125). Aprimeira geração de autores da transitologia que fundam esta tradição – tais como Guillermo O'Donnell, Phillippe Schmitter, Laurence Whitehead, Sammuel Hundington, Adam Przerworski, Alfred Stepan e, Juan Lins, entre outros – identificaram o processo de esgotamento autoritário de ditaduras militares instauradas tanto no Sul da Europa quanto na América Latina, bem como compreender os seus processos de redemocratização. A natureza seminal destes estudos transformaram suas obras em verdadeiros cânones e sua influência se espraia entre as reflexões sobre as transições propostas na década de 1970 até análises atuais e, a despeito de suas singularidades, "compuseram um corpo teórico que conferiu unidade a essa tradição" (QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição*: contornos do conceito. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013, p. 25-26), em que pese a advertência de Luciano Martins (MARTINS, Luciano. A "liberalização" do regime autoritário. In: Guillermo O'Donnell; Phillippe Schmitter; Laurence Whitehead. Transições do regime autoritário: América Latina. São Paulo: Vértice; Ed. RT, 1988, p. 108), para quem encontrar generalidades que permitam analisar todas as transições de um mesmo lugar não pode ofuscar peculiaridades e atores sociais completamente singulares em cada país. Torna-se forçoso reconhecer a dificuldade em se elaborar uma *teoria das transições* que permita essa comparação, posto que ainda não existe um conjunto articulado de proposições que capture as diversas situações de crise que ensejaram em transformações ou derrocada dos regimes autoritários.

4. Advirto que autores como Nancy Cardia entendem que a falta de limites claros entre as teorias da transição e as teorias da consolidação impedem com que elas se

dedo na ferida e apontar quais as limitações dessa democracia. Um deles, subestimar o legado autoritário, não só normativo, mas também para a formação de uma sociedade civil, seja através de partidos, seja por quaisquer espécies de organização. Transitar do regime autoritário para uma democracia não implica necessariamente em realizar de forma automática todos os elementos democráticos. A dificuldade encontra-se em identificar uma posição equilibrada entre uma democracia ideal e aquela que se pode realizar.

O regime autoritário no Brasil foi peculiar, pois viveu-se uma ditadura, enquanto havia minimamente uma competição eleitoral, com ares plebiscitários, é verdade. Se isso não era pouco, estava longe de ser suficiente para retirar o adjetivo de autoritário. Percebemos hoje, a importância da competição eleitoral justa e de sua periodicidade. Conseguimos isto. Somos uma democracia consolidada (!?). Mas qual a qualidade da democracia que temos?

Antes de responder à pergunta, é preciso recapitular, posicionarmos sobre o legado autoritário e o que fazer com ele. Uma primeira limitação que encontrei nos autores da transição foi o manuseio e proposta de categorias que representavam não tanto o reconhecimento dos valores da democracia, senão formas de estruturar politicamente a sociedade que nos remetia a um "passadismo". A democracia possui duas dimensões: uma valorativa (de igualdade e liberdade) e outra instrumental, como mecanismo de transformação ou de redirecionamento das políticas públicas. Torno a repetir que o produto das transições foi a democracia instrumental, o que não é pouco, pois com esta ferramenta seria possível reconstruir os valores de liberdade e igualdade. Mas ainda assim, limitado, o que desloca a análise para a cultura política. Em determinado momento havia quase um consenso de que a cultura política, tão forte, tão presente e com uma herança ibérica e tutelar fundadas no autoritarismo, impedia a modernização do Brasil, digo, impedia a democratização.

Outra limitação, contraposta e mais recente, era pensar o desenvolvimento institucional deslocado da própria sociedade, sem raízes ou conexões com ela,

---

constituam propriamente como teorias. Todavia, ouso discordar, as dificuldades em compara-las e delimita-las não significa que não existam, muito pelo contrário, tal esforço demonstra uma pretensão no acréscimo de conhecimento, além de implicar em tarefas distintas para uma e outra teoria que devem ser realizadas e ter sua eficácia mensurada. Mas num ponto nossa autora possui razão, a cultura é um elemento que "afeta" essas análises, pois teriam "seu poder explicativo reduzido". CARDIA, Nancy. Transições políticas: continuidades e rupturas, autoritarismo e democracias – os desafios para a consolidação democrática. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio. Projeto integrado de pesquisa: Continuidade autoritária e construção da democracia. Relatório final. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p. 10.

como se o mundo tivesse um motor próprio desgarrado das demandas sociais, como se fosse possível pensar as instituições desconsiderando sua relação com a sociedade, que pode ser comprovado pela "falta constante de correspondência entre as instituições formais do país e sua realidade social e econômica".[5] Assim, a limitação situava-se na durabilidade e permanência da cultura, sem capacidade de transformação. Bem, fosse isto verdadeiro, países de tradição autoritária arraigada jamais poderiam chegar a uma democracia. Algumas interpretações nos condenam ao autoritarismo. Algumas análises nos impõem um vazio democrático.

Simon Schwartzman[6] posiciona o "autoritarismo brasileiro", "não como um fenômeno passageiro", senão como um "padrão", tornando-o complexo quando vivenciamos o autoritarismo (de sempre) num período democrático (excepcional). Tudo isso "tem raízes profundas e implicações que não se desfazem por meros arranjos institucionais" (a democracia é este arranjo, este ocaso), e segue o professor paulistano, "reconhecer isso não significa supor que o Brasil padece de um estigma autoritário congênito, para o qual não existe salvação". Sigo a concordar com ele quando, páginas à frente, afirma que esse autoritarismo é "um condicionante poderoso em relação ao nosso presente e futuro como país".

Neste sentido, Rui da Cunha Martins[7] afirma que a possibilidade de "permanência de um dado quadro histórico", leia-se autoritarismo, "para lá do que se tem convencionado como seu período histórico de referência significa, por exemplo, que a instalação de um regime político democrático não corresponde necessariamente a um movimento de substituição/superação/eliminação dos elementos do anterior regime". É assim que o regime autoritário assegura sua passagem para o futuro, sua permanência em tempos democráticos.

Os novos regimes políticos, pretensamente democráticos, foram postos numa encruzilhada: exercer o monopólio da violência após o fim dos regimes autoritários; e fazê-lo dentro da legalidade. De um lado, o exercício dessa violência trazia o constrangimento de décadas opondo-se a ela. De outro, a baliza da legalidade impunha o controle da violência. Dessa encruzilhada restou o constrangimento de não controla-la e o escancaro de realizar o mesmo arbítrio.

5. SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do autoritarismo brasileiro*. Campinas: Editora Unicamp, 2015, p. 52.
6. Idem, p. 14 e 37.
7. MARTINS, Rui da Cunha. *O ponto cego do direito: The brasilian lessons*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 83.

Enfim, o Brasil não conseguiu garantir o requisito básico de uma sociedade democrática. O que era a falta de controle sobre as formas de coerção se tornou a normalização das violações.

A violência ilegal não é um fenômeno novo por aqui, muito pelo contrário, está implantada nas relações sociais com um "caráter endêmico", não à toa, sua permanência é produto de "longa tradição de práticas de autoritarismos, das elites contra as 'não-elites'". Se é verdade que a transição afastou as perseguições políticas, pois o Estado não patrocina mais a coerção ilegal, não podemos dizer o mesmo da sua omissão em impedir práticas ilegais, boa parte executada por membros de suas agências de controle, ou superar a longa tradição de impunidades dos crimes praticados por particulares contra os perseguidos de sempre, "os pobres, os não-brancos, os moradores das periferias metropolitanas, minorias raciais, grupos discriminados por orientação sexual, ativistas sindicais ou de direitos humanos, religiosos, grupos indígenas, crianças e adolescentes continuam, como em toda a história republicana".[8]

A "sobrevivência de práticas autoritárias" nos colocam de frente com o que Nancy Cardia[9] chamou de "paradoxos da transição", na medida em que as transições são momentos políticos e históricos propícios a promover mudanças e romper com estruturas que possibilitem a emergência ou o retorno de práticas de controle da violência incompatíveis com a democracia. O reverso disto, a continuidade autoritária, pode ser evidenciada "pela persistência de práticas que impedem mudanças profundas no processo de decisão e na amplitude e profundidade da proteção vivida pelos cidadãos".

As situações nas quais podemos reconhecer a permanência autoritária são incontáveis, seja por "tratar-se de características nunca extirpadas do período ditatorial", seja por "tratar-se de versões reconfiguradas ou atualizadas de matrizes ditatoriais antes vigentes sob outras formas", seja, por fim, por "tratar-se de requisições de elementos pertencentes ao patrimônio ditatorial por parte do próprio patrimônio democrático". O autoritarismo permanece e muitas vezes se revigora na democracia, se esta não é uma hipótese simpática é porque nem é mais hipótese é um fato que precisa ser reconhecido.[10]

---

8. PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O passado não está morto: Nem passado é ainda*. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio. Projeto integrado de pesquisa: Continuidade autoritária e construção da democracia. Relatório final. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p. 40.
9. CARDIA, Nancy. Op. cit., p. 10.
10. MARTINS, Rui da Cunha. Op. cit., p. 83.

Num momento foi o açoite, noutro a chibata, o pau de arara e o choque elétrico faz pouco tempo, já a tortura é extemporânea. Claro que não se deixou de ter mecanismos mais sisudos, institucionalizados e, por que não dizer, refinados de controle do cidadão como a lei de segurança nacional, decretos-lei e toda sorte de censura. Técnicas variadas para tempos distintos, mas a mesma fórmula de esculpir a cidadania na violência, a final de contas, o "bom cidadão é o cidadão amansado, inativo", num verbete pistoleiro, "como nos velhos faroestes: o bom índio é o índio morto".[11]

Mergulhar no estudo dos instrumentos e da instrumentalização da violência e repressão de uma sociedade é cascavilhar sua cultura política, seja explícita pela prática, seja implícita pela negação do discurso. Embora, neste último sentido, faça a violência rejeitar a política, não podemos deixar de reconhecer que trilharemos o percurso que também os transitólogos trilharam e que se disse limitado: analisar a cultura política, só que agora sobre o viés da violência.

A transformação dos séculos e dos homens possui um fio condutor na construção das ideias políticas brasileiras, bem como da formatação das instituições, enquanto projeto de nação, que é o conjunto de "valores éticos e morais que forjaram o entendimento da lei e da sociedade".[12] Claro que essas diferenças entre o homem do final do século XIX e do início do século XX, construíram a cultura do crime e da lei.

As transições políticas não deram conta da violência ilegal do Estado nem da sua impunidade, tão rotineiras durante o regime autoritário e repetida como refrão em tempos democráticos. As "instituições da violência" como a tortura e o racismo, entre outros, não foram "transformados pelas transições, mesmo depois de constituições democráticas". Mas o que mais constrange é que essas instituições "continuam a ter o mesmo papel relevante para a reprodução da dominação hierárquica em sociedades extremamente desiguais, como a brasileira". Transitamos para continuarmos autoritários nas práticas, nas instituições e nas práticas das instituições. Tudo isto forja uma cultura autoritária ou, nos termos de Paulo Sérgio Pinheiro, um "autoritarismo socialmente implantado", com raízes profundas e independentes de regimes de exceção.[13]

11. CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados: escritos de história e política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998, p. 309.
12. CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei: 1889-1930*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 14.
13. PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Autoritarismo e transição*. Revista USP. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1991, n. 9.

"Naturalmente, nada disto impede que sejamos um povo pacífico, extrovertido, amigo, cordial. Pelo contrário, a função do cacete é exatamente dissuadir os que tentam fugir ao espírito nacional de camaradagem, de cooperação, de patriotismo. O cacete é a paternal admoestação para o operário que faz greves, para a empregada doméstica que responde à patroa, para o aluno rebelde, para a mulher que não quer cuidar da casa, para o crioulo que não sabe o seu lugar, para o malandro que desrespeita a 'otoridade', para qualquer um de nós que não saiba com quem está falando. O porrete é para quebrar o gênio rebelde e trazer de volta ao rebanho todos os extraviados. Como diziam os bons padres da colônia, o castigo é para o próprio bem dos castigados. É um cacete brasileiro, muito cordial. É pau-brasil".[14]

O uso de mecanismos historicamente autoritários não pode nos conduzir à omissão nem a naturalização deste artifício, como se fosse possível simular que o momento democrático requer o vezo dessa instrumentalidade. O reemprego das práticas autoritárias pela democracia a emprenha de um código genético que não é o seu. Por outro lado, a distinção entre democracia e autoritarismo não é apenas epocal, é também das decisões políticas e suas práticas e estas, quando autoritárias, não podem ser democratizadas. É o caso, por exemplo, das interceptações telefônicas que, quando clandestinas e realizadas pelos militares durante o regime militar foram autoritárias, mas não o deixaram de sê-lo quando as interceptações passaram a ser realizadas com autorização judicial, porém extrapolam, em muito, o seu prazo e se colocam fora de controle. "'Facismos' em ambiente democrático? Com certeza que sim. Fascismos punitivos, fascismos societais, fascismos informativos".[15]

A persistência de um alto nível de violência ilegal e de sua consequente impunidade, talvez seja o grande legado da transição. Também um incômodo, mas ainda assim, um legado. O autoritarismo que não nos larga, ou pior, não largamos dele, transcende às mudanças políticas e seus regimes de governo.

Os aparelhos de repressão e violência são vorazes. Consumiram todos os inimigos construídos durante o regime autoritário. O que Golbery do Couto e Silva disse sobre o Sistema Nacional de Informação (SNI), "Eu criei um monstro", poderia ser replicado a grande máquina em que o sistema penal foi, desde então, transformado e burilado e que agora se volta, ainda maior, ainda mais robusto, ainda mais faminto, para os seus antigos inimigos de sempre. O grande encarceramento faz com que o sistema penal necessite de quantias

14. CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 309.

15. MARTINS, Rui da Cunha. Op. cit., p. 90.

cada vez maiores de ração humana. Os poucos que saem, vomitados pelo sistema, logo regressarão, prodigamente, como se sua ausência do cárcere fosse apenas um momento de regurgitação, uma preparação para ter a certeza que será devorado.

Mais uma vez me socorro da advertência de Nancy Cardia,[16] para quem é "difícil traçar os limites entre o que é legado do período autoritário e o que é constitutivo daquela cultura, e que se torna mais visível quando muda o regime". Num tom ainda menos otimista, nossa autora cita Dahrendorf, ao relacionar o tempo que se percorre entre a transição e a consolidação da democracia: "São necessários seis meses para criar novas instituições políticas, para escrever uma constituição e leis eleitorais. Pode levar seis anos para criar uma economia viável, mas provavelmente levará 60 anos para criar uma sociedade civil". Não existirá democracia sem uma sociedade civil forte, que possa controlar o Estado.

Para Schwartzman,[17] "a parafernália de controle políticos e institucionais", tal como conhecemos e que começou a ser constituída nos idos do Estado Novo, "está começando a desmoronar e a sociedade brasileira se organiza hoje em uma pluralidade de formas não previstas e dificilmente enquadráveis em qualquer mecanismo estável de dominação". Mas isso ainda não significa uma "ascendência permanente da sociedade civil sobre o Estado", o que superaria, por fim, o nosso autoritarismo. Para que isto seja verdade, falta "maturidade", não da sociedade civil, mas "das instituições sociais, governamentais e partidárias existentes", onde o problema está menos na "alienação" do povo e mais nas "formas de organização social" que faz suas gentes "dependentes do poder público e orientadas para obtenção de seus favores".

Não precisaríamos de um olhar mais acurado para perceber que o regime autoritário caminhou para seu fim com suas próprias pernas, pela dinâmica interna de seus conflitos ou por um esgotamento econômico de uma política. De uma forma ou de outra, a sociedade civil não estava suficientemente articulada para promover essa queda, talvez porque muitos de seus membros haviam aderido ao regime, outros o medravam e os corajosos estavam asilados, desaparecidos ou mortos. Claro que esta desarticulação não era completa e a disputa interna do governo fazia com que, mesmo nos períodos de autoritarismo mais intenso, a sociedade civil agregasse novos atores, sem, contudo, tornar este lado da história forte o suficiente para derrubar o regime.

16. CARDIA, Nancy. Op. cit., p. 10-18.

17. SCHWARTZMAN, Simon. Op. cit., p. 31.

Pior ainda, se os novos atores eram incorporados ao processo decisório por uma progressiva desarticulação da institucionalidade autoritária, não significava que já houvesse novos mecanismos, institucionalizados ou não, "ajustados às novas diretrizes políticas e aos princípios democráticos de decisão e relacionamento social". A transição política não foi capaz de modificar a continuidade da gestão do aparelho estatal marcada "pelas distorções produzidas pelas regras burocrático-autoritárias de direção política".[18]

Em outro sentido, a gestão do sistema penal se tornou mais eficiente. Os longos 21 anos de regime militar matou muitos, fez desaparecer outros tantos e torturou mais ainda. Mas quantos morreram? A Comissão Nacional da Verdade (CNV) reconheceu 434 mortos e desaparecidos. Participaram dessa barbárie aproximadamente 300 pessoas entre agentes do Estado e militares. Tudo isso, inclusive, nos conduz à conclusão de que se tratava de ação generalizada e sistemática do Estado. Enfim, a repressão, neste período, foi transformada em política de Estado. Feita a transição, há 2 de outubro de 1992, por volta das 14h, cerca de 300 policiais adentram no Carandiru, supostamente para conter uma rebelião (na verdade, uma briga generalizada entre os presos)... em menos de três horas tínhamos 111 mortos. O grande encarceramento também precisa dos seus expurgos. Ainda podemos controlar essa máquina de prender e matar?

Na democracia, o controle é uma forma procedimental que permite antecipar o abuso. Mas o controle também possui outra face, a de possibilitar quem o detém a exercer suas escolhas e políticas. Assim, não podemos confundir o controle que o Estado pode exercer sobre as pessoas, através de mecanismos autoritários, com o controle que a sociedade civil pode exercer sobre o Estado, para que não seja autoritário.

Não quero passar uma imagem maniqueísta, onde o Estado é tudo e a sociedade nada, mas existe um padrão de relacionamento entre o Estado e a sociedade "que no Brasil tem se caracterizado, através dos séculos, por uma burocracia estatal pesada, todo-poderosa, mas ineficiente e pouco ágil e uma sociedade acovardada, submetida, mas, por isso mesmo, fugidia e frequentemente rebelde".[19]

Então, nosso problema é menos a criação de uma sociedade civil, diferente do que ocorreu no Leste Europeu, e mais a desintoxicação dela das práticas

18. ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Dados. *Revistas de Ciências Sociais*, vol. 31, n. 1, 1988, p. 5-33.

19. SCHWARTZMAN, Simon. Op. cit., p. 15-16.

autoritárias, para que se possa "democratizar, de fato, as ações do estado, do legislativo e do judiciário. Um dos desafios de uma transição é a construção de uma cidadania democrática. Esta cidadania não se constrói automaticamente com a transição".[20]

A par disto, numa sociedade como a brasileira, onde a tradição nas relações de poder é caracterizada pela ilegalidade e pelo arbítrio, talvez Cardia e Dahrendorf tenham sido otimistas demais quanto aos 60 anos para a sua formação. As transições, ou qualquer tipo de mudanças institucionais, não promovem uma alteração nas práticas autoritárias, nem as humanizam (como se isso fosse possível), nem as fazem desaparecer, no máximo travestem-se. Nosso autoritarismo independe de regimes autoritários. É socialmente implantado, nas instituições e na sociedade civil. Nosso autoritarismo basta-se.

2. Heranças autoritárias de um passado tão presente

O autoritarismo como legado, o constrangimento e o descontentamento faz com que algumas vozes renitentes na defesa dos direitos humanos continuem vigilantes, na medida em que "os brasileiros não lutaram bravamente contra 20 anos de ditadura, nem adotaram uma Constituição Federal dedicada a restaurar o respeito aos direitos humanos apenas para que o Brasil ficasse livre para que os policiais matassem com impunidade, em nome da segurança".[21]

Como recuperar o traço ignorando o traçado? Não há como pensar ou repensar a história das ideias penais e políticas brasileiras ignorando que foram edificadas sobre os alicerces da repressão, da punição e do controle. É, então, preciso elaborar análises que recuperem o inventário do autoritarismo, as ideologias que o fundamentava e a função simbólica da justiça criminal. Esta não é apenas uma demanda ou um ponto de vista, mas este mosaico historiográfico pode desvelar uma organização cultural.

A transição não foi e nem poderia ser uma ruptura completa com o regime autoritário que lhe antecedeu, digo mais, nem com todas as experiências anteriores, sejam elas autoritárias ou democráticas, salvo quando em circunstân-

20. CARDIA, Nancy. *Transições políticas*: continuidades e rupturas, autoritarismo e democracias – os desafios para a consolidação democrática. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio. Projeto integrado de pesquisa: Continuidade autoritária e construção da democracia. Relatório final. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p. 26.

21. ALISTON, Philip. Relatório do Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. 20.ª 08. P. 6. Disponível em: [http://www.nevusp.org/downloads/relatoriophilip.doc]. Acesso em: 15 fev. 2016.

cias muito especiais, como foi o caso da Alemanha e do Japão após a segunda Guerra Mundial. Considerar os legados anteriores é ampliar "o horizonte histórico para a análise", é perceber as "diferentes continuidades", democráticas ou autoritárias, que "afetam não só o tipo de transição, mas também o tipo de democracia que emerge".[22] Essa composição entre heranças possui seus exemplos na nossa história, como o período entre 1946-1964, inaugurado com a Constituição de 1946 e terminado com a deposição de João Goulart. Neste período, as influências da ditadura Vargas são evidentes, a começar pelo primeiro Presidente eleito, o Gal. Eurico Gaspar Dutra, que fora anteriormente Ministro de Guerra de Vargas, mas também um conspirador do poder. Outro exemplo é a própria "transição negociada entre o regime militar e a Nova República", onde se queria conter a verve renovadora das "Diretas já!", bem como o renascimento de lideranças populistas, como Brizola. Os militares só entregariam o poder para um civil que agregasse algumas características: ser "confiável" a ponto de não se deixar contaminar pelo populismo, não ser um aventureiro, no que tange a mudanças bruscas na política econômica e não ser um arrivista ao sistema repressivo e de informação. Tudo isto, agregado à extraordinária habilidade política pessoal para firmar alianças, conduziu Tancredo Neves à vitória na eleição indireta no Colégio Eleitoral. Assim, "buscou-se um novo equilíbrio entre Estado e sociedade, que continuasse a dar primazia ao Estado, eventualmente modernizado e adaptado aos novos tempos".[23]

Mesmo esta mistura é estranha, pois agrega as experiências autoritárias com a introdução de elementos democráticos, como foi a própria Constituição de 1946. E a estranheza é causada por não se poder, naquele momento, recuperar a memória de um passado democrático, pois, ou não tínhamos essa experiência, ou elas foram risíveis, ou distavam tanto que imemoriais. Nossa história nunca foi uma boa conselheira sobre democracia.

De toda sorte, é preciso pontuar duas questões. A primeira: por que os elementos democráticos não se sobrepõem aos autoritários na transição brasileira? A longa cultura política autoritária sufoca ou traveste os elementos democráticos. A segunda: será que hoje, passados pouco mais trinta anos do término do regime autoritário de 1964-1985, ainda temos a influência de suas heranças? Não precisa responder, basta lembrar que fizemos uma transição negociada, que Samuel Huntington chamou de *transformação*, entre os representantes do regime e a oposição, onde condições foram levantadas, limites para

22. CARDIA, Nancy. Op. cit., p. 11.

23. SCHWARTZMAN, Simon. Op. cit., p. 26.

as concessões foram apagados e construído um caminho comum para os dois lados. Devemos compreender por transformação, quando os representantes do regime autoritário desempenham papel decisivo para transformar em uma democracia. Para isso é preciso que o governo seja "mais forte do que a oposição". No Brasil, a liberalização iniciou-se quando não havia mais uma oposição política significante. Assim, quem ocupava os principais espaços para promover a mudança do regime autoritário eram os próprios líderes do regime, numa decantada mudança que traduzia a política dos "dois passos à frente, um passo atrás", resultando numa transição vagarosa e controlada. Se em "1973 o Brasil tinha uma ditadura militar repressora; em 1989 tinha uma democracia completa". Dessa constatação Hundington extrai uma conclusão aterradora: a de que "não houve, de fato, nenhum corte claro; a característica da transformação brasileira é ser virtualmente impossível dizer-se em que ponto o Brasil deixou de ser uma ditadura e tornou-se uma democracia". Enfim, não reconhecemos as diferenças entre um regime autoritário e um democrático. Se não sabemos se somos democráticos, então podemos conviver facilmente com qualquer instrumento autoritário e os novos dirigentes políticos andam à cavaleiro nestes instrumentos. Pode parecer contraditório que no seio de um regime com alto nível de repressão surjam dirigentes reformadores que acreditem que "a democracia era a forma 'correta' de governo e que seu país tinha evoluído até o ponto em que, como outros países desenvolvidos e respeitados, também deveria ter um sistema político democrático". Essa zona cinzenta perdurará, pois jamais saberemos as reais intenções destes reformadores. O regime autoritário quando não é derrotado, recorre a sua própria reforma, pois, liberalizando, dilui a oposição, que já é frágil, e não é constrangido a democratizá-lo totalmente. O que desejavam mesmo era "um autoritarismo mais ameno, mais gentil, mais seguro e mais estável, mas sem alterar fundamentalmente a natureza do sistema".[24]

A negociação política fortaleceu os políticos autoritários. Primeiro, por se tornarem os representantes do regime autoritário na mesa de negociações. Segundo, por ocuparem postos de comando no regime anterior, tinham boas chances de ocuparem os novos espaços políticos que a democracia ofereceria. Converteram-se à democracia? Pouco provável, era uma tática de sobrevivência política, pois colheriam os louros como artífices da democracia. Mas também promoveriam uma grande chicana, pois representavam o autoritarismo dentro da democracia. Estes atores políticos não poderiam temer um retorno autoritário, seja porque são frutos desta forma de governo, seja porque

24. HUNDINGTON, Samuel. A terceira onda: a democratização no final do século XX. São Paulo: Ática, 1994, p. 128-132.

não fizeram "uma opção irreversível pela democracia".[25] Foram convenientes e ocasionais. Essas negociações nunca se deram entre iguais, mas na "tradição brasileira, todas as questões – religiosas, econômicas, educacionais – passam sempre pelo crivo do político".[26] Tudo é política e cai no balaio da negociação, o que demonstra o tamanho e o poder do Estado, bem como a importância que este ator social assume. A permanência dos mesmos políticos que povoavam o regime autoritário, ainda após eleições diretas e regulares, comprovou a extrema habilidade dessa classe políticos e da imanência do autoritarismo brasileiro, que é como anfíbio, nasce e se desenvolve em águas autoritárias, mas é saltitante e se alimenta em terras democráticas. Retornar à água é voltar à casa, é refrescar-se.

Nossa transição foi, no geral, incruenta,[27] se alguns protestaram contra a democracia foi porque ainda não se sentiam seguros no novo terreno ou não se sentiam bem representados por civis, mesmo que políticos autoritários. A posse do vice-Presidente, José Sarney, eleito pelo voto indireto, foi prova disto. Todos se autoproclamaram defensores da democracia, mesmo os que tinham longo serviço prestado ao regime autoritário. Isso não causou espanto ou repulsa. O momento não era de ficar de fora da democracia, não havia sentido em combatê-la se era possível conquistar um lugar entre os democratas e depois conquistar a própria democracia. Tem mais pompa, mais charme, até pode promover pouco mais alguns egos... Enfim, na nossa democracia sempre houve poucos democratas.

---

25. O'DONNELL, Guillermo. *Transições, continuidades e alguns paradoxos*. In: REIS, Fábio Wanderley e O'DONNELL, Guillermo (org.). *A democracia no Brasil*. São Paulo: Vértice, 1988, p. 41-71.

26. SCHWARTZMAN, Simon. Op. cit., p. 16.

27. Não podemos esquecer dos atentados cruentos que demonstravam a insatisfação dos linha-dura do governo que resistiam em fazer a transição, como os atentados às bancas de jornais, à sede da OAB e do Riocentro, por exemplo. Na verdade, por outro lado, autores como Sérgio Buarque de Holanda discordam da tese de uma história incruenta e afirmam que "De todas as histórias nacionais pode ser dito que são cruentas e a do Brasil naturalmente não forma uma exceção", o que é atestado por analistas de sua obra, como é o caso de Ricardo Luiz de Souza, para quem a existência do "homem cordial", que não é contrária ou oposta à violência, muito pelo contrário, atesta a existência de uma violência extrema. "Extrema porque se trata de uma violência que atua fora dos meios legais de coerção, extrema porque é a expressão de um comportamento incapaz de moldar-se a padrões legais à ordem pública. O homem cordial pode personificar a existência de uma violência privada, em oposição a uma violência monopolizada pelo Estado (SOUZA, Ricardo Luiz de. Identidade nacional, raça e autoritarismo: A revolução de 30 e a interpretação do Brasil. São Paulo: LCTE Editora, 2008, p. 76).

A definição do tipo de transição é fundamental para sabermos que democracia conquistamos ou qual democracia foi possível, pois reconheceremos quem tinha mais força na negociação, ou mesmo se esta aconteceu. Mas sua importância também se encontra na possibilidade de definir quem são os "vencedores" e os "perdedores".[28] A permanência, fruto da transformação, é eloquente sobre esta distinção. Mas me permitirei alongar um pouco mais sobre as outras espécies de transição, não por um esforço diletante, mas para ficar claro a via da transição brasileira.

Os outros tipos de transição, conforme Hundington,[29] são a *substituição* e a *transtituição*. Na substituição os reformistas são fracos ou inexistentes, enquanto que os conservadores comandam o governo e são veementemente contra qualquer tipo de mudança. Assim, quando a oposição acumula mais força que o próprio governo, se dá a substituição e o início da democratização. Promove-se, com a substituição, uma ruptura completa com o passado, que culminou, muita vez com o exílio (Marcos nas Filipinas e Caetano em Portugal), com a execução sumária (Ceausescu na Romenia) ou julgamento e prisão (oficiais militares na Argentina e na Grécia).

Já na transtituição a democratização é produzida por uma combinação das forças e das ações do governo e das oposições. A diferença das substituições é que do lado do governo existe um equilíbrio entre conservadores e reformistas e do lado oposicionista os democratas moderados são maioria, mas não tem força suficiente para derrubar. Governo e oposição reconhecem que não possuem força suficiente para determinar unilateralmente o sistema político de sua sociedade, o que não significa que não se tenham testado antes das negociações, mas, a partir delas, havia reconhecimento mútuo de legitimidade, a oposição reconhecia o direito do governo de governar, enquanto o governo reconhecia a oposição como representante de parcela significativa da sociedade civil e de seus anseios. "Nas negociações da transtituição cada parte tem interesse em fortalecer a outra parte, para que ela possa tratar mais efetivamente com os extremistas do seu lado".

Neste sentido, Golbery teria dito a um líder da oposição (suponho Ulysses Guimarães): "mantenha seus radicais sobre controle que nós controlamos os nossos". Não quero com isto desdizer que o Brasil passou por uma transformação e sim por uma transtituição, mas apenas exemplificar como se dão algumas negociações. Se bem que, como adverte o próprio Hundington,[30] a "linha entre

28. CARDIA, Nancy. Op. cit., p. 12.

29. HUNDINGTON, Samuel. Op. cit., p. 144-163.

30. Idem, p. 128.

transformações e transtituições é imprecisa, e alguns casos podem ser legitimamente classificados em qualquer uma das duas categorias". Reafirmo que o Brasil passou por uma transformação e que o acordo de cavalheiros proposto por Golbery não fazia muito sentido, pois a maioria dos radicais oposicionistas já tinham sido eliminados antes mesmo do início da transformação. O conselho do "bruxo" cairia como uma luva nos casos de transtituições, mas não no Brasil. Mas serviu como uma sinalização política de que o processo de liberalização continuaria.[31]

As teorias da transição consideram terminado o processo transicional quando existem instituições e uma Constituição, onde os dirigentes democráticos são eleitos pelo sufrágio universal em eleições regulares, além de controlarem todo poder de coerção do Estado. Como disse antes, terminada a transição para a democracia, só sabemos que estamos nela, não sabemos de sua profundidade e de sua extensão. Será que o que temos é toda a democracia possível?

3. Perigos da consolidação democrática e as instituições autoritárias na democracia

As instituições brasileiras também não ficaram imunes aos períodos de ditaduras que, no Brasil, teimam em ser recorrentes, culturalmente autoritárias. Não só o sistema judiciário brasileiro foi afetado, mas também as elites judiciárias, quer por adesismo, quer por medo, mantinham relações privilegiadas com os militares. Podemos até afirmar que nossas ditaduras tinham pretensões de legalidade e se valeram muito da judicialização da repressão e da violência, embora os métodos repressivos e violentos tenham sido a tônica nos hiatos democráticos e na nossa atual democracia.

Nancy Cardia, ao levantar alguns obstáculos à consolidação da democracia no Leste Europeu, nos faz perceber que o funcionamento "sem autonomia e sem neutralidade" do nosso judiciário é uma barreira para a democracia que deve ser superada com uma atuação "segundo um novo conjunto de leis e de novos princípios".[32] O problema é que muitos que procuram justiça acabam se contentando com a vingança, na medida em que propõem o afastamento dos princípios democráticos com vistas para uma responsabilização penal. Talvez os propositores não se escutem ao falar, porque talvez estejam imbuídos

31. WEFFORT, Francisco. Por que democracia? In: STEPAN, Alfred (org.). Democratizando o Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 483-520.

32. CARDIA, Nancy. Op. cit., p. 21.

do mais alto nível de compromisso com a defesa de direitos. Foi o que ocorreu em 2010 quando do julgamento a Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, proposta pela OAB, que pretendia que o STF, em nome de muitos direitos violados durante o regime militar, não atuasse a partir de um novo conjunto de princípios e leis (legalidade, irretroatividade, prescrição e anistia) senão de forma a afastá-los, de maneira tão autoritária quanto fez o regime militar. Para mim, este é um ponto de inflexão, os "perdedores" (representantes do regime autoritário) se tornam, mais uma vez "vencedores", pois propomos seus meios, seus usos, sua lógica, sua racionalidade. Mas a razão é nobre, a justiça! Só não é suficiente, pois o perigo que ela encerra é condenar a democracia ao autoritarismo.

É preciso reconhecer que a origem dos obstáculos à consolidação da democracia não se situa apenas no período autoritário ou no tipo de transição, mas fundamentalmente "na história destes países, nas relações que desenvolvem entre o estado e a sociedade, nas relações de poder, na estrutura social e na cultura política que emergiu". Se a transição para democracia destaca esses obstáculos, sua longevidade é tonificada pela mistura de elementos democráticos e autoritários nos valores, nos hábitos e nos comportamentos dessas populações. É duro reconhecer que essa é a mistura do Brasil.

Neste sentido, afirmamos que o "papel dos sistemas judiciais e outras instituições estatais durante os regimes autoritários, combinado com o tipo de transição política efetuada, indicam elementos importantes para a compreensão da atual situação dessas sociedades".[33]

A transição política no Brasil promoveu um retorno formal à democracia, o que significa dizer que democracia propriamente não há. Melhor dizer que não está completa. Melhora ainda, que está completa, mas precisa aprofundar-se e criar raízes. Falta substância. Falta matéria. Falta qualidade na democracia. Temos apenas a qualidade de democracia. Não basta. Essas ausências podem ser sentidas pelo fato das transições políticas não terem promovido o controle institucional da violência ilegal praticada pelas autoridades públicas. Resta a constatação de que o retorno ao estado de direito, pretendido como garantidor dos direitos fundamentais é apenas uma "referência ritual"[34] ou, simplesmente, é "incapaz de atender satisfatoriamente os pré-requisitos da formalidade democrática".[35]

33. QUINALHA, Renan Honório. Op. cit., p. 21-22.

34. PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo... cit.

35. PINHEIRO, Paulo Sérgio. O passado não está morto... Op. cit., p. 42.

Chamo atenção para o fato de que as teorias para transição democrática possuíam como núcleo de análise o processo de transição política e sua formalização. Hoje, quando falamos das transições, observamos a qualidade da democracia, a eficiência com que o Estado preserva os direitos e garantias fundamentais, a participação política dos cidadãos... O deslocamento no objeto de análise das transições não torna as duas formas de analisar incompatíveis, mas nos lembra que as tarefas, que uma e outra tiveram e tem, são distintas.

"As análises políticas da transição não conseguem dar conta desse autoritarismo socialmente implantado, porque as relações de poder não estão apenas incrustradas nas instituições macropolíticas". Há, portanto, uma limitação nas transições políticas que não pode ser esquecida, por mais que os "traços benevolentes do final da ditadura e da euforia da transição" nublem nossos sentidos e nos impeçam de retirar as máscaras autoritárias, para enxergamos que em tempos democráticos o autoritarismo de antes é reproduzido agora e "na democratização se vêem muita vez reforçadas". Sirvo-me mais uma vez de Paulo Sérgio Pinheiro e do que ele disse sobre o governo Dutra (1946), que os governos democráticos se utilizam "gostosamente das leis de exceção".[36] O pior e a dramaticidade da frase é poder aplica-la a outros governos democráticos, como nos dos anos 2013, ou alguém já esqueceu que neste ano a polícia civil de São Paulo quis aplicar a lei de segurança nacional a um casal de jovens presentes nas manifestações, tendo a polícia encontrado em suas mochilas bombas de gás lacrimogênio e uma câmera fotográfica com imagens de manifestantes tombando uma viatura da polícia? Talvez o que pudéssemos debater aqui fosse que tais jovens não poderiam ser responsabilizados pela prática de atos preparatórios, que em regra são refratários ao direito penal. Talvez estivéssemos a debater se é ou não o caso de responsabilizá-los pelo crime de quadrilha ou o de milícia. Mas não, debatemos a persistente e requentada Lei de Segurança Nacional. Pior de tudo, isto não causa nenhum espanto.

Digo requentada porque a ideia de Segurança Nacional sempre esteve presente em nossa frágil democracia, nem sempre com a mesma cara, mas com uma única constante, eleger aspectos da soberania de longínquo e iminente perigo de lesão, puramente ocasionais, e sobrepô-los aos indivíduos, aos seus direitos e suas garantias. O autoritarismo político sempre esteve presente no nosso processo de evolução política. Tal não significa que as características do regime autoritário permaneceram as mesmas, seja na democracia seja em outro momento autoritário. Sim, em geral, fomos sempre autoritários, mas a partir

36. PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo... cit.

de 1964 essa essência foi acentuada. O que nos corrói talvez seja a permanência autoritária nessa democracia que vivemos.

Tivemos uma transição ou uma extraordinária e obscura continuidade? A resposta dependerá de onde parte a análise. Uma análise política, como fizeram os primeiros transitólogos, afirmará a transição. Uma análise qualitativa da democracia que percebemos hoje dirá que continuamos autoritários, escondidos por detrás de um verniz democrático. Somos maciçamente autoritários. Pôr em marcha um projeto democrático no Brasil significa mudar a cultura, e como nos advertiu certa vez Engels, mudar uma cultura é a mudança mais difícil e, completo, a mais lenta e a mais perigosa das mudanças das mentalidades, pois não se sabe no quê nos transformaremos. Talvez democráticos, mas conforme nossa história, não oscilamos entre democracia e autoritarismo, mas entre um autoritarismo puro e um autoritarismo disfarçado de democracia.

A continuidade autoritária não foi um privilégio brasileiro, está mais para uma característica das transições latino-americanas, pois há autoritarismos nos políticos que sobreviveram ao regime autoritário, também moldaram uma democracia à sua imagem e semelhança. Nas Forças Armadas, ainda falta controle civil sobre elas e sobre as demais agências de controle social. Na verdade, todos "os formuladores das leis, os que devem implementar decisões e as leis permanecem, em larga medida, os mesmos do regime anterior".[37]

A lei às vezes cria embaraços, verdadeiros entraves para atuação da polícia, impedindo-a de fazer dentro da legalidade toda sorte de repressão ou controle que as forças políticas dominantes querem ou precisam para sufocar oposições ou mesmo combater o crime comum. Assim, para o chefe da Gestapo, Heinrich Himmler, muitas coisas são "impossíveis nos termos estritos da lei escrita, mas autorizadas pela lei do espírito e da inteligência. Em muitos casos, evidentemente, a lei não me autoriza a prender um criminoso que nada tinha feito".[38] Esse tipo de orientação não pode nos levar a um lugar democrático, apenas aos campos de concentração.

Estamos entre o que se chamou de "autoritarismo legalizado" e "regime de exceção paralelo". Enquanto estes, que atuam nos períodos de democracias constitucionais, dissimulam a repressão física, ilegal e aberta, na medida em que a sofisticação dos seus mecanismos de controle são também o véu da exceção. Mas além do controle era preciso ter políticas compensatórias, como tivemos nos hiatos democráticos (1934-1937; 1946-1964), como aumento real do

37. CARDIA, Nancy. Op. cit., p. 21.

38. PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo... cit.

salário mínimo e o desenvolvimento de uma política de bem-estar a partir de mecanismos da previdência social. Já no "autoritarismo legalizado" do Estado Novo e do Regime autoritário de 64, o véu cai e se pode ver a face da repressão, derruba-se a fronteira entre a repressão política e a comum, os órgãos de repressão atuam sem qualquer limite, institucional ou não, para atender aos reclamos dos grupos dominantes, além de incorporar aos mecanismos legais de controle o viço da ilegalidade, bastante prenhe numa cultura autoritária. Assim, "o autoritarismo desvenda na prática o que nas fases democráticas fica dissimulado: o caráter da repressão autoritária e os contornos da violência física ilegal".[39]

Talvez alguém levante a mão para objetar que para a maioria da população brasileira é um falso problema perguntarmo-nos sobre transição ou permanências. O povo povo, o povo maioria, o povo massa, são e sempre foram os pobres, miseráveis e indigentes, onde as violências ilegais nunca foram exceções, senão regras, pois eles constituem a classe de torturáveis ou de invisíveis. Mas também esta é uma questão para a qualidade da democracia. Pois, se importava para a tradição da transitologia os atores políticos que poderiam influir no processo de transição, agora precisamos pôr uma lupa sobre esses invisíveis para encontramos a democracia.

As práticas repressivas, violentas e ilegais, como a tortura, não eram toleradas, mais ainda, eram combatidas e denunciadas, instigavam passeatas, animavam a oposição, armava os revolucionários, porém seus alvos diletos não era o povo, a grande massa de brasileiros, senão a classe média. Estava aí o horror e a indignação, na medida em que não eram eles a classe de torturáveis? Hoje, as mesmas práticas continuam a ser utilizadas, o que se extinguiu foram as passeatas e as armas da oposição, que parece conviver tranquilamente com as violências ilegais feitas pelos aparelhos de controle. A coexistência das práticas violentas e ilegais é possibilitada pelo fato de a maioria das pessoas dissociarem-nas da própria democracia. Uma incompreensão sobre a democracia!? Não, apenas "expressões diferenciadas de uma mesma estrutura de dominação fundada na hierarquia, discriminação, impunidade e exclusão social".[40] Tudo bem familiar.

Tudo retornou ao *status quo ante*, os torturáveis voltaram a ser torturados, oposições se alternam no poder. Mas ninguém tem a posição de combater mais essas ilegalidades. A violência ilegal que nos interessa são as remotas, as que

39. PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo... cit.

40. PINHEIRO, Paulo Sérgio. O passado não está morto... cit., p. 42.

envelheceram com o tempo e que o direito já não as alcança por obstáculos de institutos como a prescrição, afinal de contas elas arrebatavam nossa classe média, e, assim, vamos deixando de lado as ilegalidades do dia-a-dia, como o desaparecimento de Amarildo (alguém lembra dele? Onde ele está?), afinal de contas ele não é um Stuart, um Herzog, é mais um Silva. A violência que nos importa é como vinho, quanto mais curtido, melhor. Agora, as violências ilegais são enriquecidas pela experiência dos agentes, pelas novas técnicas introduzidas e por suas institucionalizações. É o barril de carvalho onde repousa as violências, a rolha de cortiça que confere nobreza e caráter ao vinho. Para democracia, o preço é caro, não é honesto.

O retorno do governo civil não-autoritário, com a transição política, "não constituiu garantia para o respeito dos direitos humanos e para a consolidação do Estado de Direito para a maioria da população". Essa pretensão, é claro, "esbarra na própria estrutura das relações de poder", pois se tratava da "transferência da defesa de direitos humanos de uma minoria" (leia-se classe média), causa que gozava amplo apoio e simpatia da sociedade, para as classes populares, de pretos e mulatos. Assim, não esvaziou a ilegalidade das violências, não afetou a autonomia dos aparelhos policiais e das instituições tão impregnadas de abusos e arbítrios que jamais poderiam ser tomadas como neutras. Embora tenha sido exatamente isto que os sucessivos governos brasileiros veem entendendo. "Os governos de transição trataram os aparelhos policiais como se fossem aparelhos neutros capazes de servir à democracia e subestimaram o legado autoritário em suas práticas".[41] Nem se destituiu, nem se depurou o pessoal desses aparelhos. Afinal de contas o comandante em chefe de todos eles, o então presidente José Sarney, era ele próprio uma criatura do regime autoritário. Falo dos aparelhos policiais, mas o mesmo se diga para todo sistema de repressão que precisava de juízes, de delegados, de médicos legistas, de médicos socorristas... Enfim, toda essa gama de profissionais demonstra como a violência ilegal foi institucionalizada. Era a estrita continuidade das práticas e dos aparelhos.

Com o fim do governo autoritário, se impôs uma questão que nunca foi considerada, nem mesmo após três décadas do seu término: qual o novo papel a ser atribuído e desempenhado pelos militares num contexto social onde "desapareceram" os inimigos internos? A resposta a essa questão passa por reformular a famigerada doutrina de segurança nacional, por exemplo. Todavia, "não há evidências de que tal reformulação esteja em andamento no Brasil", as iniciati-

41. PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo... cit.

vas foram rarefeitas e superficiais, até mesmo quando a antiga oposição política ascendeu ao poder. Esta lacuna no processo de consolidação da democracia ainda causa estranhamento!? O que foi e permanece estranho é que os partidos políticos, que tanto lutaram pela democracia no Brasil, "sequer pareçam considerar isso uma necessidade política" e a questão militar continua a ser "um obstáculo latente ao estabelecimento de um regime democrático duradouro".[42]

Não há determinismo para que a transição política do regime autoritário seja democrática. Pode ser tudo. Inclusive outra espécie de autoritarismo. Mas não podemos falar de transição democrática se ainda identificamos a permanência da ilegalidade na violência do Estado e se falta aos aparelhos repressivos o controle externo. Mas nada disto foi criado pelos regimes autoritários, senão que esses regimes recorreram sistematicamente a estes expedientes, que nos acompanha na noite dos tempos. Pior ainda, um dos termômetros da democracia é a sua carta política e, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 funda-se sobre pilares autoritários, basta olharmos o capítulo que trata sobre Segurança Pública ou sobre as Forças Armadas. Parece que a Constituição de 1967 ainda está ali. Talvez pela correlação de forças entre os constituintes opositores ao regime e os constituintes curvados a ele. Talvez pelo autoritarismo já estar impregnado, digo, "socialmente implantado". Esses capítulos não possuem relação com uma política de Estado "de segurança pública ou luta contra a criminalidade", mas velam o cuidado em que os mandatários do regime autoritário tiveram em preservar um núcleo de poder e decisão, a sua concepção longamente cozida nas décadas de autoritarismos explícitos, enfim, "o que estava em questão era a segurança do Estado e a dos dirigentes da ditadura".[43]

É preciso ter em conta a advertência de que nas transições políticas as correlações de força possam se alterar, embora seja bastante difícil de saída que isto ocorra, "as relações de poder assimétricas no interior da sociedade não são modificadas", talvez isso explique, sem justificar, o descompasso entre o regime democrático e seus agentes. Dito de outra forma, "o comportamento dos agentes não está sincronizado com o tempo da abertura política". Não dançam a mesma música. Não existe, ainda, uma coreografia democrática. É exatamente como afirmou Phillippe Schmitter, em artigo publicado no Caderno Especial do Jornal do Brasil (10.07.1988): "não existe no mundo país com instituições democráticas que viole tanto as suas próprias leis quanto o Brasil. É o descontrole do Estado".[44]

42. MARTINS, Luciano. Op. cit., p. 138.

43. PINHEIRO, Paulo Sérgio. O passado não está morto... cit., p. 57.

44. PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo... cit.

O estado da arte da violência ilegal no Brasil nos transforma num país "bipolar", onde as contradições entre as prescrições legais de respeito aos direitos e garantias de inspiração democrática convivem com as práticas autoritárias e a alta letalidade da violência policial, por exemplo. Isto sem contar as outras tantas formas esquizofrênicas de confrontar a democracia, como a falta de acesso ao judiciário para questionar essas ilegalidades, como a existência de uma cidadania de má qualidade que convive com mecanismos restritos de participação entre outros. Tudo isso nos sugere que a democracia ainda não se transformou num valor absoluto que, em si mesmo, pode convencer qualquer um de abrir mão de seus autoritarismos cotidianos, institucionalizados e normalizados.

4. Conclusão

Uma efetiva transição política para a democracia passa pelo desmonte do padrão autoritário, que podemos identificar até mesmo nas pequenas autoridades, como o sistema do "você sabe com quem está falando?", que historicamente submete a maior parte da população brasileira.

No Brasil, ninguém foi capaz de inibir as violências ilegais, tampouco deixamos de ter essa violência em momentos políticos pretensamente tão díspares, como regimes autoritários ou democráticos. Falo de prisões arbitrárias, de uso da polícia contra movimentos sociais ou simplesmente contra multidões, da utilização da tortura, de desparecimentos forçados e de execuções sumárias. Repito, nem as transições políticas nem a democracia inibiu essas práticas, mas são essas práticas que constrangem a democracia, que faz com que se questione sua qualidade.

Será que podemos afirmar, como fez Schwartzman,[45] que ante as contradições, marchas e contramarchas na nossa história, o autoritarismo "é pouco mais que uma expressão de conveniência"? Partindo do seu próprio suposto, de que existe no Brasil o predomínio do um padrão "de um Estado hipertrofiado, burocratizado e ineficiente, ligado simbioticamente a uma sociedade debilitada, dependente e alienada", me parece que o autoritarismo está longe de ser uma "expressão de conveniência" e se define como uma instituição transversal a todas as outras. Ainda ouso ter outra discordância, a de que não temos um Estado hipertrofiado, talvez se tal afirmação voltar-se para as formas de controle e repressão isto seja uma verdade, vide ser o autoritarismo o fundamento para o encarceramento em massa. Porém, por onde se anda, nas periferias das

45. SCHWARTZMAN, Simon. Op. cit., p. 37.

cidades metropolitanas ou de qualquer cidade do interior, falta Estado. Ausenta-se, não por escolhas econômicas liberais, mas por negligência, por ineficiência, por corrupção. De toda forma, péssimas ausências. É preciso superar esse padrão histórico para que não apenas o futuro seja uma promessa democrática. Para que possamos viver hoje, mais do que a democracia pactuada no passado, uma democracia sem autoritarismos.

5. Referências

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Dados. *Revistas de Ciências Sociais*, vol. 31, n. 1, 1988.

ALISTON, Philip. *Relatório do Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias*. 20.ª 08. p. 6. Disponível em: [http://www.nevusp.org/downloads/relatoriophilip.doc]. Acesso em 15 fev. 2016.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

AVRITZER, Leonardo. *Cultura política, atores sociais e democratização: Uma crítica às teorias da transição para democracia*. A moralidade da democracia. São Paulo/Belo Horizonte: Perspectiva, 1996.

CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei: 1889-1930*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CARDIA, Nancy. *Transições políticas: continuidades e rupturas, autoritarismo e democracias – os desafios para a consolidação democrática*. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio. Projeto integrado de pesquisa: Continuidade autoritária e construção da democracia. Relatório final. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados: escritos de história e política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

HUNDINGTON, Samuel. *A terceira onda: a democratização no final do século XX*. São Paulo: Ática, 1994.

MARTINS, Luciano. *A "liberalização" do regime autoritário no Brasil*. In: O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe; WHITEHEAD, Laurence (org.). Transições do regime autoritário: América Latina. São Paulo: Vértice; Ed. RT, 1988.

MARTINS, Rui da Cunha. *O ponto cego do direito*: The brasilian lessons. São Paulo: Atlas, 2013.

O'DONNELL, Guillermo. *Transições, continuidades e alguns paradoxos*. In: REIS, Fábio Wanderley e O'DONNELL, Guillermo (org.). A democracia no Brasil. São Paulo: Vértice, 1988.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. *Revista USP*, n. 9. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1991.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O passado não está morto: Nem passado é ainda.* In: PINHEIRO, Paulo Sérgio. Projeto integrado de pesquisa: Continuidade autoritária e construção da democracia. Relatório final. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição*: contornos do conceito. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do autoritarismo brasileiro*. Campinas: Editora Unicamp, 2015.

SOUZA, Ricardo Luiz de. *Identidade nacional, raça e autoritarismo*: A revolução de 30 e a interpretação do Brasil. São Paulo: LCTE Editora, 2008.

WEFFORT, Francisco. *Por que democracia?* In: STEPAN, Alfred (org.). Democratizando o Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A verdade real não pode ser buscada a qualquer preço – Análise de um dos maiores erros judiciários do país: o célebre caso dos irmãos Naves, de José Carlos Macedo de Pinto Ferreira Júnior – *RT* 951/287-305 (DTR\2014\20991);
- Democracia e minorias: uma leitura crítica sobre a forma de governo no Brasil, de Tatiana Moretz-Sohn Fernandes – *RDCI* 96/15-37 (DTR\2016\22130);
- Máscaras amordaçadas? a liberdade fundamental de reunião e os limites constitucionais à restrição legislativa dos direitos fundamentais, de Alceu Mauricio Junior – *RT* 956/193-215 (DTR\2015\7807); e
- O direito de resistência e as manifestações populares no Brasil, de Marcelo Buczek Bittar – *RDCI* 96/153-168 (DTR\2016\22135).

Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana

Privatization of prisons in Brazil: analysis in the light of a potential retreat of the American experience

Ronny Peterson Nunes dos Santos

Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2015). Advogado.
ronnynunes@linsesilva.adv.br

Recebido em: 06.10.2016.
Aprovado em: 26.11.2016.
Última versão do autor: 01.12.2016.

Área do Direito: Penal; Internacional

Resumo: Analisa-se a conveniência do avanço do projeto de privatização das prisões no Brasil diante da recente decisão do Departamento de Justiça dos EUA de fechar gradualmente as unidades privatizadas sob administração federal; avaliam-se as principais razões que conduziram à notória mudança de paradigma no tratamento do tema nos EUA e os impactos esperados sobre a experiência brasileira, concluindo acerca da viabilidade desta alternativa como solução para a crise do sistema penitenciário nacional.

Palavras-chave: Direito Penal – Execução penal – Prisões – Privatização – Presídios privados.

Abstract: The paper studies the convenience of privatizing prisons in Brazil, taking into consideration the recent decision of the U.S. Department of Justice concerning the shutdown of federal private facilities; it analyzes the main reasons to such a great paradigm shift and the expected impacts over the Brazilian experience, concluding on the feasibility of this alternative as a solution for the national prison system crisis.

Keywords: Penal law – Corrections – Prisons – Privatization – Private prisons.

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico da privatização dos presídios nos EUA. 3. A notória mudança de paradigma. 3.1 O memorando Yates. 3.2 O relatório do Office of Inspector General. 3.2.1 Panorama geral. 3.2.2 A fiscalização deficiente do poder público e a antiga questão dos vazios regulatórios. 3.2.3 O alojamento impróprio de novos presos no SHU. 3.2.4 As falhas de segurança. 3.2.5 As conclusões gerais do relatório. 4. Os impactos sobre a realidade bra-

sileira. 4.1 A imatura experiência brasileira e o projeto de expansão. 4.2 As inconsistências comuns entre as duas experiências. 4.2.1 A regulação deficiente e a falta de diretrizes para fiscalização. 4.2.2 O mito da redução de custos. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No dia 18 de agosto de 2016, o Departamento de Justiça norte-americano, por meio da Deputy Attorney General Sally Yates, divulgou um memorando endereçado ao Federal Bureau of Prisons anunciando a redução gradual da contratação com particulares para gerir presídios federais, até o completo fechamento de todas as unidades privatizadas.

Este documento representa, sem dúvida, uma virada histórica. Um poderoso indicativo de mudança de paradigma dentro de um país que foi – e continua sendo – um importante exportador desta ideia para o mundo, inclusive para o Brasil.

Nessa linha, este trabalho pretende examinar os possíveis impactos desta decisão sobre o projeto de privatização dos presídios nacionais. Se, por um lado, não se pode negar o colapso do sistema penitenciário brasileiro, nem a decorrente necessidade de buscar alternativas, de outro, a nova postura verificada nos EUA recomenda cautela ao se apontar a privatização de presídios como solução – o que, como se verá, parece ser a intenção de muitos estados, bem como da Presidência da República.

Para tanto, parte-se de um breve retrospecto histórico, indispensável para compreender de que forma os EUA construíram uma experiência secular e se tornaram referência mundial no que diz respeito a este tema; a partir desta retrospectiva, será possível dimensionar, em um segundo momento, a proposta de ruptura contida no memorando de Sally Yates, bem como no *Review of the Federal Bureau of Prisons' Monitoring of Contract Prisons*, que embasou o primeiro, fazendo-se uma análise descritiva destes documentos – bem como de sua minuciosa metodologia –, escancarando de que maneira as razões ali expostas apontam para um possível recuo da experiência privatizante naquele país; por fim, trasladar-se-á tais razões para a realidade brasileira, buscando, através de uma análise comparativa, entender se e como elas ecoam na experiência nacional, a fim de concluir pela conveniência ou não do avanço da ideia no Brasil.

2. Histórico da privatização dos presídios nos EUA

Dentro da limitada bibliografia sobre o tema, é recorrente afirmar que a realidade experimentada nos EUA na década de 1980 constituiu um marco fundamental na privatização dos presídios, a partir do qual outros países foram inspirados a adotar esta alternativa como política penitenciária.

Com efeito, o governo republicano de Ronald Reagan, eleito em 1981, deparou com um terreno fértil para o desenvolvimento da ideia privatizante: em primeiro lugar, a grave crise econômica da década de 1970 recomendava o enxugamento da máquina estatal;[1] em segundo lugar, o crescimento abrupto da população carcerária norte-americana, que aumentou em quase 300 mil presos entre os anos de 1970 e 1985, exigia uma solução.[2-3]

Foi diante deste mesmo cenário característico – necessidade de contenção de gastos públicos concomitante à necessidade de criar mais vagas no sistema carcerário – que outros países foram impulsionados a avaliar a possibilidade de privatizar suas prisões, a exemplo do que aconteceu no Reino Unido, na França, no Canadá, na Austrália e, também, no Brasil, onde as primeiras discussões sobre o tema datam do ano de 1992.[4]

No entanto, esse movimento globalizado voltado à privatização do cárcere não representou, senão, a retomada de uma ideia que já existia séculos antes nos EUA: a delegação das formas mais primárias de execução penal a um ente não estatal já era uma realidade à época da colonização norte-americana e, portanto, anterior ao próprio surgimento da prisão moderna.

Um antecedente importante foi a instituição, pela Coroa inglesa, das chamadas *workhouses*, ainda no século XVI.[5] Estas eram locais de trabalhos forçados destinados a abrigar aqueles que não tivessem uma ocupação laborativa,[6] o que garantia, a um só tempo, mão de obra para os proprietários de manufaturas e celeridade ao processo de industrialização que se iniciava no país.

A toda evidência, por detrás do propósito aparentemente nobre de tirar os mais pobres das ruas, oferecendo trabalho remunerado e moradia[7], as *workhou-*

1. PRICE, Byron Eugene e MORRIS, John Charles. *Prison privatization*: the many facets of a controversial industry. Greenwood Publishing Group, 2012. v. 1. p. 15-16.
2. Estados Unidos da América. US Department of Justice. Bureau of Justice Statistics. *State and Federal Prisoners, 1925-85*. Disponível em: [www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=3581]. Acesso em: 07. set. 2016. Os dados consideram, apenas, os presos sob custódia da União e dos estados.
3. A considerar os presos provisórios detidos em cadeias locais, a população carcerária norte-americana cresceu 250% entre 1950 e 1985, cf. MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 48.
4. MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 25.
5. SELLERS, Martin P. *The history and politics of private prisons:* a comparative analysis. Fairleigh Dickinson Univ Pr, 1993. p. 48. Segundo o autor, precisamente no ano de 1555.
6. JOANILHO, André Luiz. *História, política e sociedade*. Curitiba: IESDE, 2008. p. 110.
7. PRICE, Byron Eugene Price e MORRIS, John Charles. Op. cit., p. 12.

ses representaram um escancarado instrumento de criminalização direcionado aos menos favorecidos, rotulados como "vagabundos".[8]

Eis que, no ano de 1723, o rei Jorge I autorizou, por meio do *Workhouse Test Act*, que as unidades administrativas inglesas entregassem a administração das *workhouses* a particulares,[9] que passavam a ser responsáveis pela custódia dos trabalhadores apenados.

A lógica das *workhouses* atravessou o Atlântico e esteve presente em outro instrumento de idêntico propósito: o *penal transportation*.

Além daqueles que vinham tentar melhor sorte na América por livre e espontânea vontade, havia a possibilidade de uma pessoa condenada criminalmente peticionar à Coroa inglesa pedindo perdão pelas infrações praticadas, sob a condição de que aceitasse ser transportada para uma das colônias norte-americanas, com o objetivo de trabalhar, em regime de servidão, para um colono que estivesse precisando de mão de obra.[10]

Aceito o pedido, o requerente deveria pagar a um transportador – um agente privado eventualmente ligado à marinha mercante – que ganhava o direito de vender aquela mão de obra na América do Norte.[11]

Assim, o *penal transportation* garantia à Coroa o exercício do direito de punir sem qualquer custo para os cofres públicos e, ao mesmo tempo, contribuía para o povoamento das colônias norte-americanas em desenvolvimento. Isso fez deste instrumento a forma de punição mais significativa da época, sendo reiteradamente utilizada até a Revolução Americana.[12-13]

---

8. SANDERS, Mike. *The poetry of chartism*: aesthetics, politics, history. Cambridge, 2009. p. 162.
9. Reino Unido. *Workhouse test act*. Item IV. Disponível em: [www.workhouses.org.uk/poorlaws/1722act.shtml]. Acesso em: 07. set. 2016. Tradução aproximada do texto legal: é permitido àqueles responsáveis pelas políticas dirigidas aos mais pobres em qualquer paróquia civil ou outra unidade administrativa competente, com o consentimento da maioria dos seus habitantes, comprar imóveis, contratar com qualquer pessoa que se disponha a acomodar, manter e empregar todos esses pobres dentro das próprias paróquias civis ou da respectiva unidade administrativa.
10. FEELEY, Malcolm M. (1991). The privatization of prisons in historical perspective. *Privatization and its ALternatives*. Cap. 10. Editado por William T. Gormley Jr. p. 204-205.
11. Idem, ibidem.
12. PRICE, Byron Eugene Price e MORRIS, John Charles. Op. cit., p. 13.
13. Ainda segundo FEELEY, Malcolm M. (1991). Op. cit., p. 207, a Coroa inglesa aplicou a mesma fórmula na recém-descoberta Austrália, que se tornou oficialmente uma colônia penal em 1788.

Inquestionavelmente, a semente da ideia privatizante fora plantada de forma definitiva em solo americano: no século XIX, com o aparecimento da prisão-pena, a participação de entes privados ficou sublinhada no *modelo penitenciário auburniano*, caracterizado pelo trabalho coletivo durante o dia e no isolamento celular durante a noite, quando os presos permaneciam incomunicáveis (*silent system*).[14]

O *modelo auburniano* diferenciou-se do seu antecessor, o *modelo pensilvânico*, no qual predominava o trabalho isolado em celas individuais, o que inviabilizava a industrialização da prisão.[15] A coletivização do trabalho dos presos deu ensejo à imersão do particular na organização e exploração da produção presidiária:

> Os principais sistemas de exploração do trabalho carcerário inventados pelo conluio entre capital privado e repressão pública, próprios do modelo de Auburn, são os seguintes: a) o *contract* – considerado o sistema mais adequado –, submete a força de trabalho carcerária a duas autoridades: o capitalista organiza a produção, disciplina os processos de trabalho e vende a mercadoria no mercado livre a preços altamente competitivos, pela desenfreada e destruidora exploração da força de trabalho carcerária, remunerada em níveis inferiores aos do mercado; o Estado concede a exploração da força de trabalho carcerário e administra a instituição penitenciária em troca de lucro sem risco econômico, mas com idênticos problemas de oposição dos sindicatos e de subordinação da reeducação do encarcerado ao trabalho produtivo para o capitalista; b) o *leasing,*[16] talvez o sistema mais difundido,

14. Segundo Manoel Pedro Pimentel, "o ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d'água ou, ainda, modernamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de boca de boi. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos" (PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. p. 137).

15. PAVARINI. *La invención penitenciária: la experiencia de los EUA en la primera mitad del siglo XIX*. In: Dario Melossi e Massimo Pavarini. *Carcel y Fabrica (los origenes del sistema penitenciário)*. Siglo XXI, 1980. p. 170-172.

16. No *leasing*, o preso era, portanto, "alugado" para trabalhar para o particular. A grande diferença, segundo, Mitchel P. Roth (*Prisons and prison systems*: a global encyclopedia. p. 69), era que isso poderia se dar intra ou extramuros; neste último caso, por

> submete a instituição penitenciária à autoridade exclusiva do capitalista, que organiza a produção e responde pela disciplina da força de trabalho durante tempo determinado, mediante pagamento de um preço ao Estado, livre de quaisquer custos: os problemas são a redução do preso à condição de escravo, os brutais castigos corporais por questões de disciplina ou de ritmo de trabalho e – *last but not least* – os acordos entre empresários e judiciário para transformar penas curtas em penas longas de prisão, com mais lucrativa exploração da força de trabalho encarcerada.[17]

Sublinhe-se que a desumanidade destes presídios era gritante: mulheres e crianças ficavam confinadas em celas superlotadas com presos de alta periculosidade, em condições sanitárias precárias. Aqueles que, eventualmente, podiam pagar algum valor às autoridades, barganhavam refeições melhores e outros privilégios diferenciados.[18]

Aliás, a inércia do poder público norte-americano diante desta situação calamitosa é representativa da então vigente doutrina do *hands-off*, segundo a qual, uma vez condenados, a prestação jurisdicional estava encerrada.[19]

Este cenário perdurou até o início da Guerra Civil Americana (1861-1865), que impactou fortemente esta prática: (i) em primeiro lugar, a produção das penitenciárias encontrava cada vez menos mercado, em virtude do estado de guerra; (ii) em segundo lugar, as condições as quais os presos eram submetidos em muito se assemelhavam ao trabalho escravo,[20] grande divergência entre nortistas e sulistas; (iii) por fim, o trabalho presidiário – livre de impostos e de caráter semiescravo – gerava produtos mais competitivos e incomodava os sindicatos.[21]

---

exemplo, em uma fazenda, o que era uma realidade triste nos estados sulistas, mais dependentes da escravidão.

17. PAVARINI. Op. cit., p. 177-179.
18. CRIPE, C. A., & PEARLMAN, M. G. *Legal aspects of corrections management*. Gaithersburg, Md: Aspen Publishers, 1997. p. 378.
19. TANGERINO, Davi de Paiva Costa e NOLASCO, Thiago Guilherme. *Sobre o cárcere e o lucro:* considerações acerca da questão da intervenção da iniciativa privada na execução penal. Parecer elaborado no âmbito do Projeto Justiça Criminal do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, financiado pelo Instituto Lafer. p. 8.
20. Segundo SELLERS (Op. cit.), em 1871, a Suprema Corte da Virgínia declarou que o trabalho nas prisões era ilegal, porque nada mais era do que uma forma de trabalho escravo. Movimento semelhante se verificou em Nova Jérsei até a completa abolição do trabalho presidiário neste estado, em 1891.
21. SELLERS, Martin P. Op. cit., p. 50.

A participação da iniciativa privada na administração das prisões manteve força por mais algum tempo nos estados sulistas, sobretudo na modalidade *leasing*, que permitia aos grandes latifundiários compensar a perda da mão de obra decorrente da abolição da escravatura com os trabalhos forçados dos presos.[22] Também foi um expediente interessante para estados do oeste recém-admitidos na União, diante de uma capacidade de estruturação administrativa ainda muito incipiente, a exemplo do que se verificou em Nebraska, Kansas, Oklahoma e Oregon.[23]

No entanto, de forma mais ampla, o que se viu nos anos subsequentes foi o progressivo recuo da experiência: em 1887, o Congresso aprovou lei que restringia o transporte interestadual de bens produzidos a partir de trabalhos forçados nas prisões;[24] em 1905, o então presidente Theodore Roosevelt proibiu o trabalho forçado nas penitenciárias federais.[25]

Esta tendência seguiu durante a década de 1920, quando os governos estaduais e federal tomaram as rédeas da administração penitenciária. Eventualmente, programas de reabilitação eram oferecidos por entidades de cunho religioso e educacional.[26]

É, portanto, diante deste extenso histórico, que não se pode dizer que a privatização das prisões americanas começou na década de 1980, pois, quando o governo Reagan decidiu recorrer a esta alternativa, os EUA já tinham uma enorme bagagem de incursões da iniciativa privada na administração prisional.

Contudo, não se pode deixar de observar que, neste segundo momento, isso se deu dentro de uma lógica muito mais complexa, com o surgimento das primeiras grandes corporações destinadas a atuar neste setor de forma específica, a exemplo da Corrections Corporation of America (CCA), fundada em 1983, e da Wackenhut Corrections Corporation (hoje GEO Group), criada no ano seguinte.[27-28]

---

22. ROTH, Mitchel P. Op. cit., p. 69.
23. FEELEY, Malcolm M. (1991. Op. cit., p. 214.
24. SELLERS, Martin P. Op. cit., p. 50.
25. Estados Unidos da América. *Emerging issues on privatized prisons... cit.*, p. 11. Acesso em: 22 set. 2016.
26. Idem, ibidem.
27. MINHOTO. Op. cit., p. 64.
28. A CCA e o GEO Group controlam mais da metade dos presídios privados nos EUA cf. MASON. Cody program associate at The Sentencing Project. *Too good to be true*: private prisons in America, 2012. Disponível em: [http://sentencingproject.org/doc/publications/inc_Too_Good_to_be_True.pdf]. Acesso em: 08 set. 2016.

Compreender esta retrospectiva é indispensável para conferir o devido peso à experiência norte-americana e para dimensionar a promessa de ruptura que se vislumbra com a decisão do Departamento de Justiça dos EUA de fechar unidades privatizadas federais, sobre o que o capítulo seguinte disporá mais especificamente.

3. A notória mudança de paradigma

3.1 O memorando Yates

Em 18 de agosto de 2016, o Departamento de Justiça dos EUA, representado pela Deputy Attorney General Sally Yates, editou um memorando, direcionado ao Federal Bureau of Prisons, anunciando a redução gradual da contratação com entes privados para a gestão de presídios federais, tendo como horizonte o fechamento de todas as unidades.[29]

De forma contundente, Sally Yates afirma que as prisões privadas:

> (...) tiveram um papel importante durante um período difícil, mas o tempo mostrou que elas são piores do que as nossas unidades administradas pelo *Bureau* [*of Prisons*]. Elas simplesmente não oferecem o mesmo nível de serviços prisionais, programas e recursos; elas não representam economia substancial para os cofres públicos; e como se percebe em um relatório recente do *Department's Office of Inspector General*, elas são menos seguras, tanto do ponto de vista do estabelecimento em si como da integridade física dos presos. Os serviços destinados à reabilitação oferecidos pelo *Bureau* se mostraram de difícil replicação e delegação – e esses serviços são essenciais para reduzir a reincidência e fortalecer a segurança pública.[30]

Veja-se que o documento põe em xeque o principal argumento a favor da privatização das prisões: a crença de que a iniciativa privada pode gerir os estabelecimentos penais com mais efetividade, fugindo da burocracia estatal e

29. O Memorando do Departamento de Justiça norte-americano está disponível em: [www.justice.gov/opa/file/886311/download]. Acesso em: 08 set. 2016.

30. Tradução livre do texto original: "*Private prisons served an important role during a difficult period, but time has shown that they compare poorly to our own Bureau facilities. They simply do not provide the same level of correctional services, programs, and resources; they do not save substantially on costs; and as noted in a recent report by the Department's Office of Inspector General, they do not maintain the same level of safety and security. The rehabilitative services that the Bureau provides, such as educational programs and job training, have proved difficult to replicate and outsource – and these services are essential to reducing recidivism and improving public safety*".

comprando insumos em larga escala, a preços unitários menores.[31] Em outras palavras, a capacidade de oferecer serviços melhores a um custo menor.

E vai mais além: afirma que os presídios privatizados falharam no cumprimento da sua missão ressocializadora e que os presos estão mais vulneráveis no que diz respeito à segurança como um todo.[32]

Uma vez publicado, o memorando provocou reações variadas: para Jonathan Burns, representante da Corrections Corporation of America (CCA), o documento apresenta falhas significativas, posto que as conclusões não são compatíveis com os numerosos estudos independentes que mostram que as unidades privatizadas têm desempenho igual ou melhor em termos de segurança e eficiência, sem falar no retorno positivo dos entes públicos parceiros.[33]

O outro gigante do mercado de privatizações, o GEO Group, também expressou o seu desapontamento com a decisão do Departamento de Justiça, sublinhando que o seu impacto não é iminente, já que o Bureau of Prisons ainda vai avaliar, caso a caso, a conveniência de prorrogar os contratos atualmente em vigor.[34]

De outro lado, a decisão foi comemorada por alguns congressistas norte-americanos. Elijah Cummings, representante de Maryland, afirmou que o Departamento de Justiça deu um exemplo positivo para os estados; o Senador do Vermont e candidato nas eleições primárias dos Democratas em 2016, Bernie Sanders, afirmou que esse era um dos objetivos da sua candidatura.

O memorando impulsionou Sanders e Raúl Grijalva, representante do Arizona, a elaborar uma carta ao Department of Homeland Security pedindo o fim da contratação com particulares para gerir centros de detenção de imigrantes.[35-36]

---

31. DONAHUE, John D. *Prisons for profit:* public justice, private interests. Economic Policy Institute, 1988. p. 8.
32. No tocante à segurança dos estabelecimentos e à integridade dos presos, o trecho transcrito refere-se às conclusões do relatório recente do Department's Office of Inspector General, que será abordado mais adiante.
33. Matéria do *Washington Post*, publicada em 18.08.2016. Disponível em: [www.washingtonpost.com/news/post-nation/wp/2016/08/18/justice-department-says-it-will--end-use-of-private-prisons/]. Acesso em: 08 set. 2016.
34. Idem, ibidem.
35. Matéria do *Washington Post* publicada em 22.08.2016. Disponível em: [www.washingtonpost.com/business/economy/sanders-arizonas-grijalva-call-for-ending-use-of-privately-run-detention-centers/2016/08/22/f692f04a-6890-11e6-99bf-f0cf3a6449a6_story.html]. Acesso em: 09 set. 2016.
36. De acordo com o relatório da American Civil Liberties Union, *Warehoused And Forgotten: Immigrants Trapped in Our Shadow Private Prison System*, publicado em junho

Para sustentar a intenção de reduzir até acabar com as unidades sob gestão privada, o *Yates memorandum* confia na manutenção da tendência de decréscimo da população carcerária federal, que caiu de 220 mil presos em 2013 para 192 mil atualmente.[37] Dentro deste quadro, a expectativa é de que os 30 mil presos federais que, no ano de 2013, estavam sob a custódia de entes privados sejam reduzidos a apenas 14 mil até maio de 2017 – uma queda superior a 50%, portanto.[38]

Assim, com a desocupação de vagas no sistema carcerário, o governo americano poderá, de forma gradual, deixar de renovar ou fazer contratos menores com a iniciativa privada.

É verdade que, em números absolutos, a decisão afeta uma parcela pequena da população carcerária norte-americana, que hoje conta com mais de 2,3 milhões de presos.[39] No entanto, para David Fathi, diretor da American Civil Liberties Union (ACLU) National Prison Project, é possível que os estados venham a seguir o exemplo federal: segundo ele, no que diz respeito à gestão das prisões, Washington exerce um forte papel de liderança, o que pode gerar um efeito cascata.[40]

Com efeito, em 15 de setembro de 2016, menos de um mês após a decisão na esfera federal, uma prisão privada do Mississippi foi fechada devido a um longo histórico de corrupção de funcionários e violência generalizada.[41]

---

de 2014, nove entre os dez maiores centros de detenção de imigrantes são privatizados. A preocupação específica com estes estabelecimentos reside no fato de que, uma vez que os imigrantes presos provavelmente serão deportados, a eles não são assegurados os mesmos direitos de um preso nativo. Segundo Sanders e Grijalva, estas unidades ignoram a proteção do devido processo legal e cuidados médicos básicos. O relatório da ACLU está disponível em: [www.aclu.org/sites/default/files/field_document/060614-aclu-car-reportonline.pdf]. Acesso em: 09 set. 2016.

37. O quantitativo atualizado pode ser verificado no link: [www.bop.gov/about/statistics/population_statistics.jsp]. No dia 22.09.2016, estimavam-se, exatamente, 192.241 presos.

38. Na data de 08.09.2016, esta população era de 21.807 presos, conforme também indica o link: [www.bop.gov/about/statistics/population_statistics.jsp]. A exemplo da nota anterior, este número também pode variar conforme a atualização periódica do *Bureau of Prisons*.

39. Dados extraídos do gráfico disponível em: [www.prisonpolicy.org/reports/pie2016.html]. Acesso em: 09 set. 2016.

40. Matéria da BBC publicada em 20.08.2016. Disponível em: [www.bbc.com/news/world-us-canada-37133879]. Acesso em: 09 set. 2016.

41. Matéria do *New York Times*, publicada em 15.09.2016. Disponível em: [www.nytimes.com/2016/09/16/us/mississippi-closes-private-prison-walnut grove.html?smprod=nytcore-ipad&smid=nytcore-ipad-share&_r=2]. Acesso em: 21 set. 2016.

Este cenário de incerteza futura refletiu de forma imediata no mercado de ações: apenas uma hora após a publicação do memorando, o valor dos papéis da CCA já havia despencado 52%, enquanto que o do GEO Group caiu 45%.

3.2 O relatório do Office of Inspector General

3.2.1 Panorama geral

O memorando de Sally Yates fez menção a um estudo recente do Department's Office of Inspector General,[42] notadamente, o *Review of the Federal Bureau of Prisons' Monitoring of Contract Prisons,*[43] que traz dados alarmantes acerca das condições dos presídios privatizados federais americanos.

O foco do *Review* é, como o próprio título indica, o exame do monitoramento das unidades privatizadas pela administração federal, por meio do Bureau of Prisons. Tendo como base o período 2011-2014, o objetivo principal foi avaliar se o particular era capaz de cumprir os *standarts* de segurança – tanto do estabelecimento em si como no tocante à integridade física dos presos – além de confrontar o desempenho das unidades públicas e privadas.[44]

Após analisar dados de todos os catorze presídios federais privatizados em atividade, o relatório concluiu que estas unidades: (i) eram fiscalizadas de forma ineficiente pelo poder público, (ii) sistematicamente alojavam os presos recém-ingressos em instalações impróprias, voltadas para presos de alta periculosidade, sem nenhuma justificativa e (iii) apresentavam um número de incidentes de segurança *per capita* maior em comparação às unidades públicas.[45]

3.2.2 A fiscalização deficiente do poder público e a antiga questão dos vazios regulatórios

No que diz respeito à fiscalização dos presídios privados, o relatório referiu que o Bureau of Prisons precisa melhorar a supervisão sobre os presídios, de modo a não pôr em risco as necessidades e os direitos dos presos federais.[46]

42. Órgão que também integra o Departamento de Justiça dos EUA.
43. Estados Unidos. US Department of Justice. Office of the Inspector General. *Review of the Federal Bureau of Prisons Monitoring of Contract Prisons*. Agosto de 2016. Disponível em: [https://oig.justice.gov/reports/2016/e1606.pdf]. Acesso em: 08 set. 2016.
44. Idem. *Executive Summary.* p. I.
45. Idem, p. II.
46. Idem, ibidem.

Para além de alguns requisitos mais formais, o *Bureau* destacou a necessidade de as unidades privatizadas observarem o cumprimento de 29 funções vitais, distribuídas em oito áreas operacionais: (i) administração, (ii) programas correcionais (classificação do preso, compreensão das suas necessidades e existência de um mecanismo de registro de reclamações – *grievances*), (iii) serviços correcionais (segurança de presos e do *staff*, treinamento do *staff*, vigilância e informatização do sistema), (iv) alimentação, (v) saúde, (vi) recursos humanos, (vii) serviços pessoais (fornecimento de roupas, itens de higiene pessoal, lavanderia, telefone, correio, atendimento religioso, educação e recreação) e (viii) segurança operacional da unidade.[47]

Segundo o documento, essa fiscalização se dá por meio de um *checklist*, que é preenchido por monitores que comparecem à unidade prisional e avaliam o cumprimento das diretrizes exigidas pelo poder público para o seu bom funcionamento.

Eis que, segundo constatou o Office of Inspector General, esse *checklist* se mostrou deficiente, à medida que não trazia, no seu rol, determinadas exigências que são de cumprimento obrigatório.[48]

Como exemplo, o *Review* menciona o caso alarmante dos serviços médicos: no rol de exigências do *checklist*, predominam aspectos técnico-formais, como o controle sobre procedimentos que acarretam risco biológico e a colheita das digitais de presos falecidos; de outro lado, não está prevista de forma específica a realização de exames iniciais, imunizações (vacinas etc.), testes para identificar tuberculose, enfim, medidas extremamente básicas que, uma vez inobservadas, vulnerabilizam a saúde dos presos, colocando-os sob risco de contrair e propagar variadas doenças.[49]

Relativamente à segurança, o *checklist* traz, como requisito, a existência de um procedimento constante de inspeção e revista nas entradas e saídas da unidade, mas nada fala sobre inspeções dentro de celas ou áreas comuns.[50] Isso se reflete diretamente no número de incidentes de segurança, o que será objeto de análise mais adiante.

Portanto, diante desta incapacidade de o *checklist* refletir as exigências do poder público, é possível que uma unidade gerida pela iniciativa privada passe

47. Idem, p. 51-52
48. Idem, p. III.
49. Idem, p. III e 32.
50. Idem, p. 35.

"ilesa" pela fiscalização estatal sem que ofereça segurança e saúde dentro de um padrão mínimo aceitável.

Sem prejuízo, ficou constatado, ainda, que outros itens do *checklist* se mostraram excessivamente vagos – "observar a movimentação dos presos" – ou mesmo repetitivos.[51]

Este quadro de displicência do poder público americano no que toca à fiscalização dos presídios privados não é uma novidade. O quadro mostrado pelo *Review* é, tão somente, o desdobramento de um problema bastante antigo.

Segundo Richard Culp, houve situações, como a que se verificou em Ohio, em que não havia fundamento legal para a fiscalização, de modo que o poder público saiu da inércia apenas quando da ocorrência de rebeliões. Isso não representou um fato isolado, mas a própria regra na experiência norte-americana: a edição de marcos regulatórios nem sempre se antecipa a crises penitenciárias.[52]

No Novo México, um estudo atestou que presos em penitenciárias privadas tinham o seu comportamento considerado como mau oito vezes mais do que nas prisões geridas pelo poder público.[53] Isso está atrelado à robusta questão ética que permeia a privatização dos presídios, já que a permanência do preso em um estabelecimento privado corresponde, invariavelmente, ao recebimento de uma verba pública.

Houve, até mesmo, casos em que a desregulação se voltou diretamente contra o próprio poder público. No Texas, por falta de previsão legal, uma fuga de presos alocados em prisões privadas restou impune, posto que tal conduta não era criminalizada pela lei local, embora tipificada em relação aos estabelecimentos públicos.[54]

O risco que daí decorre é evidente: a inexistência ou a vagueza de diretrizes públicas podem, eventualmente, dar lugar à discricionariedade do particular.[55] Portanto, a ausência de regulação e monitoramento capazes de assegurar o

51. Idem, p. 37-39.
52. CULP, Richard F. The rise and stall of prison privatization: an integration of policy analysis perspectives. *Criminal Justice Policy Review*. v. 16. n. 4, 2005. p. 428.
53. JR, Alfred C. Aman. Private prisons and the democratic deficit. In: CHESTERMAN, Simon e FISCHER, Angelina (coords.). *Private security, public order*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 114.
54. SHICHOR, David e SECHRES, Dale K. Privatization and flexibility: legal and practical aspects of interjurisdictional transfer of prisoners. *The Prison Journal*. v. 82, 2002. p. 396.
55. HARDING, Richard. Private prisons. *Crime and Justice*. v. 28, 2002. p. 276.

cumprimento das diretrizes estatais é inimiga mortal de um projeto de privatização minimamente digno, pois abre espaço para abusos praticados em detrimento dos presos.

3.2.3 O alojamento impróprio de novos presos no SHU

Outro problema exposto no *Review* diz respeito à colocação de presos recém-ingressos no sistema penitenciário privado no chamado SHU – Special Housing Unit, que, segundo a regulamentação da American Correctional Association (ACA), constitui uma segregação disciplinar aplicável apenas quando um interno representa um risco para os demais, para os funcionários ou para o funcionamento da unidade como um todo.[56]

Além disso, a alocação de um preso no SHU – que pode facilmente ser comparada ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), previsto no art. 52 da Lei de Execução Penal[57] – só pode ser determinada por um oficial ou um comitê disciplinar, após uma oitiva imparcial que verifique que o interno cometeu uma falta extremamente grave.[58]

No entanto, o documento aponta que, em duas unidades visitadas – Dalby e Eden, ambas no Texas – os presos que ali chegavam vinham sendo colocados no SHU devido à falta de vagas nas alas comuns. Em Dalby, esses internos permaneciam em média 20 dias até ser transferidos; já em Eden, essa média

56. Estados Unidos. Office of the Inspector General. *Review*... cit., p. 29.

57. Destaque-se a redação do § 1.º:
Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)
I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei n. 10.792, de 2003)
II – recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei n. 10.792, de 2003)
III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei n. 10.792, de 2003)
IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei n. 10.792, de 2003)
§ 1.º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar *presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.* (Incluído pela Lei n. 10.792, de 2003) (grifo nosso)

58. Estados Unidos. Office of the Inspector General. *Review*... cit., p. 29.

era de 21 dias, sendo certo que 71 dos 100 confinados no SHU estavam aguardando vagas.[59]

Além disso, embora não houvesse qualquer razão para que estes presos estivessem em um regime mais gravoso – o que, por si só, já configura uma flagrante ilegalidade – a eles se aplicava toda a rotina diferenciada: movimentação e comunicação por telefone restringidas e acesso limitado a programas educacionais ou vocacionais, bem como a atividades laborativas.

Apesar desta flagrante violação de direitos humanos, isso não foi reportado como uma deficiência em nenhum dos dois estabelecimentos. Mais do que isso, o Bureau of Prisons consentiu com esta prática, sob o argumento de que o teor do contrato admite a interpretação de que as vagas do SHU não são contadas à parte. Ou seja, o *Bureau* enviava novos presos conforme disponibilidade de vagas no sistema, sendo elas do SHU ou não, ressalvado que o particular não podia se recusar a recebê-los.[60]

Evidentemente, receber os presos excedentários era conveniente para o *contractor,*[61] pois representava um acréscimo na remuneração, o que se tornava ainda mais confortável com a chancela do Bureau of Prisons.

Quando tomou ciência desta prática, o Office of Inspector General comunicou o *Bureau*, que agiu imediatamente para corrigir a situação,[62] claramente atribuível a uma regulação e fiscalização displicentes.

3.2.4 As falhas de segurança

Por fim, o *Review* identificou diversos pontos críticos na administração da segurança dos presídios privados, o que foi fortemente enfatizado no memorando Yates.

Metodologicamente, o relatório listou oito pontos-chave para avaliar a segurança de presídios públicos e privatizados:[63] (i) a ocorrência de contraban-

59. Idem, ibidem.

60. Idem, p. 31.

61. *Contractor* é o nome dado ao particular que assume a gestão da unidade prisional privatizada.

62. Estados Unidos. Office of the Inspector General. *Review... cit.* Appendixes 4 and 5.

63. Nesta comparação, o relatório confrontou os resultados de todas as 14 unidades federais privatizadas com 14 unidades públicas selecionadas, também federais, conforme aponta a metodologia indicada no Appendix 1. Os resultados estão nos Appendixes 6 and 7.

do, (ii) relato de incidentes, (iii) o uso de *lockdowns,*[64] (iv) comportamento disciplinar, (v) *grievances* selecionadas,[65] (vi) monitoramento telefônico, (vii) exame toxicológico de urina e (viii) comportamento sexual inadequado.[66]

Destas oito categorias, seis apresentaram mais incidentes *per capita* nos presídios privados comparativamente aos públicos no período 2011-2014:[67-68]

a) Contrabando: as unidades geridas por particulares apresentaram um número maior de confiscos de celulares (oito vezes mais), armas e tabaco dentro das suas unidades, embora esse número tenha sido menor no tocante à apreensão de drogas. No entanto, de forma até contraditória, o próprio relatório ressalva que isso não necessariamente indica maior vulnerabilidade da segurança das unidades privatizadas, já que poderia significar, ao contrário, um sistema mais eficiente de combate ao contrabando.[69]

b) Relato de incidentes: o *Review* enfatizou dois indicadores, as agressões de presos contra outros presos e de presos contra membros do *staff*. Nos quatro anos de avaliação, foram 423 agressões entre detentos em presídios privados (3.3/mês a cada 10 mil presos) contra 289 ocorridas nas prisões estatais (2.5/mês a cada 10 mil presos); quanto às agressões de detentos contra membros do *staff*, foram 526 ocorrências nos presídios privados (4.2/mês a cada 10 mil presos) contra 184 (1.6/mês a cada 10 mil presos) nas unidades públicas.[70]

---

64. Segundo o relatório, *lockdown* é a medida repressiva que determina o imediato retorno de todos os presos às suas celas, sendo a comunicação restrita. Geralmente, aplica-se em um contexto de emergência ou de perturbação da ordem do estabelecimento prisional. Assim, é um recurso cujo uso deve ser bem dosado, sob pena de se tornar abusivo, fato que o torna um medidor interessante.
65. As *grievances* são um mecanismo formal através do qual os presos levam as suas reclamações sobre variados motivos ao conhecimento das autoridades. No caso, o relatório selecionou metodologicamente as *grievances* que guardavam relação com a questão da segurança das unidades.
66. *Review*... cit., p. 14.
67. Idem, ibidem.
68. Como se verá, no tocante ao monitoramento telefônico, embora as unidades públicas apresentem um índice melhor, as unidades privatizadas atendem ao percentual mínimo de monitoramento exigido pelo *Bureau of Prisons*.
69. Idem, p. 15-18.
70. Idem. Appendix 7.

Este último dado em especial – um número de agressões contra funcionários quase três vezes maior – revela uma grande tensão entre os dois grupos nas unidades privatizadas, sendo que a postura desrespeitosa e até displicente de funcionários é frequentemente apontada como causa desta violência.[71]

Dentre os outros dados apresentados, mostra-se preocupante o número 17% maior de incidentes que exigiram o uso de força contra os detentos nas unidades privatizadas.

c) *Lockdowns*: no período observado, foram constatados os seguintes quantitativos nas unidades públicas e privadas:[72]

	Presídios públicos	Presídios privados
Lockdowns parciais	0	30
Lockdowns completos	11	71
Total	11	101

Trata-se de dado extremamente relevante: as catorze unidades privadas utilizaram o *lockdown* nove vezes mais do que as unidades públicas, muitas vezes em um contexto de insurgência dos presos contra condições precárias.[73] Este dado é indicativo de um potencial excesso de rigor nessas unidades, capaz de acentuar a insatisfação generalizada dos presos e a violência.

d) Análise do comportamento disciplinar: relativamente a acusações de homicídio, agressão, abuso sexual, posse de armas e drogas, incêndios dolosos e rixas em que o preso foi considerado culpado ao final foi detectada uma média de 77.9 ocorrências mensais nos presídios privados contra 64.7 em unidades públicas, o que também atesta a maior violência nas prisões administradas por particulares.[74]

e) *Grievances*: as *grievances* são um mecanismo formal, de existência obrigatória, o qual permite aos presos reportar toda sorte de abusos e insatisfações. A análise de algumas categorias de reclamações trouxe dados

71. Na p. 2, o *Review* narra o ocorrido no Adams County Correctional Center, onde um agente de segurança foi morto e 20 pessoas foram feridas em um motim que envolveu cerca de 250 presos, devido à baixa qualidade da comida e de serviços médicos, além do comportamento desrespeitoso do *staff* como um todo.

72. Um *lockdown* parcial afeta algumas alas da prisão; um *lockdown* completo afeta todas as alas.

73. Estados Unidos. Office of the Inspector General. *Review*... cit., p. 21.

74. Idem, p. 22.

extremamente relevantes: (i) por mês, os presos de unidades privatizadas apresentam mais que o dobro de reclamações contra o *staff* do que os presos de unidades públicas, o que sublinha, mais uma vez, a tensão entre os internos e os funcionários; (ii) foram contabilizadas 2.4 reclamações/mês referentes ao SHU nas unidades privadas e apenas 0.2/mês nas unidades públicas, o que comprova o alojamento inicial inadequado dos presos recém-admitidos naquelas; (iii) as reclamações sobre a qualidade da comida também são mais numerosas nas unidades privatizadas: 2.1/mês contra 1.2/mês naquelas controladas diretamente pelo poder público.[75-76]

f) Monitoramento telefônico: o Bureau of Prisons exige o monitoramento de pelo menos 5% das ligações entre os presos por mês. O relatório constatou que, no sistema público, são interceptados 21% das ligações, enquanto que, no privado, apenas 8%. No entanto, apesar da disparidade, ambos estão acima da meta exigida.[77]

g) Exame toxicológico de urina: também aqui, o Bureau of Prisons exige o teste de pelo menos 5% dos presos a cada mês. Neste aspecto, os presídios privados levaram vantagem: houve mais testes com resultado positivo para drogas nos presídios públicos – 3.4/mês contra 2.1/mês, a cada 10 mil presos.[78]

h) Conduta sexual inapropriada: nesta categoria, foram avaliados dois grupos de casos, (i) acusações de comportamento sexual inapropriado envolvendo presos em que o autor foi considerado culpado e (ii) alegações de comportamento inapropriado dos funcionários contra os presos. Em ambos, verificou-se que as unidades privatizadas mostraram um número menor de incidentes desse tipo.[79]

De forma ampla, apesar de as últimas duas categorias enumeradas apresentarem um resultado mais satisfatório nas unidades controladas por particulares e, excluindo-se da análise o monitoramento telefônico e até mesmo o contrabando, categorias que se mostraram dúbias pelos motivos citados, os

75. Idem, p. 23.

76. Média mensal de *grievances* a cada 10 mil presos, conforme Appendix 7, p. 66 do *Review*.

77. Idem, p. 25. Cumpre dizer que se trata de procedimento potencialmente inconstitucional na realidade brasileira, à luz da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas.

78. Idem, p. 26.

79. Idem, ibidem.

resultados dos demais índices confirmam a conclusão do memorando Yates: as unidades administradas pela iniciativa privada apresentam índices de violência mais elevados, sobretudo contra membros do *staff*.

Com efeito, esta conclusão contundente se extrai não só do maior número de episódios de agressão, mas, também, do uso mais recorrente de *lockdowns* – noves vezes mais frequente – e do número relativamente maior de *grievances* criticando a atuação abusiva dos funcionários.

3.2.5 As conclusões gerais do relatório

O *Review of the Federal Bureau of Prisons' Monitoring of Contract Prisons* deixa mais um ponto de interrogação na análise da conveniência de privatizar prisões.

O documento escancarou a displicência das autoridades americanas na regulação e a falta de minudência na fiscalização das unidades privatizadas, ensejando a discricionariedade do particular, violações de direitos humanos e violência em um grau mais acentuado do que nas unidades geridas pelo poder público.

Ademais, para além das questões de segurança que pretendeu originalmente analisar, o *Review* perpassou por outras questões aduzidas no memorando as quais também evidenciam a quebra de paradigma que se procurou caracterizar neste capítulo: a pouca economia que a privatização das unidades prisionais representa para os cofres públicos[80] e, de forma indireta, a pior qualidade de determinados serviços, que é motivo recorrente da insatisfação dos presos e que explica, também, o maior grau de violência.

Estas conclusões colocam o futuro da privatização dos presídios em xeque, já que a decisão da administração federal pode vir a repercutir nos estados.

A toda evidência, este cenário de dúvida persistente – sobretudo em um país que é referência na privatização do sistema penitenciário – não recomenda, senão, cautela e serenidade para avaliar a conveniência do avanço da ideia em outros países, a exemplo do Brasil.

4. Os impactos sobre a realidade brasileira

4.1 A imatura experiência brasileira e o projeto de expansão

A ideia de privatizar os presídios brasileiros surgiu no início da década de 1990, em um contexto de encarceramento crescente e necessidade de cortar gastos públicos.

80. Idem, p. 11-13.

Com efeito, em 1987, a taxa de encarceramento era de 62 presos a cada 100 mil habitantes – relativamente baixa – tendo saltado, no ano de 1994, para impressionantes 95,5 presos a cada 100 mil habitantes, taxa similar à verificada na Inglaterra, que possuía um dos mais altos índices de encarceramento da Europa à época.[81]

Paralelamente, foi instituído o Programa Nacional de Desestatização, cujo objetivo central era transferir atividades econômicas para a inciativa privada, a fim de reduzir a dívida pública,[82] aliviando a crise econômica dos anos 80, a "década perdida".

Foi nesse contexto que, em janeiro de 1992, a privatização das prisões brasileiras entrou, pela primeira vez, na pauta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Foi apresentado o documento intitulado *Proposta de regras básicas para o programa de privatização do sistema penitenciário do Brasil*, que pretendia "reduzir os encargos e gastos públicos" e "aliviar, enfim, a dramática situação de superpovoamento, no conjunto do parque penitenciário nacional".[83]

Neste particular, é relevante destacar que a proposta formulada no CNPCP também foi fruto de um poderoso *lobby* feito por uma empresa brasileira do ramo da segurança privada. Segundo o material de divulgação da empresa:

> Pelo seu background humano, sua cultura de muitos valores, a Pires, até pelo acordo técnico com a Wack, merece, sobretudo, ela, este desafio grande. Pode e deve aliar-se a homens do governo que nutram concepções elevadas sobre o homem; com eles, tentar que as FEBENS e as prisões, onde elas forem antros terríveis de corrupção e tristeza (*sic*), possam seguir o exemplo americano de privatização.[84-85]

A proposta enfrentou oposição.[86] No ano de 2000, chamado a avaliar o PL 2.146/1999, que autorizava os estados a promover a privatização do sistema

81. MINHOTO. Op. cit., p. 163.

82. O PND foi instituído pela Lei 8.031/1990, hoje revogada pela Lei 9.491/1997. O texto legal está disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm]. Acesso em: 17 set. 2016.

83. MINHOTO. Op. cit., p. 168.

84. FARIA, José Eduardo. Políticas públicas e privatização: o caso do sistema prisional. *Revista de Informação Legislativa*. v. 29. n. 116, out.-dez. 1992. p. 115-120. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176029/000472162.pdf?sequence=3]. Acesso em: 17 set. 2016.

85. "Wack" é, provavelmente, a Wackenhut Corrections Corporation (hoje GEO Group).

86. MINHOTO. Op. cit., p. 172.

penitenciário, o CNPCP reviu o seu entendimento, manifestando-se contrariamente à proposta, o que foi decisivo para a sua não aprovação pela Câmara dos Deputados.[87]

Algum tempo depois, o CNPCP veio a consolidar este entendimento com a edição da Resolução 08/2002, que desaconselhou a privatização das atividades prisionais de forma geral.[88]

Antes disso, porém, em novembro de 1999, foi inaugurada a primeira prisão privada brasileira no município de Guarapuava, no Paraná. Foi contratada a Humanitas Administração Prisional S/C, subsidiária da Pires Serviços de Segurança. O governo do Paraná ficou responsável pela nomeação do diretor, do vice-diretor e do diretor de disciplina, responsáveis pela supervisão da unidade.[89]

Transcorridos quase 25 anos de discussão, hoje existem aproximadamente 30 presídios privados que abrigam cerca de 20 mil presos.[90] Todos operam em regime de cogestão, à exceção do presídio de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, a única parceria público-privada (PPP) até o momento.

A tendência, ao que parece, é expandir esta experiência. Diversos estados brasileiros manifestaram, recentemente, a intenção de levar adiante projetos de privatização, a exemplo de Rio de Janeiro, São Paulo e Goiás,[91] seguindo o exemplo de Minas Gerais.

Nesta esteira, foi extremamente significativo o pronunciamento da Presidência da República em exercício[92] em 28 de agosto de 2016, anunciando o

87. TANGERINO, Davi de Paiva Costa e NOLASCO, Thiago Guilherme. Op. cit., p. 15-16.

88. A Resolução 08/2002 do CNPCP está disponível em: [www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/n8de9dez2002.pdf]. Acesso em: 17 set. 2016.

89. OSÓRIO, Fabio Medina e VIZZOTO, Vinicius Diniz. *Sistema penitenciário e parcerias público-privadas*: novos horizontes. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/7643/sistema-penitenciario-e-parcerias-publico-privadas]. Acesso em: 23 set. 2016.

90. Pastoral Carcerária Nacional. *Prisões privatizadas no Brasil em debate*. Coordenação de obra coletiva: José de Jesus Filho e Amanda Hildebrand Oi. – São Paulo: ASAAC, 2014. p. 10.

91. Veja-se as matérias jornalísticas disponíveis em: [www.estadao.com.br/noticias/geral,sp-construira-tres-complexos-penitenciarios-com-ppp,1075303] (São Paulo); [http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-07-31/estado-quer-construir-presidio-privado-no-rio.html] (Rio de Janeiro); [http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/05/governo-anuncia-construcao-de-novo-presidio-em-aparecida-de-goiania.html] (Goiás). Acesso em: 17 set. 2016.

92. O processo de impeachment da presidente afastada Dilma Rousseff só foi concluído em 31 de agosto, dia em que Michel Temer tomou posse como Presidente da República.

lançamento de um extenso pacote de privatizações, que incluiria as penitenciárias brasileiras:

> Vamos acabar com o conteúdo nacional exacerbado, que só traz superfaturamento. Só vamos manter aquilo em que formos competitivos. Ao invés de generalizado, será setorizado. Temos que mudar a visão do investimento público, ampliando ao máximo as concessões. Faremos PPPs (parcerias público-privadas) para esgoto, penitenciárias, hospitais e creches, comprando vagas para as crianças. É mais racional do ponto de vista do gasto público.[93]

Chama atenção o fato de que a manifestação do governo federal se deu apenas dez dias após a publicação do memorando de Sally Yates, já esmiuçado no presente trabalho, que concluiu pela necessidade de fazer recuar a experiência privatizante americana.

Dessa forma, à luz desta violenta mudança de paradigma que se verificou nos EUA, país que exportou esta ideia para o Brasil, é de se questionar se o avanço proposto pelo governo brasileiro se mostra conveniente.

4.2 As inconsistências comuns entre as duas experiências

4.2.1 A regulação deficiente e a falta de diretrizes para fiscalização

No capítulo anterior, expôs-se a constatação, pelas autoridades federais americanas, da deficiência da regulação e da fiscalização dos presídios privatizados, o que resultou em severas violações de direitos humanos e níveis alarmantes de violência nestas unidades.

Nessa linha, um modesto exame de informações é suficiente para atestar que a regulação deficiente é, também, um problema marcante da ainda incipiente realidade brasileira.

De início, cabe mencionar que, até 2015 – decorridos dezesseis anos da inauguração da primeira unidade privatizada no Brasil –, as únicas diretrizes nacionais existentes eram aquelas contidas na Resolução 08/2002 do CNPCP.

A Resolução deixou de recomendar a privatização do sistema penitenciário brasileiro, mas autorizou a execução, pela iniciativa privada, de serviços "não relacionados à segurança, à administração e ao gerenciamento de unidades, bem como à disciplina, ao efetivo acompanhamento e à avaliação da individua-

93. Conforme matéria publicada no jornal *O Globo* no dia 28.09.2016. Disponível em: [http://oglobo.globo.com/brasil/governo-planeja-privatizar-gestao-de-presidios-creches-hospitais-20006771]. Acesso em: 28 set. 2016.

lização da execução penal". Nestas duas últimas categorias, incluem-se a "assistência jurídica, médica, psicológica e social, por se inserirem em atividades administrativas destinadas a instruir decisões judiciais".[94]

No âmbito do Poder Legislativo, houve algumas iniciativas para tentar regular a matéria: além do PL 2.146/1999, rejeitado pela Câmara dos Deputados, o tema também foi objeto dos PL 2003/1999[95] e 2.825/2003.[96] Este último pretendeu acrescentar os arts. 77-A e 86-A à Lei de Execução Penal, para admitir a participação da iniciativa privada nas atividades enumeradas nos incs. I ao V do art. 11 daquele diploma legal,[97] bem como para permitir a internação de menores, semi-imputáveis e inimputáveis em estabelecimentos privados. Em 2015, também foi arquivado.[98]

---

94. O Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária [...] resolve:
Art. 1.º – Recomendar a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro.
Art. 2.º – Considerar admissível que os serviços penitenciários não relacionados à segurança, à administração e ao gerenciamento de unidades, bem como à disciplina, ao efetivo acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, possam ser executados por empresa privada.
Parágrafo único: Os serviços técnicos relacionados ao acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, assim compreendidos os relativos à assistência jurídica; médica, psicológica e social, por se inserirem em atividades administrativas destinadas a instruir decisões judiciais, sob nenhuma hipótese ou pretexto deverão ser realizadas por empresas privadas, de forma direta ou delegada, uma vez que compõem requisitos da avaliação do mérito dos condenados.

95. Este projeto foi apensado ao PL 714/1999, sendo ambos arquivados em 2011. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=24140&filename=VTS+10/2002+CCJR+%3D%3E+PL+714/1999]. Acesso em: 20 set. 2016.

96. Brasil. Câmara dos Deputados. O projeto original, sem modificações pode ser acessado no link: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=191545&filename=Tramitacao-PL+2825/2003]. Por sua vez, a sua tramitação completa pode ser vista em [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=149996]. Acesso em: 20 set. 2016.

97. Art. 11. A assistência será:
I – material;
II – à saúde;
III – jurídica;
IV – educacional;
V – social;
(...)

98. Conforme tramitação disponível no site da Câmara dos Deputados: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=149996]. Acesso em: 20 set. 2016.

Ainda tramita o PLS 513/2011,[99] que "institui normas gerais para a contratação de PPPs, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para a construção e administração de estabelecimentos penais" e alude à indelegabilidade da direção, vice-direção, bem como das funções jurisdicionais e disciplinares, sem maiores minudências.

Finalmente, com a Lei 13.190/2015, que acrescentou os arts. 83-A e 83-B à Lei de Execução Penal,[100] alguns aspectos da privatização dos presídios foram regulados de forma concreta. Ficou estabelecida, de forma clara, a indelegabilidade daquelas atividades que demandam exercício do poder de polícia.

No entanto, o diploma legislativo em comento poderia – e deveria – ter sido muito mais minudente: deixou de contemplar a delegação da assistência jurídica, médica e psicológica, o que a Resolução 08/2002 do CNPCP não recomenda de forma expressa. Apesar disso, estas são atividades que, normalmente, ficam sob responsabilidade da iniciativa privada nas unidades por ela geridas.[101]

Evidentemente, estas não são atividades que exigem, diretamente, o exercício de poder de polícia. No entanto, como o próprio Conselho estabeleceu na

99. Em 22.03.2016, foi determinada a republicação do PLS contendo ajustes no texto da sua justificação. Disponível em: [www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=189881&tp=1]. Acesso em: 20 set. 2016.

100. Art. 83-A. Poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, e notadamente:
I – serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos;
II – serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso.
§ 1.º A execução indireta será realizada sob supervisão e fiscalização do poder público.
§ 2.º Os serviços relacionados neste artigo poderão compreender o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais.
Art. 83-B. São indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, e notadamente:
I – classificação de condenados;
II – aplicação de sanções disciplinares;
III – controle de rebeliões;
IV – transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais.

101. Pastoral Carcerária Nacional. Op. cit. Vide relatórios anexos que relatam os resultados das visitações a seis unidades privatizadas.

aludida Resolução, são atividades voltadas para instruir decisões judiciais, o que cria um nítido conflito de interesses entre o preso e o particular.

O mesmo pode ser dito em relação à segurança interna, que, embora o CNPCP também não recomende delegar, fica geralmente a cargo do particular que administra a unidade privatizada.[102] Nestes casos, porém, os agentes de segurança contratados não podem se valer do uso da força para manter a disciplina ou controlar rebeliões, porque tal constitui exercício de poder de polícia, conforme preceitua o novo art. 83-B da LEP.

Dessa forma, é indispensável a permanência de agentes públicos no entorno da unidade, fazendo a escolta externa, devendo ser acionados caso seja necessária uma intervenção com uso da força.

Mas isso não basta. Como mostra o importante relatório da Pastoral Carcerária sobre o tema, é absolutamente fundamental o trabalho conjunto. Os agentes públicos, por ficarem na área externa, pouco sabem da dinâmica interna da prisão, o que aumenta o risco de uma intervenção malsucedida, pelo que se faz necessária uma intensa comunicação com os agentes contratados, que vivem o dia a dia da unidade de forma mais direta.[103]

A complexidade da questão demanda, como se percebe, a atenção do poder público no sentido de avaliar a legalidade e a conveniência da delegação da segurança interna. Também neste ponto, a resposta da Lei 13.190/2015 foi insatisfatória.

Outra questão que merece destaque diz respeito à fiscalização dos presídios privados pelo poder público. O § 1.º do novo art. 83-A da LEP menciona a necessidade de fiscalizar essas unidades, o que é evidente.

No entanto, de imediato, surge a pergunta: como fiscalizar? Na exaustiva análise do *Review* feita no capítulo anterior, ficou assentado que o governo federal americano utiliza um *checklist*, a fim de averiguar o correto funcionamento da unidade, verificando o cumprimento de determinadas funções reputadas vitais. E, ainda assim, chegou-se à conclusão de que esse instrumento de fiscalização apresentavam severas deficiências.

No Brasil, sequer existe qualquer diretriz que oriente os órgãos públicos competentes sobre como se deve proceder na fiscalização das unidades privadas, o que se mostra extremamente preocupante. A falta de uma metodologia específica voltada para verificar o cumprimento das condições contratuais pelo

102. Idem, ibidem.

103. Idem, p. 27

agente privado pode dar ensejo àquilo que se verificou nos EUA: vazios preenchidos pela arbitrariedade do particular.

4.2.2 O mito da redução de custos

Como visto, o memorando de Sally Yates e o *Review of the Federal Bureau of Prisons' Monitoring of Contract Prisons* também contestaram, ainda que como uma preocupação lateral, o argumento de que a privatização dos presídios representa economia para os cofres públicos.

Também quanto a este aspecto, a crítica pode ser importada para a experiência brasileira: de forma geral, as unidades privatizadas apresentam um custo muito maior por preso do que as unidades públicas.

De acordo com o Ministério da Justiça, manter um preso dentro do sistema penitenciário estadual custa, em média, R$ 1.800,00 por mês.[104] Na PPP de Ribeirão das Neves, por sua vez, o governo de Minas Gerais repassa R$ 2.700,00 por mês para cada vaga preenchida, isto é, 50% a mais.[105]

A mesma situação se apresenta nos presídios administrados em regime de cogestão: no Tocantins, este custo também se aproxima de R$ 2.700,00 mensais.[106] No Presídio do Agreste, em Alagoas, essa cifra supera os R$ 3.000,00 por mês, segundo o CNJ.[107] Em Santa Catarina, o Tribunal de Contas constatou que o custo médio por preso nos estabelecimentos privatizados também extrapola os R$ 3.000,00 mensais, praticamente o dobro do valor gasto nos estabelecimentos públicos daquele estado, que é de R$ 1.544,41 mensais por preso.[108]

---

104. Esta informação é referida nas matérias: [http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/03/prisao-na-noruega-e-comparada-a-hotel.html]; [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/01/17/com-custo-mensal-de-r-2700-por-detento-primeiro-presidio-privado-do-pais-e-inaugurado-em-minas-gerais.htm]; [http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-08-01/preso-federal-custa-5-salarios-ao-mes-dobro-do-que-se-gasta-com-preso-estadual.html]. Acesso em 22 set. 2016.

105. Pública. *Quanto mais presos, maior o lucro*. Documentário disponível em: [http://apublica.org/2014/05/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/]. Assistido em 23 set. 2016.

106. TANGERINO, Davi de Paiva Costa e NOLASCO, Thiago Guilherme. Op. cit., p. 24.

107. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Alagoas gasta mais de R$ 3 mil mensais por preso em presídio onde faltam água e outros itens*. Notícia publicada em 06.12.2013. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61110-alagoas-gasta-mais-de-r-3-mil-mensais-por-preso-em-presidio-onde-faltam-agua-e-outros-itens]. Acesso em: 22 set. 2016.

108. Brasil. Santa Catarina. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. *Contribuição dos tribunais de contas para os governantes eleitos*. p. 8. No trabalho, não consta a

Colocando estes números no papel, tem-se que, se o Brasil privatizasse todos os seus estabelecimentos prisionais de uma vez, as despesas com o sistema penitenciário nacional aumentariam de 50% a 60%.

Como destacado no início deste capítulo, recentemente, a Presidência da República se mostrou disposta a incentivar a privatização dos presídios brasileiros, argumentando que isso seria "mais racional do ponto de vista do gasto público".

Contudo, à luz dos dados aqui apresentados, essa conclusão não é verossímil. Tal qual problematizado nos EUA, a privatização das prisões nacionais não vem representando economia para os cofres públicos.

Tampouco se pode afirmar que este gasto a maior se reverte em benefício do preso: segundo a Pastoral Carcerária, os presos da PPP de Ribeirão das Neves – reafirme-se, a única do país e frequentemente apontada como um modelo positivo – manifestam, de forma praticamente unânime, o desejo de retornar às unidades públicas de onde foram transferidos.[109]

5. Conclusão

A retrospectiva feita no capítulo inicial permitiu assentar que a experiência norte-americana no campo da privatização de presídios encontra antecedentes anteriores à própria independência daquele país, atravessando séculos de história.

Verificou-se que o aparecimento da ideia na década de 1980 não representou, senão, uma retomada da ideia nos EUA, desta vez, com notória exportação deste expediente para outros países, dentre os quais o Brasil, onde o exemplo americano foi vendido declaradamente como "modelo a ser seguido", o que motivou as primeiras discussões sobre a privatização do sistema penitenciário nacional no ano de 1992.

Vinte e cinco anos depois, contudo, este mesmo exemplo apresenta sinais de fracasso, descritos de forma sucinta em um curto e contundente memorando do Departamento de Justiça dos EUA, que afirma que "o tempo mostrou que elas [as unidades privatizadas] são piores do que as unidades administradas pelo *Bureau* [*of Prisons*]", posto que "não oferecem o mesmo nível de

data de elaboração, porém, em sua apresentação, menciona-se o relatório se destina a "colaborar com o diálogo entre os governantes eleitos neste ano de 2014", indicando ser este o ano de sua confecção. Está disponível para download em: [http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A1497CED940149A5110E5654B3]. Acesso em: 22 set. 2016.

109. Pastoral Carcerária. Op. cit., p. 102.

serviços prisionais, programas e recursos", "não representam economia substancial para os cofres públicos" e "são menos seguras, tanto do ponto de vista do estabelecimento como da integridade física dos presos".

No *Review of the Federal Bureau of Prisons' Monitoring of Contract Prisons*, citado pelo memorando, essas críticas foram esmiuçadas, sendo possível constatar o desleixo das autoridades americanas com a regulação e a fiscalização das unidades geridas por particulares, abrindo graves brechas que deram lugar a violações de direitos humanos e violência em graus mais acentuados do que em unidades geridas pelo Bureau.

Parte dessas críticas encontra eco na realidade brasileira: ficou exposto que a delegação da administração penitenciária não vem acompanhada de um feixe de diretrizes capaz de obrigar o particular a ter um comportamento compatível com os objetivos perseguidos pelo poder público no que diz respeito às prisões.

Verificou-se a falta de regras cogentes na delegação de determinadas atividades, como as assistências jurídica, psicológica e social, bem como a segurança interna da unidade. Embora haja recomendação do CNPCP para que estas atividades não sejam delegadas, isso ocorre nos presídios privados brasileiros, em regra.

Não obstante, mesmo nos pontos em que há regulamentação, não existe uma orientação específica sobre como as unidades privatizadas devam ser fiscalizadas. Não parece difícil conceber que estas reclamam uma metodologia de avaliação diversa da empregada nas unidades geridas diretamente pelo poder público: o repasse de recursos se dá de forma diferente, os poderes dos agentes de segurança não são os mesmos e as obrigações legais podem vir a ser acompanhadas de obrigações contratuais extras, bônus de desempenho, dentre outras peculiaridades.

Assim, não basta, como faz a Lei 13.190/2015, afirmar o dever estatal de fiscalizar; há que se indicar os meios. Nesse ponto, aliás, ficou claro que a experiência brasileira está atrás da norte-americana, onde existe, pelo menos, uma metodologia de fiscalização – os *checklists* – ainda que de eficiência precária.

Outro ponto de contato toca à questão da vantajosidade econômica. Com efeito, recorrer à privatização, em qualquer atividade, pressupõe a intenção de oferecer um serviço melhor a um custo menor.

No entanto, no caso brasileiro, verifica-se o mesmo desconforto apontado pelas autoridades federais americanas – até de forma mais contundente: privatizar não tem representado economia para os cofres públicos. Pelo contrário, o custo mensal por preso é, no mínimo, 50% maior nas unidades privatizadas.

Analisado todo este cenário, parece ser possível responder ao questionamento a que este trabalho se propõe. E a resposta é negativa: o avanço do projeto de privatização das prisões brasileiras, vislumbrado por muitos estados brasileiros e pela Presidência da República – em manifestação exarada apenas dez dias após a divulgação do memorando de Sally Yates – é completamente inoportuno.

Não se está, com isso, a propor o completo abandono da experiência. Sublinha-se, apenas, que as contundentes conclusões a que chegou o Departamento de Justiça dos EUA não recomendam, senão, uma profunda reflexão por parte das autoridades brasileiras. Antes de avançar neste projeto, muitos aspectos precisam ser repensados, sem o que o risco de fracasso é gigantesco.

Portanto, antes de dar um precipitado passo à frente, faz-se necessário estudar os motivos que levaram um país que é paradigma em matéria de privatização de presídios a dar um passo atrás, sob pena de onerar em excesso os cofres públicos e, principalmente, agravar a crise do sistema penitenciário brasileiro em vez de resolvê-la.

6. Referências bibliográficas

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION. *Warehoused and forgotten*: immigrants trapped in our shadow private prison system. Relatório publicado em junho de 2014. Disponível em: [www.aclu.org/sites/default/files/field_document/060614-aclu-car-reportonline.pdf].

CRIPE, C. A., & Pearlman, M. G. *Legal aspects of corrections management*. Gaithersburg, Md: Aspen Publishers, 1997.

CULP, Richard F. The rise and stall of prison privatization: an integration of policy analysis perspectives. *Criminal Justice Policy Review*. v. 16. n. 4, 2005.

DONAHUE, John D., Prisons for profit: public justice, private interests. Economic Policy Institute, 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Department of Justice. Bureau of Justice Statistics. *Correctional Populations in the United States 1985*. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus85.pdf].

_____. US Department of Justice. Office of the Inspector General. *Review of the Federal Bureau of Prisons Monitoring of Contract Prisons*. ago. 2016. Disponível em: [https://oig.justice.gov/reports/2016/e1606.pdf].

_____. James Austin, Ph.D. Garry Coventry, Ph.D. US Department of Justice. Bureau of Justice Statistics. *Emerging Issues on Privatized Prisons*, 2001. Disponível em: [www.ncjrs.gov/pdffiles1/bja/181249.pdf].

_____. US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics. *Correctional Populations in the United States 1985*. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus85.pdf].

_____. US Department of Justice. Office of the Deputy Attorney General. *Memorandum for the Acting Director Federal Bureau Of Prisons. Subject*: reducing our use of private prisons. Wahsington D.C. Elaborado em: 18 ago. 2016. Disponível em: [www.justice.gov/opa/file/886311/download].

FARIA, José Eduardo. Políticas públicas e privatização: o caso do sistema prisional. *Revista de Informação Legislativa*. v. 29. n. 116. p. 115-120. out.-dez. 1992. Disponível na biblioteca digital do Senado Federal, no link: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176029/000472162.pdf?sequence=3].

FEELEY, Malcolm M. (1991). The privatization of prisons in historical perspective. *Privatization and its alternatives*. Cap. 10. Edited by William T. Gormley Jr.

HARDING, Richard. Private prisons.*Crime and Justice*. v. 28, 2002.

JOANILHO, André L.. *História, política e sociedade*. 1. ed. Curitiba: IESDE, 2008.

JR, Alfred C. Aman. Private prisons and the democratic deficit. In: CHESTERMAN, Simon e FISCHER, Angelina (coords.). *Private security, public order*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MASON, Cody, program associate at The Sentencing Project. *Too good to be true*: private prisons in America, 2012. Disponível em: [http://sentencingproject.org/doc/publications/inc_Too_Good_to_be_True.pdf].

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OSÓRIO, Fabio Medina e VIZZOTO, Vinicius Diniz, *Sistema penitenciário e parcerias público-privadas*: novos horizontes. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/7643/sistema-penitenciario-e-parcerias-publico-privadas].

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. *Prisões privatizadas no Brasil em debate*. Coordenação de obra coletiva: José de Jesus Filho e Amanda Hildebrand Oi. – São Paulo: ASAAC, 2014.

PAVARINI. La invención penitenciária: la experiencia de los EUA en la primera mitad del siglo XIX. In: Dario Melossi e Massimo Pavarini. *Carcel y fabrica (los origenes del sistema penitenciário)*. Siglo XXI, 1980.

PRICE, Byron Eugene e MORRIS, John Charles. *Prison privatization:* the many facets of a controversial industry. v. 1. Greenwood Publishing Group, 2012.

PÚBLICA. *Quanto mais presos, maior o lucro*. Documentário disponível em: [http://apublica.org/2014/05/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/].

REINO UNIDO. *Workhouse Test Act*. Disponível em: [www.workhouses.org.uk/poorlaws/1722act.shtml].

SANDERS, Mike. *The poetry of chartism*: aesthetics, politics, history. Cambridge, 2009.

SHICHOR, David e Sechres, Dale K. Privatization and flexibility: legal and practical aspects of interjurisdictional transfer of prisoners. *The Prison Journal*. v. 82, 2002.

SELLERS, Martin P. *The History and politics of private prisons:* a comparative analysis. Fairleigh Dickinson Univ Pr, 1993.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa e NOLASCO, Thiago Guilherme. *Sobre o cárcere e o lucro*: considerações acerca da questão da intervenção da iniciativa privada na execução penal. Parecer elaborado no âmbito do Projeto Justiça Criminal do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, financiado pelo Instituto Lafer.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Administradores de presídios: na corda bamba dos paradoxos institucionais, de Luiz Antônio Bogo Chies – *RBCCrim* 72/295-326 (DTR\2008\301);
- Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil, de Cristina Zackseski, Bruno Amaral Machado e Gabriela Azevedo – *RBCCrim* 126/291-331 (DTR\2016\24555);
- É conveniente privatizar os presídios?, de Pedro Armando Egydio de Carvalho – *RBCCrim* 7/113-116 (DTR\1994\257); e
- Privatização de presídios, de Luís Fernando Camargo de Barros Vidal – *RBCCrim* 2/56-63 (DTR\1993\159).

O bem jurídico-penal europeu e a competência legislativa em matéria penal da União Europeia

The european criminal legal object and the law-making competence in criminal matters of European Union

Paulo Maycon Costa da Silva

Doutorando em Direito – Ciências jurídico-criminais – Universidade de Coimbra. Mestre em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Norte. Professor de Direito Penal e Processual Penal da FANEC/RN.Professor no Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Potiguar (UNP).
Defensor Público do Estado do Rio Grande do Norte.
pmaycon@hotmail.com

Recebido em: 21.07.2016
Aprovado em: 15.08.2016
Última versão autor: 25.08.2016

Área do Direito: Penal; Internacional

Resumo: Este estudo versa sobre o direito penal europeu. Trata-se de ramo novo da ciência jurídica. Com a consolidação do espaço de liberdade, segurança e justiça, no Tratado de Lisboa de 2007, tem-se um direito penal europeu emergente, mas com problemas na sua incidência e extensão. Sua construção técnico-jurídico passa necessariamente pela delimitação do bem jurídico digno de tutela penal. Neste *paper*, tenta-se demonstrar, a partir dos Tratados da União Europeia, uma diretriz à sistematização deste bem jurídico-penal europeu, marcado sobretudo pelos princípios da necessidade e da subsidiariedade do direito penal. O direito penal europeu interfere por meio das suas diretivas nas bases das legislações nacionais, sem embargo de sua efetividade perante os órgãos da União, especialmente no âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Abstract: This study deals with the european criminal law. This is new branch of legal science. With the consolidation of security, freedom and justice in the Treaty of Lisbon 2007, has been an emerging european criminal law, but with problems in its incidence and extent. His technical and legal construction, necessarily involves the definition of decent legal and criminal protection. In this paper, we try to demonstrate, from the EU Treaties, a guideline the systematization of this object legal european criminal, especially marked by the principles of necessity and subsidiarity of criminal law. The European criminal law intervere through its policies on the basis of national legislation, notwithstanding its effectiveness before the bodies of the Union, especially in the Court of Justice of the European Union.

Silva, Paulo Maycon Costa da. O bem jurídico-penal europeu e a competência legislativa em matéria penal da União Europeia.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 129. ano 25. p. 409-434. São Paulo: Ed. RT, março 2017.

Palavras-chave: Direito penal europeu – Bem jurídico – Princípios da necessidade e da subsidiariedade.

Keywords: European criminal law – Legal object – Principles of necessity and subsidiarity.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O bem jurídico-penal europeu: uma construção necessária. 3. Os princípios da necessidade e da subsidiariedade no âmbito do direito penal europeu: uma abordagem pós Tratado de Lisboa. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

O manifesto sobre a política criminal europeia publicado em 2009 é o ponto de partida do presente estudo.[1] Preocupados com os (des)caminhos do direito penal europeu,[2] notadamente no que se refere aos princípios básicos de política criminal (direito penal material e direito processual penal), um grupo de 19 penalistas, professores e pesquisadores oriundos de dez dos Estados membros da União Europeia (UE), formaram no ano de 2008 na cidade de Munique o *European Criminal Policy Initiative* com o desiderato de analisar criticamente a política criminal da UE.

Partiram da premissa segundo a qual subsiste uma plataforma dogmática que estrutura a civilização europeia da qual as medidas legislativas penais "co-

1. *The Manifesto on European Criminal Policy*. Disponível em: [http://www.crimpol.eu]. Acesso em: 09 out. 2014.
2. Pertinente ao tema, v. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo (dirs.), Víctor Gómez Martín (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho Penal Europeu*. Madrid: Marcial Pons, 2012; Pedro Caeiro, Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. I. Problemas Gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 519-532; André Klip, *European Criminal Law*. An Integrative Approach, 2. ed. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2012; Ester Herlin-Karnell, *The Constitucional Dimension of European Criminal Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012; Anabela Miranda Rodrigues, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; Mário Ferreira Monte, O Direito Penal Europeu. De "Roma" a "Lisboa" – Subsídios para a sua legitimação. Lisboa: Quid Juris, 2009; Valsamis Mitsilegas, *EU Criminal Law*. Oxford na Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009; Beatriz Fernández Ogallar, *El Derecho Penal Armonizado de La Unión Europea*, Madrid: Dykinson, 2014; Kai Ambos, *Derecho y Proceso Penal Internacional. Ensayos Críticos*, Trad. José Ramón, México: Distribuciones Fontamara, 2008; José Faria Costa, A Europa e a Narrativa Penal, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Volume V. História e Política: entre Memórias e Ideias. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, Stvia Ivridica, 2012.

munitárias" não podem se distanciar. "Legitimação democrática", "Estado de Direito", "Princípios de Política Criminal" podem ser evocados como "pontos inegociáveis" relativamente à construção do direito penal europeu.

Propõem, nessa senda, os seguintes princípios: o princípio da necessidade de uma tutela legítima, o princípio da *ultima ratio*, o princípio da culpabilidade, o princípio da legalidade, o princípio da subsidiariedade e o princípio da coerência. Todos, no sentido de emprestar legitimidade às medidas legislativas (diretivas ou regulamentos) do legislador europeu no campo do direito penal.

Em relação ao direito europeu, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000),[3] o Tratado da União Europeia (2007) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2007), na presente quadra da história, representam a gramática jurídica de onde emerge e para onde deve, em tese, desaguar toda e qualquer construção hermenêutica do direito europeu.[4]

No art. 2.º do TUE repousa os princípios (valores) que norteiam a União Europeia: a) dignidade humana; b) liberdade; c) democracia; d) igualdade; e) Estado de Direito; f) direitos do Homem; g) direitos das minorias; h) pluralismo; i) não discriminação; j) justiça; l) tolerância; m) solidariedade. Esses, por razões axiológicas e normativas, devem ser considerados na elaboração de qualquer política criminal.[5] De conseguinte, na aferição do bem jurídico digno de tutela penal, tais valores comunitários serão sopesados, sob pena de sua "desjuridicidade".

3. Nos termos do art. 6, "1", do TUE, a União segue a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Além disso, "a União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais" (Art. 6.º, 2). Com efeito, este mesmo artigo enuncia que a União, de igual sorte, observa os direitos e liberdades que resultam das "tradições constitucionais comuns aos estados membros". Em verdade, consagra uma cláusula de integração do direito interno, especificamente o constitucional dos Estados membros, desde que sejam, evidentemente, comuns.

4. É preciso realçar a importância da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia na construção dos instrumentos normativos penais da UE pós Tratado de Lisboa. Em se tratando de direito penal, cujas regras podem subtrair liberdades, sem embargo da segurança necessária ao desenvolvimento dos cidadãos, só haverá justiça com a devida incidência da Carta, mormente dos arts. 47 *usque* 50 (Título VI da CDFUE). A propósito do tema, com clareza solar, a Comissão Europeia acentuou, no bojo da COM (2011) 573 final, que: "As medidas de direito penal incluem regras repressivas que podem dar origem a uma privação de liberdade. Por esta razão, a Carta dos Direitos Fundamentais – que o Tratado de Lisboa tornou juridicamente vinculativa – fixa limites importantes para a acção da UE neste domínio. A Carta, que constitui a bússola de todas as políticas da UE, prevê um núcleo de normas vinculativas que protegem os cidadãos" (JO 15.11.2011).

5. Temos como baliza doutrinária de bem jurídico penal aquele desenhado por Jorge de Figueiredo Dias, quando propõe que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal

O presente estudo se propõe a explanar o tema "bem jurídico-penal europeu",[6] com maior ênfase aos tratados firmados em Lisboa, na medida em que se tornaram a base jurídica do direito europeu.[7] Para, ao cabo, discorrer sobre os princípios da necessidade e da subsidiariedade[8] dentro da competência legislativa da União Europeia, porquanto essenciais ao seu correto desenho técnico-jurídico.[9]

2. O bem jurídico-penal europeu: uma construção necessária

Com efeito, o art. 3.º, n.º 2, do TUE é significativo para o direito penal europeu, porquanto desenha o "Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ)", nestes termos: "União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno".

Prevenir e combater a criminalidade envolve, necessariamente, o direito penal substancial. Daí porque, vê-se com pertinência a preocupação do *European*

---

devem levar em conta os "valores constitucionais expressos ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica", o que implica dizer, *mutatis mutandis,* no ambiente do *european law*, aqueles contidos no art. 2.º do TUE (O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 35).

6. Cfr. Valsamis Mitsilegas, *EU Criminal Law*. Oxford na Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, p. 59.
7. KLIP, Andre. *European Criminal Law. An Integrative Approach*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2009, p. 19.
8. Cfr. Alessandro Bernardi, I Principi di Sussdiarietà e di legalità nel diritto penale europeu, in *Garantias constitucionales y Derecho Penal Europeu*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 39-78.
9. No ponto, Pedro Caeiro sublinha que "o Tratado da União Europeia não prevê proibições expressas de incriminação. Porém, não está excluído que se encontrem aqui limites negativos implícitos à jurisdição penal dos Estados" (*Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*. O Caso Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 429). E mais à frente, destaca os direitos fundamentais de maneira "autônoma" no formado de princípios gerais de direito comunitário, que igualmente servem de contenção ao exercício dessa jurisdição penal prescritiva (idem, p. 431-434).

Criminal Policy Initiative quando sustenta a observância de princípios de política criminal endereçados ao Parlamento e ao Conselho Europeu. Pois, no afã de prevenir e combater a criminalidade como critério essencial ao "Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça", não se pode ignorar sobreditos postulados caros à dogmática penal, que na visão de Anabela Miranda Rodrigues corresponde a "um marco na perspectiva de um futuro sistema de justiça penal europeia".[10]

No ponto, convém recordar as lições – consistentes como sempre – de Jorge de Figueiredo Dias, para o qual, no estudo sobre o paradigma penal das sociedades democráticas, tem-se como teses essenciais: (i) uma política criminal, com categorias básicas da doutrina do crime, determinadas e cunhadas pelo sistema; (ii) proteção subsidiária de bens jurídico-penais; (iii) aplicação de penas e de medidas de segurança conduzidas exclusivamente por finalidades de prevenção.[11]

O bem jurídico-penal europeu deve, por isso mesmo, estar previsto de maneira precisa, para evitar um desencontro com a base jurídica contida nos tratados.

Para enxergar os bens jurídico-penais europeus, mostra-se pertinente examinar os "domínios de criminalidade", expressos no art. 83.º do TFUE.[12]

Com isso, integram esse domínio de interesse da política criminal europeia:[13] (a) terrorismo; (b) tráfico de drogas e de armas; (c) branqueamento de capi-

10. *Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 79.

11. Segundo Figueiredo Dias, "compreendidos como bens jurídicos fundamentais à vida comunitária e a livre desenvolvimento da pessoa e que, por isso mesmo, hão-de encontrar refração no texto e na intencionalidade da Constituição, em matéria seja de direitos individuais, seja de direitos sociais, seja de organização política e econômica" (*Algumas reflexões sobre o Direito Penal na "sociedade de risco". Problemas fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002).

12. De toda sorte, antevendo essa necessária identificação, Pedro Caeiro ao consignar que "esta competência penal deveria limitar-se à proteção de bens jurídicos próprios da CE claramente identificados (aqueles que já referimos), respeitando assim o princípio da subsidiariedade da intervenção comunitária (Cfr. Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*. vol. I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998).

13. Registre-se, por oportuno, que a combate à criminalidade europeia em sentido estrito, antes do Tratado de Lisboa, notadamente depois do Tratado de Amsterdã, possuía os seguintes alvos, o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contras as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude. Conferir, no ponto, Pedro Caeiro, Parte I, 2.º Capítulo, § 3.º, (*Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 116-149).

tais; (d) corrupção; (e) contrafacção de meios de pagamento; (f) criminalidade informática e criminalidade organizada. De notar, sem muito esforço, que todos são caracterizados pela transnacionalidade.[14]

É a criminalidade da sociedade de risco. Essa traçada por Jorge de Figueiredo Dias, como uma "sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global".[15] E que pode, mesmo anônima, produzir riscos e ter como "consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida".[16] E mais, nesta nova criminalidade, desenvolvem-se redes ilegais transfronteiriças. "O delinquente pode considerar o mundo inteiro como um terreno de operação",[17] frisa com precisão cirúrgica Anabela Miranda Rodrigues.

É pouco provável que os estados consigam combatê-la – a criminalidade organizada transnacional – sem a cooperação internacional. E menos possível ainda que os conceitos daquele direito penal individualizante possam responder a essa necessidade.[18] E mais, sem uma ação conduzida supranacionalmente, de maneira eficaz e imediata.

---

14. Para a Comissão Europeia, podem ser classificados como *eurocrimes*, porquanto "ao abrigo do art. 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), a UE pode adoptar directivas que estabelecem regras mínimas de direito penal da UE para diferentes infrações. Em primeiro lugar, podem ser adotadas medidas, por força do art. 83.º, n. 1, do TFUE, no que diz respeito a uma lista de dez infrações específicas (os chamados <<eurocrimes>>, a saber, o terrorismo, o tráfico de seres humanos, a exploração sexual de mulheres e crianças, o tráfico ilícito de droga, o tráfico ilícito de armas, o branqueamento de capitas, a corrupção, a contrafacção dos meios de pagamento, a criminalidade informática e a criminalidade organizada" (COM (2011) 573 final, JO 16.11.2011).
15. Cfr. *Algumas reflexões sobre o Direito Penal na "sociedade de risco". Problemas fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.
16. Idem, ibidem.
17. RODRIGUES, Anabela de Miranda. A Globalização do Direito Penal – Da Pirâmide à Rede ou entre a unificação e a harmonização. *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 85.
18. Pensa Anabela Miranda Rodrigues "que ao nível da União Europeia, a criação de um espaço penal europeu, policial e judiciário, obedece à preocupação de assegurar uma eficaz luta contra o crime. O mundo aberto, global e complexo dos nossos dias regionalizou-se, tendo-se tornado evidente que os sistemas penais estaduais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio de combater uma criminalidade que se sofisticou e tornou altamente ameaçadora. Basta pensar na criminalidade organizada transnacional e no terrorismo para se perceber como

O "Programa de Estocolmo de 2010", que contém em sua base um conjunto de diretrizes endereçadas ao Parlamento e à Comissão sobre a construção do espaço de liberdade, segurança e justiça, propõe sob o título "Uma Europa que protege", a "proteção contra a criminalidade grave e organizada", e sublinha como medida a identificação de "tipos de crime contra os quais utilizaram os instrumentos desenvolvidos".[19]

Sem abandonar a premissa do bem jurídico-penal e da subsidiariedade do direito penal, mas com o escopo de solucionar a problemática da carência de proteção da sociedade de risco, Jorge de Figueiredo Dias sustenta que há paralelamente aos bens jurídicos individuais os *bens jurídicos coletivos*. Em outro dizer, "ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, comunitários, universais, coletivos, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito".[20]

Destarte, vê-se que subsistem bens jurídico-penais coletivos europeus, bem dimensionados a partir dos domínios da criminalidade contidos no art. 83.º, do TFUE. Todavia, nem todos estão nesse campo normativo. *In casu*, salta à vista o art. 325.º do TFUE, quando cuida da "luta contra a fraude".

Para combater as fraudes contra os interesses financeiros da UE, por exemplo, que prejudiquem o Banco Central Europeu (BCE), não só a União, como os Estados membros, podem se valer de medidas que ostentem efeito "dissuasor e proporcionem uma proteção efetiva aos Estados membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União" (325.º, n. 1, TFUE).

Com efeito, por meio do art. 5.º do TUE, as competências da União seguem o princípio da atribuição, segundo o qual, não deve exceder as competências outorgadas pelos Estados membros.

No mesmo pensar Pedro Caeiro, quando consigna que "trata-se, desde logo, de um poder atribuído, de acordo com o art. 5.º, do TUE (e não reconhecido), que por isso tem que respeitar o seu título constitutivo".[21]

Beatriz Fernández Ogallar, parte seu exame da mesma premissa, pois a União Europeia goza de uma competência por atribuição, não podendo, por

os Estados estão cada vez menos em condições de afirmar a sua soberania penal" (*O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 391).

19. (JO 4.5.2010).

20. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 151.

21. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 133.

essa razão, intervir em matérias que não possui habilitação prévia pelos Estados membros.[22]

O TUE, nesse sentido, prescreve que "a delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade" (Art. 5.º, 1).

Porém, com fulcro no princípio da subsidiariedade, pode a União intervir no afã de concretizar objetivos suficientemente não alcançados pelos estados.

Então, tem-se como balizas nítidas à competência penal a nível europeu a necessidade da tutela e a subsidiariedade de sua intervenção, como critérios siameses à aferição da "criminalização europeia".

Em sintonia com o Tratado da União Europeia (TUE), caso nos transportemos para o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), observa-se que o Título I trata das categorias e dos domínios de competência da União. Esse Título é de especial importância para o direito penal europeu.

Como dito, a competência da União possui, no primeiro momento, uma natureza atributiva. Isto é, sua competência deriva da União. Está, portanto, delimitada por força do art. 2.º, "1", do TFUE, ao enunciar "quando os tratados atribuam à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos; os próprios Estados membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos actos da União".

Isso significa dizer que há competências que são exclusivas da União, como as que tratam da união monetária e da política externa e segurança comum. Os atos nesse domínio são juridicamente vinculativos por vontade expressa do TFUE.

Outras competências, porém, como a que diz respeito ao direito penal substancial, consoante dispõe o Tratado, são compartilhadas com os Estados membros (2.º, 2). Em destaque, "quando os Tratados atribuam à União competência partilhada com os Estados membros em determinado domínio, a União e os Estados membros podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos".

Esse compartilhamento pode ser vislumbrado no art. 76 do TFUE. Cabe frisar que a competência legislativa no campo específico da cooperação judiciária em matéria penal (82 ao 86 do TFUE), bem como a que diga respeito à coo-

22. OGALLAR, Beatriz Fernández. *El Derecho Penal Armonizado de La Unión Europea*. Madrid: Dykinson, 2014, p. 171.

peração policial (87 ao 89 do TFUE), deve ser avaliada pelos Parlamentos nacionais com espeque no princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade.

No item 5, aborda-se a competência da União, no sentido de apoiar, coordenar ou completar as ações dos Estados em outros domínios. Por isso, pensamos que a competência vinculativa exclusiva, ou seja, sem a concorrência dos Estados membros, exterioriza-se naquelas contidas no art. 3.º do TFUE.[23]

Em matéria de competência da União, convém pontuar que o TFUE determinou duas circunstâncias. Na primeira, contida no art. 4.º, "1", observa-se a exclusiva atribuição da União para tratar da (a) união aduaneira; (b) regras com relação à concorrência do mercado; (c) política monetária; (d) recursos e exploração marítima; (e) política comercial comum.

Em outros domínios, como o espaço de liberdade, segurança e justiça, sua competência deve ser compartilhada com os Estados membros (4.º, n. 1, j). Com isso, afasta-se qualquer tentativa de supor a prevalência do direito penal europeu sobre o direito interno dos Estados membros. Daí a pertinência da harmonização das disposições normativas europeias e estatais respectivas.

Nesse ponto, incide, sobretudo, o princípio da subsidiariedade. É o que defende o *European Criminal Law Initiative Policy*, ao sustentar que o legislador nacional tem preferência face o legislador europeu, o que torna a legislação penal mais próxima do cidadão.

Isso não significa dizer que os Estados membros podem ignorar as diretrizes fixadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, no campo das "regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça" (83.º, n. 1, TFUE), na intenção europeia de prevenir e combater a criminalidade. Pelo contrário, quando publicadas, devem transpor para o seu direito interno tais *standards*.

Também, isso não implica dizer que a União está destituída da possibilidade de definir infrações e correspondentes sanções, por meio de regulamentos ou medidas (por que não um código de direito penal europeu?) ao abrigo do art. 325.º, do TFUE.[24]

23. Isto é, a União dispõe de competência exclusiva nos domínios da (a) união aduaneira; (b) mercado comum; (c) política monetária; (d) conservação ambiental pesqueira; (e) política comercial comum (art. 3.º, "1", do TFUE).

24. Em 1971, o Conselho da Europa examinou a possibilidade de um Código Penal Europeu. Depois, passou-se a debater o *Corpus Iuris*. Mas, segundo Mário Ferreira Monte, nada se avançou. Do contrário, retrocedeu-se com a Proposta de Diretiva 2001/0115

Cite-se, de igual sorte, o disposto no art. 79, n. 2, "d", do TFUE. Na questão relativa à política de imigração, o tratado autoriza o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio do processo legislativo ordinário, adotar medidas no domínio do "combate ao tráfico de seres humanos, em especial de mulheres e de crianças".

É evidente que aqui estar-se-á a tratar de combate à criminalidade. Consequentemente, de direito penal substancial europeu. Não se deve convir com a ausência de previsão para medidas legislativas penais tão-somente por não estar ao abrigo do art. 83 do TFUE.[25] Ora, quando estruturado efetivamente o *Eurojust*, com a consequente criação do *Parquet Européen* (Procuradoria Europeia ou Ministério Público Europeu),[26] não se vislumbrará obstáculos à codificação penal direcionada a combater "as infrações lesivas dos interesses financeiros da União" (art. 86.º, "1", do TFUE).

Para questionar, os Estados devem recorrer ao art. 83, n. 3, do TFUE, por meio do qual podem questionar o projeto de diretiva que "prejudique aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal".[27] Ou, podem recorrer ao Tribu-

---

(COD), sobre a proteção penal dos interesses financeiros da Comunidade (*O Direito Penal Europeu. De 'Roma' a 'Lisboa' – subsídios para a sua legitimação*. Quid Juris? Sociedade Editora: Lisboa, 2009, p. 70-78).

25. Nessa direção, conferir reflexão de Maria Berger (Le droit de l'Union et la cooperátion em matière pénale. *ERA Forum* (2013) 14:263-275. Springer, p. 265).

26. Cfr. Silvia Armero Villalba, El Fiscal Europeu, in *Garantías constitucionales y Derecho Penal Europeu*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 143-163.

27. É o famoso "travão de emergência". De acordo com Vânia Costa Ramos: "O sistema do Tratado de Lisboa introduziu o já mencionado 'travão de emergência' em matéria penal (arts. 82.º, n. 3, e 83., n.3). Este permite aos EM, quando considerem que uma determinada proposta de Directiva 'prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal', levar essa proposta ao Conselho Europeu, suspendendo-se o processo legislativo ordinário. Se houver consenso no Conselho Europeu, retomar-se-á o processo legislativo ordinário. Não havendo consenso, se pelo menos nove EM o pretenderem, poderão instaurar entre si uma cooperação reforçada com base no projecto de Directiva, considerando-se concedida a autorização referida nos art. 20.º, n. 2, do TUE e 329.º, n. 1, do TFUE. Quanto à utilização do 'travão de emergência' – que poderá determinar um maior ou menor avanço da integração europeia em matéria penal, ou uma maior ou menor variabilidade da geometria penal europeia – é interessante a posição do Tribunal Constitucional alemão, segundo o qual o representante do governo alemão no Conselho apenas pode fazer uso desse mecanismo mediante determinação do Parlamento federal e, caso seja aplicável, do Conselho federal" (Cfr. Direito Penal Europeu Institucional. O quadro "pós-Lisboa" – por mares nunca dan-

nal de Justiça da União Europeia,[28] conforme autoriza o art. 19, do TUE. Caso não questionem essas diretivas perante à União Europeia, significará o seu reconhecimento interno por parte do respectivo Estado membro.

Em verdade, houve uma mudança iniciada pela Corte de Justiça da União Europeia e consolidada no Tratado de Lisboa, com a fusão dos pilares, de maneira que a comunitarização do mercado se estende sobre o espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ).[29]

Não obstante a competência penal substancial da União Europeia, a partir do art. 67.º, n. 3, do art. 83.º, n. 1, do art. 325, n. 1, do TFUE, correspondente aos "bens jurídico-penais europeus", essa circunstância não outorga a União poderes, no sentido de impor medidas normativas penais sem critérios dogmáticos. É aqui, sem dúvida, que os princípios enumerados pelo *European Criminal Policy Initiative* ganham relevo para dosar essa competência.

Embora a expressão "prevenir e combater a criminalidade" contida nos tratados possam transmitir, *prima facie*, que a União Europeia está centrada muito mais na efetividade do *european criminal law* – porquanto não se divisa muita preocupação com os princípios gerais do direito penal – não se pode abrir mão da concepção de bens jurídicos dignos de tutela penal,[30] do princípio da *ultima*

---

tes navegados, edificar-se-á novo reino? *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. A. 73, 2/3 (Abr./Set. 2013), p. 794).

28. Nos termos do art. 19 do TUE, compete ao Tribunal de Justiça da União Europeia interpretar e aplicar os Tratados. Nesse sentido, prevê que "o Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados".

29. KLIP, André. *European Criminal Law. An Integrative Approach*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2009, p. 20.

30. Jorge de Figueiredo Dias empresta significativa importância a essa categoria doutrinária, tanto que propõe o direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional, chegando a afirmar, em alto e bom som, que "*todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico*". Para rememorar, comenta: "Princípio cuja raiz longínqua reside no pensamento filosófico ocidental a partir do século XVII – no racionalismo cartesiano, no individualismo liberal, na mundividência antropocêntrica e humanista – e, pelo que diretamente respeita à doutrina jurídico-penal, no movimento do Iluminismo penal; e que foi afinado na sua projeção prático-normativa durante mais de um século até ganhar expressão definitiva (também na doutrina jurídico-penal portuguesa) em finais dos anos sessenta do século passado. Constando expressamente da legislação ordinária vigente, no art. 40.º, n. 1, do Código Penal na sua versão de 1995, este princípio deve ser considerado também 'princípio constitucional implícito' e com tal tem sido tomado – de forma por vezes expressa, outras

ratio, do princípio da subsidiariedade[31] e do princípio da necessidade da tutela penal legítima, na edificação do direito penal europeu.

Para Sakari Melander a efetividade deve ser a derradeira meta do direito criminal europeu.[32] Pois, se a legitimidade do direito penal europeu corresponder à realização dos seus objetivos, ("prevenir e combater a criminalidade"), a dimensão moral do direito penal pode ser facilmente ignorada. Basicamente, significará que o combate contra o crime poderá ser realizado a qualquer custo, o que não condiz com uma abordagem humana ou racional de uma política de justiça criminal.[33]

Então, mostra-se imperioso à construção do direito penal europeu, colocar sobre a mesa dos debates, essas categorias ou paradigmas da ciência penal, como os princípios contidos no manifesto sobre a politica criminal europeia.

Por outro lado, não se imagine, em verdade, que a existência de bens jurídico-penais impliquem na intervenção do direito penal. Uma coisa é a identificação de bens dignos de tutela penal, outra é a criminalização do respectivo comportamento. Para criminalizar, faz-se mister a presença do bem jurídico-penal somado a outro critério que consiste na necessidade de tutela penal. Um padrão de criminalização deve corresponder à tutela de um bem jurídico digno de pena e carente de punição.[34] Em outras palavras, para criminalizar impõe-se

---

vezes indubitavelmente pressuposta – pela jurisprudência do Tribunal Constitucional" (Cfr. O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 33).

31. A propósito, convêm não confundir o princípio da subsidiariedade do direito penal com o princípio da subsidiariedade do direito europeu expresso no art. 5.º, "3", do TUE, de igual sorte, aplicável ao direito penal europeu. Esse tem como parâmetro o grau de efetividade das normas, nessa dicotomia Estados membros/União, aquele mais delimitado à condicionalidade de intervenção do direito penal dentro de um sistema jurídico.
32. Cfr. "Effectiveness in EU Criminal Law and Its Effects on the general part of criminal law". *New Journal of European Criminal Law*. Quarterly Journal. vol. 4. 2014/03. Belgiun: Intersentia Publishers, 2014, p. 275.
33. MELANDER, Sakari. Idem, p. 275.
34. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias: "Das consequências diretamente decorrentes da proposição político-criminal com que iniciei esta intervenção, atinente à concretização de um direito penal do bem jurídico, destaca-se a do critério da necessidade da intervenção penal ou, o que é o mesmo, da carência de tutela penal. Padrão legitimador da constitucionalidade de uma incriminação é que esta vise a tutela de um bem jurídico digno de pena, mas também carente de punição (aqui residindo a justificação mais funda de expressões neste contexto utilizadas como as de que a intervenção pe-

a presença de um bem jurídico-penal, bem como a necessidade da intervenção do direito penal, como indispensáveis à prevenção e combate à criminalidade.

Por isso, pode-se subscrever a função do direito penal proposta por Jorge de Figueiredo Dias, para o qual "a função precípua do direito penal – e desta deriva o conceito material de crime – reside na tutela subsidiária (de *ultima ratio*) de bens jurídico-penais".[35]

Então, uma vez delineado o bem jurídico-penal europeu, sobretudo a partir dos domínios de criminalidade contidos no art. 83, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), convêm destacar a pertinência dos princípios da necessidade e da subsidiariedade, no desiderato de melhor observar os limites normativos da competência legislativa em matéria penal da UE.

3. Os princípios da necessidade e da subsidiariedade no âmbito do direito penal europeu: uma abordagem pós Tratado de Lisboa

No que concerne ao princípio da necessidade,[36] propõe o manifesto sobre a política criminal europeia que o legislador europeu somente poderá exercer sua competência em matéria penal quando tutele interesse jurídico fundamental, e notadamente: (a) derive de direito originário da União; (b) não entre em contradição com as tradições constitucionais dos Estados membros e com a Carta Europeia de Direitos Fundamentais; (c) a lesão seja gravemente danosa para a sociedade.

Em relação ao princípio da subsidiariedade, como norte a sua observância, sugere o manifesto que o legislador europeu somente poderá regrar uma medida de cunho penal quando: (a) não seja eficaz no âmbito dos Estados

nal é subsidiária ou de ultima ratio) (*O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações*. XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 42).

35. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 151. Sobre a possibilidade de limitar o direito penal com esteio no conceito material de crime, v. Lothar Kuhlen, *El Sistema Integral del Derecho Penal, Delito, determinacion de la pena y processo penal*, Trad. Guillermo Benlloch Petit et. ali, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 129-152.

36. O Manifesto tem como necessário a tutela penal, por exemplo, a Decisão-Quadro 2002/629 JAI (Luta Contra os Direitos Humanos). Essa substituída pela Diretiva 2011/92/EU. Porém, tece crítica à Decisão-Quadro 2008/841/JAI (Luta contra criminalidade organizada), que considera vaga no ponto concernente ao art. 2 da DQ.

membros; (b) em razão da sua extensão ou a sua eficácia possa ser alcançada de melhor maneira no âmbito da União. Para o manifesto, o princípio da subsidiariedade se respeita quando as formas de criminalidade possuem um especial caráter supranacional e não pode ser sancionada de modo eficaz pelos Estados. Para tanto, menciona o terrorismo internacional[37] e os crimes contra o meio ambiente.[38] Com isso, para que uma diretiva ou regulamento que verse sobre direito penal substancial europeu possa ser editado, deverá ser proporcional ao interesse de proteger esses paradigmas.

É imprescindível, para o *European Criminal Policy Initiative*, a demonstração pormenorizada do interesse protegido e que o comportamento declinado no caderno substancial do direito penal seja significativo a ponto de merecer punição. Decerto, no momento inexistem dúvidas sobre a existência de competência penal substancial da União Europeia.[39]

---

37. Nessa direção, convém o estudo da Proposta de Directiva relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo COM (2013) 45 final. E para ter uma exata noção da dimensão da problemática relacionada a isto, vale a pena conferir a Decisão de Execução 2014/701/PESC do Conselho Europeu, que dá execução a Decisão 2011/486, que institui medidas restritivas contra certas pessoas, grupos, empresas e entidades contra a situação no Afeganistão. Com efeito, observa-se que a inclusão de nomes ligados ao terrorismo precede uma justificação fornecida pelo Comité do Conselho de Segurança das Nações Unidas. *In casu*, pessoas associadas ao Talibã (JO 9.10.2014). Por sua vez, a Decisão de Execução 2011/486 é dirigida ao Al-Qaid e aos Talibã, todas referentes a Posição Comum 2002/402/PESC.

38. De observar, a propósito, quão importante o Tratado de Lisboa, no que tange à unificação dos pilares. Pois, com base na teoria dos pilares, o Tribunal de Justiça da União Europeia anulou a Decisão-Quadro 2003/80/JAI (Processo C – 176/03), bem como a Decisão-Quadro 2005/667/JAI (Processo C – 440/05), exatamente por que esse ambiente de proteção jurídico-penal ambiental não estava contido no primeiro pilar.

39. Pedro Caeiro vê a competência penal europeia também de maneira autônoma, invocando, sobretudo, o disposto no art. 83 do TFUE. Segundo o pesquisador, "hoje, é inequívoco que a EU é titular de uma jurisdição penal autónoma, pois cabe-lhe estabelecer 'regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções' nos domínios constantes dos n. 1 e 2 do art. 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), bem como prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros, nos termos do art. 82.º, n. 1, al. b), do mesmo diploma, dispondo por isso dos poderes que caracterizam a jurisdição (prescritiva), em matéria penal (definir o conteúdo e o âmbito de aplicabilidade das proibições penais)" (Cfr. A jurisdição penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: Em Especial, a competência para legislar sobre as bases da jurisdição nacionais. *Boletim da Faculdade de*

Depois de Lisboa, o tema pertinente ao "espaço de liberdade, segurança e justiça", deslocou-se para o Título V do TFUE. Está, agora, organizado em 5 capítulos. O primeiro, dos arts. 67 ao 76, trazem disposições gerais sobre o referido tópico, que representa a espinha dorsal do direito penal europeu. O segundo capítulo cuida das "Políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração" (77.º ao 80.º). O capítulo 3 trata da "cooperação judiciária em matéria civil" (art. 81.º). O 4.º capítulo compreende a "cooperação judiciária em matéria penal" (82.º ao 86.º). E, por último, o capítulo 5 que estabelece regras sobre a "cooperação policial" (87.º ao 89.º).

Na cooperação judiciária em matéria penal, tem-se o princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões, bem como o compromisso de harmonizar as legislações e regulamentos dos Estados, no âmbito do domínio da criminalidade reconhecida pelo direito penal da UE (82.º, TFUE).

Se não pairam dúvidas sobre a existência dessa competência, há problemas na sua extensão e delimitação.[40] Pode a União Europeia editar um Código Penal Europeu? A UE, no combate à criminalidade transnacional, pode exigir dos Estados membros ações que evidenciem essa postura?

Pedro Caeiro vê na jurisdição penal europeia uma jurisdição *sui generis*. Nesse sentido, se depara com quatro diferenças estruturais relativamente à dicotomia Estado e o *ius puniendi*. A primeira concerne à sua determinação pelos tratados, com a delimitação de sua materialidade e modo de execução. A segunda com a limitação desses poderes. A terceira diz respeito à "natureza mediata perante a realidade que, em último termo, pretende regular". E a quarta diferença versa sobre a competência da UE em prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros. Para ele, o princípio da especialidade

Direito. Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. vol. III. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Organizadores. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 180).

40. Na própria Comunicação 2011/573, percebe-se uma dúvida da Comissão Europeia, quando expõe "reflexão sobe a forma como o direito penal poderia contribuir para a recuperação econômica ao ajudar a combater a economia subterrânea e a criminalidade financeira", e menciona pontos como "transporte rodoviário", "proteção de dados", "regras aduaneiras", "proteção do ambiente", "política das pescas", "políticas de mercado interno". Segundo a Comissão, "trata-se de domínios que exigirão um novo exame para determinar se e em que domínios as regras mínimas relativas à definição de infrações e sanções penais podem revelar-se essenciais para garantir a aplicação efectiva da legislação da UE" (JO 16.11.2011).

norteia a competência em matéria penal da UE. É que os poderes, a partir dos quais se define as atribuições e competências, decorrem dos tratados.[41]

Para Pedro Caeiro, enquanto que no âmbito da jurisdição penal estatal prevalece o princípio *Kompetez-Kompetenz*, "a União não dispõe de jurisdição judicativa, do poder de definir certo facto concreto como crime através da efetiva aplicação das normas pertinentes, com vista à imposição das penas aí previstas ao seu agente –, nem de jurisdição executiva, – sc., do poder de fazer cumprir as sanções impostas pela prática de crimes".[42]

Em resumo, para Pedro Caeiro a UE "dispõe apenas de jurisdição prescritiva".[43] Essa característica prescritiva, por isso mesmo, não imediatamente impositiva, ou seja, condicionada consequentemente à regulação estatal, torna a jurisdição penal europeia, emuma "jurisdição de segundo grau ou meta-jurisdição", segundo a qual "consiste no poder de determinar, sob certas condições, os poderes (estatais) que determinam os sistemas jurídico-penais internos".[44]

Há autores, contudo, que sustentam um direito penal verdadeiramente supranacional da UE, como Helmut Satzer e Kai Ambos, com base no arts. 325, n. 4 e 33, do TFUE.[45] É que a redação anterior ao Tratado de Lisboa vedava, no combate à fraude contra o interesse financeiro da União, a incursão no direito penal.[46]

---

41. A jurisdição penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: Em Especial, a competência para legislar sobre as bases da jurisdição nacionais. *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume III. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo.* Organizadores. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 181.
42. Idem, p. 181.
43. Idem, p. 182.
44. Idem, p. 183.
45. (Cfr. CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: Em Especial, a competência para legislar sobre as bases da jurisdição nacionais. *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. In*: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. vol. III. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo.* Organizadores. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012).
46. De facto, a redação anterior ao Tratado de Lisboa era a seguinte: '4. *O Conselho, deliberando nos termos do art. 251. e após consulta ao Tribunal de Contas, adopta as medidas necessárias nos domínios da prevenção e combate das fraudes lesivas dos interesses financeiros da Comunidade, tendo em vista proporcionar uma protecção efectiva e equivalente nos Estados-Membros. Estas medidas não dizem respeito à aplicação do direito penal*

Posição essa, com a qual Pedro Caeiro não concorda.[47] Justifica seu ponto de vista com base em três razões: a) aquela supressão cumpriu uma função enfática, e que por exigir uma interpretação geral do sistema, seria supérflua no plano normativo; b) a eliminação das referidas cláusulas significa o mesmo silêncio de outrora que sustentava a posição de insuficiência normativa para a UE ditar regras imediatamente aplicáveis em matéria penal; c) os Estados não ignoravam essa controvérsia ao suprimirem a cláusula de reserva estatal.

Segundo Pedro Caeiro, os instrumentos legislativos da UE não dão as suas instituições o poder de modificar regras nacionais, mas de "instituir um programa penal europeu através das leis estatais".[48]

É verdade que desde o Tratado de Amsterdã a harmonização consiste em um objetivo central na construção do direito penal europeu, malgrado o Tratado de Maastricht o tenha iniciado com o 3.º pilar, nomeado de Justiça e Assuntos Internos (JAI). Em Lisboa, esse escopo se consolida.[49] Entretanto, não é o único propósito. Frente a interesses da União, há uma intenção *stricto sensu,* como a que subjaz na "luta contra a fraude" expresso no art. 325.º do TFUE. De fato, a União quer efetividade nesse desiderato, com o concurso de ações internas dos Estados membros, porém, sem a dependência deles.

Não é por acaso a previsão do *Eurojust* (85.º, TFUE), da *Europol* (88.º, TFUE) e do *Procurador Europeu* (86.º, TFUE). Essa estrutura, pensamos, tenciona conformar um sistema de justiça penal europeu com tipos penais próprios, sem embargo da pretensão harmonizadora dos sistemas nacionais, direcionados – ambos – à consolidação de um espaço de liberdade, segurança e justiça.

Noutra direção pensa Vânia Costa Ramos. Em sua visão, em que pese a criação da *Eurojust* em Nice, o espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ) não pode ser considerado um espaço judiciário europeu, pois os Estados mem-

nacional, nem à administração da justiça nos Estados-Membros" (280.º, 4, do Tratado que institui a Comunidade Europeia).

47. Idem, p. 184.

48. Idem, p. 186.

49. Por exemplo, tem-se a *Directiva 2011/36/EU*, ao abrigo do art. 82.º, "2" e 83.º, "1", do TUE, relativa à *prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas*, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho. Nela há os *standards* de infrações atinentes ao tráfico de seres humanos que, bem como o patamar de pena máxima de 5 anos, e na forma qualificada de 10 anos de prisão. E mais, a Directiva estabelece no art. 22, um prazo para transposição, outro prazo para que a Comissão apresente um relatório endereçado ao Parlamento e ao Conselho Europeu, sobre as medidas adotadas pelos Estados membros (JO 15.4.2011).

bros permanecem se valendo da cooperação internacional e da preservação das soberanias. Os Tratados de Maastricht, Amsterdã e Nice, endossaram a cooperação internacional policial e em matéria penal, bem como a harmonização mínima do direito penal entre os Estados membros. Porém, não há que falar ainda de espaço judiciário europeu.[50]

Em nosso sentir, caso venhamos a perquirir a circunstância na qual a proposta do Procurador Europeu surgiu, teremos uma nítida impressão de que a União pretende, de maneira autônoma, combater as violações contra seu sistema financeiro. E mais, ao abrigo do art. 88, do TFUE, "formas graves de criminalidade que afectem dois ou mais Estados membros, do terrorismo e das formas de criminalidade lesivas de um interesse comum que seja objeto de uma política da União, bem como no combate contra esses fenômenos".

De acordo com Daniel Flore, não era nova a ideia de um Procurador Europeu, cuja base normativa está disposta no art. 86, do TFUE. Partiu da vontade do Conselho Europeu de assegurar um sistema mais adequado de proteção aos interesses financeiros da Comunidade Europeia.[51] Decorre de um projeto apresentado em 1976 que tencionava mudar o Tratado. Merecem destaque, de igual sorte, a Convenção de proteção dos interesses financeiros da CE de 26 de julho de 1995, o art. 280 do TCE, e a Declaração de Luta Antifraude de 1999.[52]

Além disso, a Comissão decidiu criar em 1995 um grupo de especialistas sob a direção de Mireille Delmas-Marty, com a missão de elaborar um corpo de regras europeias de direito penal material e processual à proteção dos interesses financeiros da União Europeia. O resultado disso desaguou no que se denominou *Corpus Iuris*.[53] No qual, suscitou-se pela primeira vez o Ministério Público Europeu.

Este assunto foi retomado por meio de uma comunicação, no derradeiro momento da Conferência que elaborou o Tratado de Nice em 2000. O objetivo do expediente consistiu em inserir no corpo do tratado o princípio do procurador europeu. Em 1999, o Conselho Europeu se reuniu em Tampere. Naquela altura, avançou a ideia da criação do *Eurojust* como um instrumento

50. Direito Penal Europeu Institucional. O quadro "pós-Lisboa" – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino? *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. A. 73, 2/3 (Abri./Set. 2013), p. 758.

51. FLORE, Daniel. "Le perspective du'um procureur européen". *ERA Forum* vol. 9. (2008). Springer, p. 230.

52. Idem, p. 230.

53. Idem, p. 230.

direcionado a coordenar, de maneira otimizada, a investigação no domínio da criminalidade grave.

Nesse sentido, a Alemanha propôs sua implementação, seguida pela França, Portugal, Suécia e Bélgica, que endossaram uma proposição conjunta. Enfim, na Conferência de Nice, os Estados membros adotaram o *Eurojust*, bem como incluíram no Tratado o princípio do procurador europeu. Paralelamente, discutia-se o instrumento normativo em que se daria a criação dessa nova agência. Assim, por meio da Decisão 2002/187/JAI, instituiu-se o *Eurojust*, a fim de reforçar a luta contra a criminalidade grave.[54] O Tratado de Lisboa consagrou a Procuradoria Europeia (*Parquet Europeen*, *European Public Prosecutor's Office*), nos termos do art. 86, do TFUE.

No que concerne à competência material, Daniel Flore entende que duas são as dimensões das ações do Procurador Europeu. Na primeira, mais restrita, seria proteger os interesses financeiros da União Europeia. Na segunda, no combate à criminalidade considerada grave em uma extensão transfronteiriça.

Segundo Daniel Flore, condicionar a criação do Ministério Público Europeu à *Eurojust*, na forma prevista no tratado, significará o esvaziamento da proposta.[55] Registra o autor que o Procurador Europeu, numa primeira abordagem, integraria o Eurojust, como reforço à agência. De outro modo, coordenaria a proteção dos interesses comunitários e o combate à criminalidade transnacional. Ele, tece críticas sobre a pouca clareza da disposição relativa à operabilidade do Ministério Público Europeu, dado a complexidade da redação dos dispositivos e das dificuldades para a realização do seu objetivo.[56]

Em que pese a "carência de clareza" pontuada por Daniel Flore, relativamente aos horizontes do Procurador Europeu, pode-se sustentar que sua tarefa consistirá, cedo ou tarde, em impulsionar persecuções penais no combate à "criminalidade europeia".

De acordo com André Klip, o Tratado de Maastricht criou a estrutura de pilares com diferentes maneiras de expressão legislativa. No primeiro (mercado comum), o direito comunitário vigora em todos os Estados membros. No segundo pilar, comunitarizava-se as ações de defesa e política externa, com mais ênfase depois do trágico "11 de setembro".[57] O terceiro pilar – gérmen do espa-

54. FLORE, Daniel. Le perspective du'um procureur européen. *ERA Forum* vol. 9. (2008). Springer, p. 231.

55. Idem, p. 235.

56. Idem, p. 234.

57. KLIP, André. Idem, p. 17.

ço de liberdade, segurança e justiça – surge sob a forma de "justiça e assuntos internos".[58] Na verdade, consistia em um programa de harmonização menos concreto que a unificação do mercado, razão pela qual o direito comunitário naquele campo era secundário.[59] Numa palavra, sua implementação dependia, necessariamente, da transmutação dos *stantards* das decisões-quadro para o direito nacional.

Eis que surge o Caso Maria Pupino no Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (C-105/2003). Na espécie, proclamou-se que os Estados, mesmo que não tenham harmonizado sua legislação nacional com as decisões-quadro da UE, no exercício da função jurisdicional devem observar esses regramentos.

No dizer da Corte de Justiça da então Comunidade Europeia, "o órgão jurisdicional nacional é obrigado a tomar em consideração as regras de direito nacional no seu tudo e a interpretá-las, na medida do possível, à luz do teor e da finalidade da referida decisão quadro".[60] Segundo André Klip, com essa decisão, o Tribunal Europeu deu uma significativa contribuição à convergência dos três pilares.[61]

Em verdade, vê-se uma expansão da competência penal europeia. Isso porque, depois de Lisboa, fundiu-se as estruturas em um só pilar, o previsto no art. 3.º, do TUE, prevendo – há um só tempo – um mercado comum, mas também um "espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas", bem como a "prevenção da criminalidade e combate a este fenômeno".

Conquanto não se vislumbre com precisa extensão a competência penal substancial da União Europeia, tem-se por absolutamente necessário seu exercício sob a contenção de princípios, como o da necessidade[62] da tutela penal e da subsidiariedade.

---

58. 5 anos depois, torna-se "espaço de liberdade, segurança e justiça" (ELSJ).
59. Idem, p. 18.
60. JO 16.6.2005.
61. Idem, p. 18.
62. Também não olvida Pedro Caeiro do princípio da necessidade como balizador da intervenção da União: "Assim, a vinculatividade das decisões-quadro, no campo das incriminações, produz uma restrição assaz diminuta da jurisdição penal dos Estados. Desde logo, porque limita apenas o seu poder de não considerar certa conduta como crime (o seu ius non puniendi em sentido estrito); depois, porque diz respeito a áreas relativamente circunscritas, em que o carácter criminal das condutas é, genericamente, consensual; em terceiro lugar, porque a intervenção da União se subordina a um princípio de necessidade, ordenado a uma prevenção e repressão eficaz do crime no ELSJ" (*Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 134-135).

Pedro Caeiro, em escrito anterior ao Tratado de Lisboa, mas com a mesma pertinência doutrinária hodierna, reconhecia que "a competência para criar novas incriminações deveria ser limitada por uma cláusula expressa de necessidade e de subsidiariedade do emprego de reacções penais – princípio político-criminal que constitui já, podemos afirmá-lo, um dos pilares do direito constitucional dos Estados membros".[63]

É certo que a Comissão Europeia, quando apresentou a Comunicação pertinente ao "Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao direito penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE", deixou evidente que o Tratado de Lisboa, de fato, reforçou a competência penal substantiva e processual penal da UE, com uma base jurídica expressa ("resolveu o problema"), porém – subscreveu que – "não cabe à União substituir os códigos penais nacionais".[64]

Pelas diretivas busca-se a harmonização, como necessária à padronização do combate à criminalidade. Pensamos, contudo, no tocante aos *eurodelitos*, poderá a União ir mais além, notadamente quando estruturado o *Eurojust*, com a imperiosa criação do *parquet européen*.

Está certo Pedro Caeiro quanto a competência em matéria penal exposta no Tratado. Para ele, legisla a União sobre as bases da legislação nacional.[65] E, realmente, haverá um programa penal europeu a ser executado pelos estados. Entretanto, naquilo em que o Estado membro prescinde de uma diretriz legislativa europeia, não pode a União legislar, sob pena de ofensa ao art. 5.º, n. 1, do Tratado da União Europeia (TUE).

Porém, convém pontuar que a não transmutação das regras contidas nas diretrizes normativas europeias de natureza penal, não significa a ausência de efeitos jurídicos, porquanto o Tribunal de Justiça da União Europeia poderá emprestar eficácia aos mesmos quando da interpretação das questões submetidas à Corte, inclusive pelos próprios cidadãos.

---

63. Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*. Vol. I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 530.

64. COM (2011) 573 (JO 16.11.2011).

65. Cfr. CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: Em Especial, a competência para legislar sobre as bases da jurisdição nacionais. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. vol. III. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Organizadores. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Os princípios da necessidade e da subsidiariedade possuem uma dimensão europeia. Deve partir dos domínios de criminalidade contidos no art. 83, n. 1, do TFUE, bem como da autorização expressa no 325.º, para combater fraudes contra os interesses financeiros da União, e ainda, no combate à xenofobia e ao tráfico de seres humanos, no campo do art. 79, n. 2, "d", do TFUE, sem embargo de outros evidenciados como possíveis pela própria Comissão Europeia. Esses, desde que não entrem em contradição com as tradições constitucionais dos Estados membros e com a Carta Europeia de Direitos Fundamentais. E acima de tudo, a lesão seja gravemente danosa para a sociedade, digna consequentemente da intervenção do direito penal.

Embora não seja possível divisar com alguma margem de segurança os horizontes do direito penal europeu, pensamos que a harmonização persiste com as contenções internas, na perspectiva das tradições constitucionais dos estados, não – todavia – por conta da derradeira posição da soberania. Mas, em função, como bem pontuado pela *European Criminal Policy Initiative*, dos "valores jurídico-penais dos Estados membros".

4. Considerações finais

Existem diversas diretivas oriundas da União Europeia que interferem nas legislações nacionais. Em matéria penal, podemos destacar a Diretiva 2011/36/UE que dispõe sobre o combate ao tráfico de seres humanos.

Nesta diretiva, por exemplo, define-se como crime "a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, incluindo a mendicidade, a escravatura ou práticas equiparáveis à escravatura, a servidão, a exploração de actividades criminosas, bem como a remoção de órgãos" (art. 2.º)". E como sanção, os Estados membros devem punir com pena de prisão máxima não inferior a 5 (cinco) anos de reclusão (art. 4.º). Ou seja, prevê um piso mínimo[66] de sanção aos que venham a concorrer com a exploração de seres humanos.

No combate ao terrorismo, tramita no Parlamento Europeu (COM(2015) 625), proposta de diretiva que descreve condutas concernentes a infrações ter-

66. Pedro Caeiro direciona uma específica crítica a essa metodologia de regras mínimas. Para ele "há um aspecto em que a jurisdição penal da UE permanece defeituosa: a manutenção do programa das 'regras mínimas' relativamente à definição das infracções (e das sanções) impede-a de pôr limites máximos ao ius puniendi estatal" (*Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 566).

roristas, bem como o recrutamento de pessoas a fim de integrar grupos terroristas, entre outras práticas que o caracterizam, com sanções a exemplo da pena de prisão não inferior a 15 anos de reclusão, consoante prevê o art. 17 da sobredita proposta.[67]

Na Diretiva 2005/60/CE, busca-se combater o branqueamento de capitais (lavagem de dinheiro), bem como o financiamento do terrorismo,[68] com diversas medidas administrativas e penais destinadas a prevenir a ocorrência dessa criminalidade transnacional. Exemplo dessa transmutação para os Estados membros se verifica na *Ley* n. 10 de 2010, que transportou regras dessa diretiva para dentro do sistema jurídico nacional da Espanha.[69]

Essas diretivas demonstram a preocupação em tutelar penalmente bens jurídicos de dimensão europeia. Porém, não subtraem dos Estados membros a competência legislativa em matéria penal, não obstante regulem as práticas criminosas e fixem, ao mesmo tempo, penas mínimas a serem cominadas. Tem-se, de um lado, uma harmonização das legislações nacionais e do outro uma postura positiva da União Europeia no combate direto à criminalidade transfronteiriça.

O direito penal europeu passa por um período de concretização técnico-jurídica. Porém, consiste em uma realidade essencial à consolidação da União Europeia, malgrado as vicissitudes como a saída do Reino Unido. Entretanto, o "brexit" não enfraqueceu o propósito integrativo que caminha para uma efetiva constituição de um espaço de liberdade, segurança e justiça, dentro do ambiente europeu.[70]

---

67. 3. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para que as infrações previstas no art. 4.º sejam passíveis de penas privativas de liberdade, que não podem ser inferiores a quinze anos para a infração prevista no art. 4.º, alínea *a*), e a oito anos para as infrações enumeradas no art. 4.º, alínea *b*). Quando a infração terrorista prevista no art. 3.º, n. 2, alínea *i*), for cometida por uma pessoa que dirija um grupo terrorista, tal como referido no art. 4.º, alínea *a*), a pena máxima não pode ser inferior a oito anos). Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/]. Acesso em: 22 ago. 2016.
68. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32005L0060]. Acesso em: 22 ago. 2016.
69. Disponível em: [https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737]. Acesso em: 22 ago. 2016.
70. No ponto, com precisão, anota Pedro Caeiro: "No que diz respeito à concepção geral do espaço de liberdade, segurança e justiça, o TL procede a uma alteração dotada de elevado valor simbólico: o ELSJ deixa de ser apenas o lugar onde a União procura facultar aos cidadãos um elevado nível de proteção e torna-se consubstancial à própria União, na sua representação de si própria" (*Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 559).

Persistem razões suficientes para uma efetiva autonomia penal europeia com imediata aplicação, quando diante de crimes de transnacionalidade comprovada. De modo que, podemos ver um direito penal europeu em rede[71] – nem a unificação, nem a exclusiva harmonização –, mas uma plataforma de bens-jurídicos penais nacionais (serem regulados pelos estados) e bens-jurídicos penais europeus (serem regulados pela União Europeia). E no cerne disso tudo, uma cooperação judiciária em matéria penal.

5. Referências bibliográficas

AMBOS, Kai. *Derecho y Proceso Penal Internacional*. Ensayos Críticos, Trad. José Ramón. México: Distribucones Fontamara, 2008.

BERGER, Maria. "Le droit de l'Union et la cooperátion em matière pénale". *ERA Forum* (2013) 14:263-275. Springer.

BERNARDI, Alessandro. *I Principi di Sussdiarietà e di legalità nel diritto penale europeu*. Garantias constitucionales y Derecho Penal Europeu. Coord. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CAEIRO, Pedro. *Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia.*Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. vol. I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____; *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____; *A jurisdição penal da União Europeia como Meta-Jurisdição*: Em Especial, a competência para legislar sobre as bases da jurisdição nacionais. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume III. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Organizadores. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crim*e. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____; "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Coló-*

71. Sobre a expressão "direito penal em rede" (Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, A Globalização do Direito Penal – Da Pirâmide à Rede ou entre a unificação e a harmonização. *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 91).

quio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____; Algumas reflexões sobre o Direito Penal na "sociedade de risco". *Problemas fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

FARIA COSTA, José. *A Europa e a Narrativa Penal*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume V. História e Política: entre Memórias e Ideias. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, Stvia Ivridica, 2012.

FLORE, Daniel. "Le perspective du'um procureur européen". *ERA Forum* Volume 9. (2008). Switzerland. Springer.

HERLIN-KARNELL, Ester. *The Constitucional Dimension of European Criminal Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012.

KUHLEN, Lothar. *El Sistema Integral del Derecho Penal, Delito, determinacion de la pena y processo penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit et. ali, Madrid: Marcial Pons, 2004.

KLIP, André. *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 2. ed. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2012.

MELANDER, Sakari. "Effectiveness in EU Criminal Law and Its Effects on the general part of criminal law". *New Journal of European Criminal Law*. Quarterly Journal. vol. 4. 2014/03. Belgiun: Intersentia Publishers, 2014.

MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Víctor Gómez. *Garantías constitucionales y Derecho Penal Europeu*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law*. Oxford na Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009.

MONTE, Mário Ferreira. *O Direito Penal Europeu. De "Roma" a "Lisboa" – Subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

OGALLAR, Beatriz Fernández. *El Derecho Penal Armonizado de La Unión Europea*. Madrid: Dykinson, 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; A Globalização do Direito Penal – Da Pirâmide à Rede ou entre a unificação e a harmonização. *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Volume III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RAMOS, Vânia Costa. Direito Penal Europeu Institucional. O quadro "pós-Lisboa" – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino? *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. A. 73, 2/3 (Abr./Set. 2013).

VILLALBA, Silvia Armero. *El Fiscal Europeu. Garantías constitucionales y Derecho Penal Europeu*. Coord. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y del derecho procesal penal en la Unión Europea, de Hans Joachim Hirsch – *RBCCrim* 56/243-266 (DTR\2005\876);
- Derecho penal economico, criminalidad organizada y Union Europea, de Vincenzo Musacchio – *RBCCrim* 60/208-222, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/1141-1152 (DTR\2006\319); e
- La penetración del derecho penal económico en el marco jurídico europeo, de Carlos María Romeo Casabona – *RBCCrim* 100/367-414 (DTR\2013\402).

Âmbito constitucional de aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador

Constitutional spheres of application of Criminal Law and Administrative Law

Sirlene Nunes Arêdes

Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Público pela UFMG. Professora de Direito Administrativo da Faculdade Milton Campos/Nova Lima-MG.
Procuradora da Câmara Municipal de Belo Horizonte-MG.
sirlenearedes@gmail.com

Recebido em: 30.06.2016
Aprovado em: 31.07.2016
Última versão da autora: 19.09.2016

Área do Direito: Penal; Administrativo; Constitucional

Resumo: O presente trabalho considera que a punição estatal representa conceito amplo que abrange a esfera judicial penal, a judicial não penal e a administrativa, por não existirem critérios materiais, formais ou quantitativos que garantam a autonomia entre as instâncias punitivas; dessa forma, a Administração, ao aplicar sanções administrativas, exerce a mesma atividade que o Poder Judiciário na aplicação de sanções penais ou de outras sanções punitivas. Diante da indiferenciação, sustenta-se que a CF/1988 garante discricionariedade ao Poder Legislativo para determinar a esfera punitiva a ser empregada na repressão de grande parte das condutas; contudo, o Poder Legislativo pode utilizar apenas uma instância em relação a cada ilícito. Defende-se, ainda, que a discricionariedade legislativa é parcialmente limitada pela CF/1988, pois o Poder Legislativo encontra-se vinculado às garantias constitucionais impostas ao poder punitivo e às que são inerentes ao Estado de Direito, que

Abstract: This paper considers the state punishment represents a broad concept that covers the criminal law, non-criminal law and the administrative law while that there is no substantive, quantitative or formal criteria, constitutionally imposed, which guarantees the independence between criminal and administrative spheres of law. Besides, when the Public Administration, applies administrative sanctions, they carry out the same activity as the judiciary when the latter applies criminal sanctions or other punitive sanctions. It considers that the Legislative Power CF/1988 ensures discretionary to determine the punitive approach to be used with most types of behavior, but that the Legislative Power can use only one for each offence, given the applicability of *ne bis in idem* (double jeopardy) in the relationship between the approaches. The discretionary of the Legislative Power is partially limited by CF/1988. Likewise, the Legislative Power is bound by constitutional

devem ser observadas em todas as esferas punitivas. Para a obtenção dos resultados apresentados, utilizou-se *pesquisa bibliográfica*, orientada pela *vertente jurídico-dogmática*.

Palavras-chave: Repressão estatal – Princípios constitucionais – Discricionariedade legislativa – Ilícito penal e ilícito administrativo – Sanção punitiva – *Ne bis in idem*.

guarantees and imposed to the inherent punitive power of the rule of law, so that, regardless of the sphere in which this power manifests these principles must be respected. The presented results were obtained from bibliographical research, guided by the normativist Legal Science model.

Keywords: Punitive power – Constitutional principles – Legal discretionary – Criminal and administrative offence – Penalty – Double jeopardy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Critérios formais de distinção entre infrações e sanções penais e administrativas. 2.1. Requisitos para a imputação. 2.2. Procedimentos. 2.3. Natureza das sanções. 3. Critérios materiais de identificação da instância penal. 3.1. Critério valorativo. 3.2. Critério do bem jurídico. 3.3. Outros critérios materiais. 4. A gravidade da infração e da sanção como critério quantitativo de identificação das instâncias. 5. Conclusão: âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador.

1. Introdução

O poder punitivo estatal encontra-se em expansão e avança em frentes diversificadas: ao lado da ampliação de incriminações, redução de garantias e aumento de penas, observa-se a multiplicação das vias punitivas. No Brasil, além da esfera penal encontram-se diversas instâncias punitivas autônomas (administrativa, eleitoral, cível, política, entre outras) sem relação de interdependência entre elas, e cujos princípios e regras de imputação são especiais, pois, segundo a práxis dominante, as normas constitucionais destinam-se, exclusivamente, à via penal. Parte da doutrina, com o uso de critérios formais, retira da própria diversidade de regime o fundamento dessa autonomia, da qual decorre a regra, segundo a qual a aplicação de penalidades previstas nas diversas instâncias pode ocorrer de forma concomitante.

Essa posição teórica e a prática dela resultante devem ser não apenas rejeitadas, mas também combatidas. Para tanto, defende-se a necessária submissão da repressão estatal aos direitos fundamentais, por entender-se que há garantias constitucionais que não se aplicam apenas ao Direito Penal, mas ao poder punitivo em sentido amplo.

A fim de demonstrar a aplicabilidade de princípios constitucionais à repressão estatal integralmente considerada, o presente estudo propõe-se a revi-

sitar, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988 (CF/1988), as teorias jurídicas que procuraram estabelecer a autonomia entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

Trata-se, portanto, de *pesquisa bibliográfica*, orientada pela *vertente jurídico-dogmática*, tendo em vista que objetiva a "compreensão das relações normativas nos vários campos do Direito" e a "avaliação de estruturas interiores ao ordenamento jurídico" (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 21). Para a elaboração deste texto, dispôs-se de *investigações jurídico-interpretativas*, a fim de decompor o problema jurídico objeto de pesquisa em seus diversos aspectos, relações e níveis (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 29) e utilizou-se o *raciocínio hipotético-dedutivo*, acrescido do *procedimento de análises teóricas*. A pesquisa teórica apropriou-se de estudos doutrinários sobre o tema e analisou normas constitucionais que limitam o poder punitivo estatal. Houve o confronto das soluções encontradas pela doutrina nacional e estrangeira com as normas constitucionais brasileiras.

A análise faz-se necessária devido à multiplicidade de instâncias punitivas na ordem jurídica brasileira, às quais são atribuídas autonomia e independência em relação às demais, sem que se constate(m) critério(s) lógico-jurídico(s) que fundamente(m) essa autonomia. É necessário perquirir em que medida os critérios apontados pela doutrina sustentam a teoria da independência das instâncias punitivas na ordem brasileira, cujos efeitos negativos recaem, especialmente, sobre a aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem* entre as instâncias e os princípios penais da lesividade, fragmentariedade e subsidiariedade.

Pretende-se analisar se o Direito Brasileiro estipula, de forma vinculante para o Poder Legislativo, *condutas* que só poderiam ser tipificadas em uma das ordens punitivas ou se a inserção da conduta na esfera penal ou administrativa geral (isto é, decorrente do exercício do poder de polícia) é discricionariamente atribuída ao Legislativo. E, principalmente, em que medida eventual discricionariedade atribuída pela CF/1988 a esse Poder admite a adoção de regimes jurídicos diferenciados para as sanções penais e administrativas. Por fim, questiona-se a teoria da independência das instâncias por não se vislumbrar autonomia material que sustente a punibilidade de uma mesma pessoa na via penal e na administrativa geral pelos mesmos fatos e fundamentos.

2. Critérios formais de distinção entre infrações e sanções penais e administrativas

Desde o final do século XIX e início do século XX, perdura o debate quanto à autonomia do Direito Administrativo Sancionador (inicialmente denominado Direito Penal Administrativo) em relação ao Direito Penal. Tanto autores

tradicionais quanto autores modernos[1] defendem a inexistência de diferenças qualitativas entre infrações e sanções penais e administrativas.

Segundo esses autores, como não existem diferenças materiais suficientes para caracterizar, de forma autônoma, a esfera administrativa, os regimes somente podem ser diferenciados em aspectos que não contrariam garantias constitucionais conformadoras do exercício do poder punitivo, cuja aplicação não é restrita ao direito penal (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 890 et seq.; REALE JÚNIOR, 2007, p. 95; OLIVARES, 1991, p. 255). Todavia, não há uniformidade quanto ao rol dos princípios comuns à repressão estatal[2] e existe posicionamento que resguarda apenas o devido processo legal e a ampla defesa na esfera administrativa.[3]

Alejandro Nieto García (2005, p. 152 et seq.) adota o critério formal para fundamentar a distinção entre o ilícito penal e o administrativo. Para o autor, ambos os fenômenos são criações normativas e a diferença entre eles decorre da decisão legislativa de qualificar determinada conduta como crime ou infração administrativa e impor regime jurídico específico para cada ilícito.

É necessário identificar se essas diferenças formais subsistem diante dos princípios constitucionais que limitam o poder punitivo e se essa diversidade

1. Podem ser citados: Enrique Aftalión (1955, p. 18), Nelson Hungria (1945, p. 24), José Cerezo Mir (1993, p. 32), Edmar Oliveira Andrade Filho (2003, p. 39 et seq.), Eduardo García de Enterría (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 881), Keity Saboya (2014, p. 108 et seq.), entre outros. Destaca-se a lição de Miguel Reale Júnior (2007, p. 93): "O certo, contudo, é a existência de um *jus puniendi geral*, ao qual se aplica um regime jurídico do Estado punitivo consoante com o Estado de Direito, independentemente da adoção da teoria da diferenciação qualitativa ou quantitativa entre o ilícito penal e administrativo. No entanto, seguindo a maioria da doutrina e da jurisprudência, entendo que não há diferença estrutural, mas apenas normativa entre os dois tipos de ilícito, o que torna ainda mais patente a aplicação ao campo do ilícito administrativo dos princípios constitucionais de proteção do indivíduo perante o Estado punitivo".
2. Miguel Reale Júnior (2007, p. 95 et seq.) defende que são princípios comuns a legalidade, a irretroatividade de disposições desfavoráveis, a segurança jurídica e a proporcionalidade. Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 80) sustenta que a atividade punitiva do Estado submete-se aos princípios da anterioridade, da irretroatividade, da presunção de inocência, do contraditório e ampla defesa e da licitude das provas. Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 103) entende que são princípios aplicáveis ao regime punitivo do Estado de Direito a legalidade, a tipicidade, a irretroatividade, a culpabilidade, o *ne bis in idem* e o devido processo legal.
3. O TRF da 1.ª Região manifestou-se nesse sentido nos autos das Apelações Cíveis 2002.39.00.004716-3/PA e 2004.33.00.022227-1/BA.

é suficiente para garantir autonomia e independência às instâncias. Defende-se que a autonomia será demonstrada se os aspectos formais delimitarem o campo de incidência do direito administrativo sancionador em relação ao direito penal.

Os critérios formais são úteis para determinar o regime jurídico de imposição das sanções punitivas, consoante sejam aplicadas na esfera penal ou na administrativa. Eles podem ser divididos em três grupos: (a) os que se fundamentam nas normas de imputação, ou seja, nos requisitos necessários à imposição das penalidades; (b) os que se fundam na diversidade procedimental; e, por fim, (c) os que se baseiam na diversidade das sanções impostas. Essa distinção é meramente didática, pois esses critérios não são excludentes, mas utilizados em conjunto ou como derivação uns dos outros.

2.1 Requisitos para a imputação

A instância penal possui sistema de imputação geral, estabelecido pelo Código Penal (CP) e pelo Código Processual Penal, que garante certa uniformidade quanto aos requisitos necessários à imposição de suas sanções. Essa uniformidade deriva também do trabalho da doutrina penalista que, ao longo de séculos, desenvolveu o conceito analítico de crime com a finalidade de estabelecer requisitos mínimos necessários à responsabilização penal.

Diversamente, as sanções administrativas são aplicadas sem regime geral de imputação. A competência legislativa dispersa entre os entes federados leva à produção de leis que determinam, para cada caso, critérios diferenciados para aplicação das sanções que cominam. Soma-se a isso que, ao longo dos anos, a doutrina do Direito Administrativo teorizou apenas sobre critérios formais que identificam a infração administrativa, caracterizada pelo descumprimento de uma norma que leva à aplicação de sanção pela autoridade administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 834).

A existência de diversos regimes jurídicos de imputação de responsabilidade não ofende à CF/1988. Contudo, essa diversidade não fundamenta a autonomia da instância administrativa em relação à penal, tendo em vista a natureza descritiva que assumem os critérios formais. Mesmo na esfera penal, há critérios diversificados de imputação de sanções que não levam ao reconhecimento de novas vias punitivas (TOMILLO; RUBIALES, 2013, p. 81 et seq.). Da mesma forma, a legislação pode estabelecer critérios de imputação idênticos aos existentes nas normas penais para as sanções administrativas.

É formal o critério, ainda aceito por algum setor da doutrina brasileira (SILVA, 2006, p. 280 et seq.), que atribui autonomia à esfera penal em relação à administrativa devido à *exigência de dolo ou culpa para a caracterização das*

infrações penais e à dispensa desses elementos para consumação das infrações administrativas (AFTALIÓN, 1955, p. 7).

Nesse sentido é a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 834), segundo quem "infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício da função administrativa". Para esse autor, em relação às infrações e sanções administrativas, "não se está a falar em dolo ou culpa, mas de coisa diversa: meramente do *animus* de praticar dada conduta" (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 842), de forma que basta a voluntariedade para a consumação do ilícito administrativo e a consequente imposição da sanção.[4] Há decisões jurisprudenciais que, com fundamento, especialmente, no art. 136 do CTN, dispensam o dolo e a culpa para consumação das infrações administrativas e imposição de suas sanções.[5]

A jurisprudência do STF sobre o tema é escassa. Encontram-se decisões desse Tribunal que negam seguimento tanto a recursos interpostos contra acórdãos que dispensam o dolo ou a culpa para imposição de sanções administrativas quanto àqueles interpostos contra acórdãos que exigem esses elementos para aplicação dessas sanções.[6] Essa situação parece apontar que, segundo o STF, a exigência ou dispensa de elemento subjetivo para a caracterização da infração administrativa não é questão constitucional.[7]

A possibilidade de aplicação de sanção administrativa de forma objetiva é criticada pela doutrina. Defende-se que o art. 136 do CTN deve ser interpretado em conformidade com o texto constitucional (OLIVEIRA, 2005, p. 26 et

4. Daniel Ferreira (2009, p. 266 et seq.) também sustenta que basta a voluntariedade para a caracterização da infração administrativa: "a voluntariedade, então, revelará (outra vez, porque já pressuposta haver conduta) e como especial *animus*: o de praticar 'aquela conduta' (acelerar) – e não uma outra qualquer (fugir a pé – por exemplo). Desta sorte, a voluntariedade passa a figurar como elemento tipificante não-objetivo (mas *pré-subjetivo*) e equivale a um *especial* querer – o normativamente emoldurado como indesejado" (FERREIRA, 2009, p. 277).

5. "A multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou de dolo do infrator. Desnecessária a efetiva caracterização de dano ao consumidor, tendo em vista que a multa foi imposta em razão do exercício do Poder de Polícia do poder público" (TRF da 4.ª Região, AC 97.04.12439-2/RS). Esse Tribunal manifestou-se no mesmo sentido na AC 2005.33.02.000633-5/BA, cuja decisão foi reformada pelo STJ nos autos do REsp 1.307.212.

6. Comparem-se as decisões do STF nos autos do AI 710.266/PE e do RE 614.164/RN.

7. Em relação às infrações administrativas disciplinares, o tema foi tangenciado no ARE 946.987/AL.

seq.) e é "imperativo o reconhecimento da superação da tese da responsabilidade objetiva das infrações estritamente tributárias, *conditio sine qua non* para compaginar a disposição do art. 136 do CTN com princípios e regras gerais de repressão, que irradiam inegáveis influências no Direito Tributário Sancionador" (SILVA, 2006, p. 297).

É insubsistente basear-se na exigência legal de dolo ou culpa para diferenciação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, pois há normas infralegais que dispensam o dolo e/ou a culpa mesmo para caracterização do ilícito penal (a exemplo do art. 3.º da Lei das Contravenções Penais); da mesma forma, há leis que expressamente exigem esses elementos para configuração da infração administrativa (v. g.: art. 72, § 3.º, da Lei 9.605, de 12.02.1998).

Questiona-se, portanto, se o Poder Legislativo possui discricionariedade para dispensar o dolo e a culpa em alguma instância punitiva ou se há normas constitucionais que impõem esses elementos às infrações penais, mas não às administrativas.

Entende-se que a exigência do elemento subjetivo na conduta punível integra o mínimo necessário à imputabilidade a alguém do descumprimento de uma obrigação. Não é constitucionalmente admissível, em qualquer esfera punitiva, a tipificação de condutas e a cominação de penas senão por condutas praticadas ao menos culposamente. Isso porque prescrições dessa natureza contrariam o princípio de individualização das penas e o direito ao devido processo legal, por preverem punição de pessoas por atos sobre os quais não tiveram qualquer influência. O dolo ou a culpa integram o tipo e sem esses elementos as condutas (proibidas) resultam de coação, caso fortuito, força maior ou ato de terceiros.

Aponta-se também como diferença que *"enquanto o sujeito do direito penal comum é sempre o homem, as sanções do direito penal administrativo podem recair sobre as pessoas jurídicas"* (AFTALIÓN, 1955, p. 10, tradução livre). Parte da doutrina penal rejeita a aplicação de sanções penais às pessoas jurídicas por entender que essas pessoas não possuem "capacidade 'natural' de ação", exclusiva das pessoas humanas, e carecem "de capacidade de culpabilidade" (BITENCOURT, 1999, p. 201). No Brasil, essa tese não é absoluta tendo em vista que, com fundamento no art. 225, § 3.º, da CF/1988, a Lei 9.605/1998 prescreveu a imposição de sanções penais às pessoas jurídicas. Essa previsão legal é apoiada por parte da doutrina e aplicada pela jurisprudência (v. g.: STF, HC 092.921/BA).

O poder punitivo, como mecanismo de controle social, apenas recai sobre condutas humanas, mas a ordem jurídica pode imputar condutas ilícitas

praticadas por pessoas naturais a pessoas jurídicas.[8] A imputação da conduta humana à pessoa jurídica é reconhecida para fins lícitos e é necessária à manifestação de vontade dessas pessoas, que apenas atuam por condutas praticadas por seus representantes (pessoas naturais).

Portanto, a sanção punitiva, em qualquer esfera, terá como causa condutas humanas (ZAFFARONI, 2001, p. 249; QUEIROZ, 2003, p. 240). Questão diversa é decidir sobre quem recairá a sanção punitiva: sobre a pessoa natural que atuou desconforme à norma; ou sobre a pessoa jurídica, beneficiária da conduta e em nome de quem a pessoa natural agiu. Em qualquer caso, como se trata de ações humanas, os critérios e princípios constitucionais de imposição de sanções devem ser respeitados.

Essa imputação diz respeito à política legislativa, ou seja, à conveniência, sob o aspecto da política criminal, da imposição de sanções penais às pessoas jurídicas. Essa questão não implica que a CF/1988 utilize esse critério para apartar a instância penal das demais.

Outro critério proposto é que "*o direito penal deve obediência ao princípio da legalidade estrita, e as sanções aplicadas pelo Direito Administrativo, não*" (NAVARRETE, 1987, p. 289).

No Brasil, essa é uma das questões mais complexas, devido à longa tradição de outorga à Administração Pública da competência para impor originariamente obrigações e cominar penas. A doutrina atual do Direito Administrativo diverge quanto à exigência de tipicidade para a imposição das sanções administrativas e, mesmo entre os autores que entendem imprescindível a tipicidade, não há unanimidade quanto à necessidade de que seja imposta por lei formal.

Os poderes normativos da Administração Pública brasileira foram restringidos pela CF/1988. Em sentido contrário às Constituições anteriores, que lhe atribuíram poderes normativos, a Constituição vigente submete a atividade administrativa à legalidade (art. 37, *caput*), determina que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5.º, II), limita a

8. Sobre o tema, Rafael Queiroz (2003, p. 239) leciona que: "Destarte, percebe-se, desde já, que não faz sentido falar em incapacidade de ação (no sentido finalístico) ou ausência de vontade ou dolo por parte das pessoas jurídicas, pois todo e qualquer ato por estas praticado se dá por meio do agir de um ser humano, estando atendidos, pois, todos os pressupostos psico-biológicos da doutrina finalista da ação. A questão do agir de pessoa física ou jurídica não é fenômeno natural, que se constata por observação empírica; é, isto sim, fenômeno jurídico, que se verifica pela ocorrência de requisitos objetivos que determinam se o evento se deu com o agente no papel de pessoa física ou de pessoa jurídica. Mas a ação, ressalte-se, será sempre obra do ser humano".

função regulamentar ao estabelecimento de condições para o fiel cumprimento das leis (art. 84, IV) e impõe condicionamentos à edição de Medidas Provisórias (art. 62) e de Leis Delegadas (art. 68).[9]

Discute-se se há necessidade de lei formal para impor quaisquer obrigações na esfera administrativa ou se a expressão *lei*, utilizada no art. 5.º, II, da CF/1988, significa *ordenamento jurídico* de forma ampla e contempla também os regulamentos.

Esse dispositivo refere-se à lei em sentido estrito, contudo, não no sentido de que a lei deva estabelecer todas as obrigações, pois, se assim fosse, mesmo as obrigações contratuais não vinculariam as partes. Exige-se que as obrigações tenham fundamento e origem em lei formal, ainda que demandem atos jurídicos intermediários para individualizar essas obrigações.

A lei deve estabelecer os limites de restrição (no caso de obrigações unilaterais) ou de disposição (no caso de obrigações bilaterais) de direitos a que seus destinatários se submetem. A CF/1988 não admite a transferência, de forma ampla, ao Poder Executivo da competência para impor obrigações, tipificar infrações e cominar penalidades. É necessário que lei, em sentido estrito, defina os limites das restrições a ser impostas pela Administração, estabelecendo parâmetros de condutas que poderão ser proibidas e as penas cominadas.[10]

Como o princípio da legalidade estrita tem a função de limitar a irracionalidade e arbitrariedade do poder punitivo estatal, também a tipificação de infrações administrativas deve fundamentar-se em normas legais expedidas pelo Poder Legislativo.

2.2 Procedimentos

O segundo grupo de critérios formais diferencia infrações e sanções penais e administrativas em razão de regras procedimentais. Essas teorias sustentam que a instância administrativa diferencia-se da penal porque suas sanções

9. Ainda que a Constituição anterior trouxesse, em seu art. 150, § 2.º, norma similar à estampada no art. 5.º, II, da CF/1988, a ampla competência legislativa atribuída ao Chefe do Executivo para expedição de Decretos-Lei, no art. 58 daquela Constituição, ampliada pela Emenda 01/1969 (art. 55), conferiram à Administração o poder de impor obrigações às pessoas independentemente de lei. Situação similar ocorreu em relação às Medidas Provisórias, na vigência da CF/1988, até a Edição de sua Emenda 32, que limitou os poderes normativos do Chefe do Executivo Federal.

10. A jurisprudência do TRF da 1.ª Região exigia legalidade estrita na tipificação de infrações administrativas: REO 2000.01.00.065938-0/MG e REO 1998.01.00.002638-7/PA. O STJ, todavia, firmou a jurisprudência em sentido contrário: REsp 1.102.578/MG e AgRg no REsp 1.541.592/RS.

são aplicadas por autoridade administrativa; possuem autoexecutoriedade; não podem ser convertidas em pena privativa de liberdade; e não há registro de sua aplicação em cadastros de infratores.

Na doutrina e jurisprudência brasileiras, o principal critério utilizado para identificar as sanções administrativas é a *autoridade competente para sua imposição*: autoridade administrativa no exercício da função administrativa. Já o ilícito é caracterizado pela sanção: ilícito administrativo é aquele que dá ensejo à imposição de uma sanção administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 834; MELLO, 2007, p. 62 et seq.; FERREIRA, 2009, p. 188).

Ainda consoante essa teoria, como a sanção é imposta por autoridade no exercício da função administrativa, seu regime jurídico é diverso das penalidades impostas na via judicial, cuja função exercida é jurisdicional (MELLO, 2007, p. 65).[11] Para Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales (2013, p. 83, tradução livre), a circunstância de suas sanções ser impostas na via administrativa "reforça a necessidade de submeter o Direito Administrativo, na medida mais ampla possível, aos estritos princípios do Direito Penal", uma vez que a imposição de sanções, por vezes mais grave que as penais, são atribuídas a servidores públicos, "*a priori* com qualificação inferior a de juízes e magistrados".

Já Fábio Medina Osório (2005, p. 85 et seq.) critica essa posição, por entender que o elemento subjetivo (referente ao sujeito que aplica a sanção) não é essencial para configurá-la, pois a sanção administrativa deve ser identificada pelo conteúdo material dessa função, e aponta que o Legislativo pode atribuir ao Judiciário a competência para aplicar sanções administrativas. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) atribui ao Ministério Público e ao Judiciário competência para investigar e sancionar condutas ilícitas, que, segundo a jurisprudência, caracterizam infrações administrativas gerais (v. g., arts. 97, § 1.º, 136, 148, VI, e 194 do ECA).

Consoante leciona Miguel Seabra Fagundes (2006, p. 3 et seq., destaques no original), as funções administrativa e jurisdicional destinam-se à realização do direito, enquanto a legislativa visa a sua produção. Segundo esse autor,

> (...) *legislar* (editar o direito positivo), *administrar* (aplicar a lei de ofício) e *julgar* (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão.

11. "Portanto, o traço que identifica a sanção administrativa é formal. De fato, ao atribuir à Administração Pública competência para impor sanção, a lei determina que tal atividade sancionadora seja praticada no exercício da função administrativa, que se diferencia das demais funções estatais, inclusive da jurisdicional, por força de seu regime jurídico" (MELLO, 2007, p. 65).

Como as funções administrativa e jurisdicional têm por escopo a aplicação do direito, são funções de execução, o que dificulta "fixar para cada uma destas o conceito específico" (SEABRA FAGUNDES, 2006, p. 7).[12]

O autor diferencia essas funções quanto ao momento em que a função jurisdicional é chamada a intervir (situação contenciosa surgida no processo de realização do direito); ao modo que é exercida para alcançar sua finalidade (interpretação definitiva do direito controvertido); e à sua finalidade ("o trancamento da situação contenciosa, conseqüência necessária da interpretação fixada") (SEABRA FAGUNDES, 2006, p. 14 et seq.).

No ordenamento jurídico brasileiro, a função administrativa é exercida por todos os Poderes do Estado, no que tange à organização e gestão interna de cada um. Segundo a doutrina, a função administrativa é privativa do Poder Executivo no que concerne a prestação de serviços públicos, gestão de bens públicos, intervenção no domínio econômico e exercício do poder de polícia (PIETRO, 2009, p. 54 et seq.).

Contudo, em relação ao poder de polícia, apenas a fiscalização é função exclusiva do Poder Executivo, pois imposição e execução de sanções também são atribuídas ao Judiciário. O poder de polícia integra o poder punitivo estatal cuja execução incumbe, em parte, à Administração, no desempenho da função administrativa, e, em parte, ao Poder Judiciário, na prática da função jurisdicional. Assim, a alteração do regime jurídico com fundamento na autoridade competente para a imposição das sanções somente pode ocorrer quanto a princípios que não se vinculam à atividade.

Identificar a natureza da sanção pela autoridade competente para sua imposição possibilita a multiplicação das vias punitivas, pois cada sanção passa a ser considerada autônoma em relação a outras já existentes, desde que imposta por autoridade diversa.

No ordenamento jurídico brasileiro, o poder punitivo não se manifesta autonomamente apenas nas esferas penal e administrativa geral. Atribui-se autono-

12. Segundo esse autor, "o procedimento do Estado, por meio da função jurisdicional, muito se assemelha, como elemento de individualização da lei, ao que é praticado por meio da função administrativa. A função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais. À primeira vista ela se confundiria com a Administração como função realizadora do direito, pois que o ato jurisdicional é tipicamente um ato de realização do direito pela individualização da lei. Expressa a vontade do Estado, pelo preceito normativo, todos os atos destinados a fazê-la são, sem dúvida, atos de execução, quer os que aparecem como resultado do exercício da função administrativa, quer os decorrentes da atividade jurisdicional" (SEABRA FAGUNDES, 2006, p. 13 et seq.).

mia, em razão da autoridade competente para aplicação da sanção, à instância punitiva cível, à eleitoral, à dos Tribunais de Contas, à administrativa disciplinar e à política. Ao atribuir-se autonomia e independência a cada uma dessas vias punitivas, permite-se a reiteração do exercício do poder punitivo, pois os mesmos fatos são objeto de distintas sanções e processos, independentemente do resultado de cada um deles.

Como exemplo, pode-se citar a Lei 8.429, de 02.06.1992 que, ao tipificar os atos de improbidade administrativa, conferiu a competência para aplicação de suas sanções ao Poder Judiciário, sem retirar a competência da Administração Pública para sancionar os mesmos fatos. Embora a CF/1988 permita a cumulação de sanções por atos de improbidade com sanções penais e civis reparatórias, atualmente, um só fato qualificado como improbidade administrativa pode ser processado e punido nas vias cíveis reparatória e punitiva, nos termos da Lei 8.429/1992; na esfera penal, se a conduta consumar tipo penal; na instância administrativa disciplinar, nos termos dos estatutos dos servidores; e pelos Tribunais de Contas, se caracterizada a má gestão de bens públicos.

Entretanto, deve-se destacar que a ordem jurídica brasileira também admite a interdependência entre as instâncias. As normas legais preveem hipóteses em que decisões administrativas conduzem à extinção da punibilidade penal[13] e outras em que é necessária a manifestação administrativa para o início da ação penal, como em alguns crimes tributários.

Nesse contexto de inter-relação, a competência para aplicar sanções não fundamenta que em determinada via o regime jurídico dispense garantias e princípios constitucionais que restringem o exercício do poder punitivo. Esses princípios, por ser impostos ao Poder Legislativo, como limites a sua atuação, não podem ser afastados por leis infraconstitucionais.

Já a *autoexecutoriedade das decisões administrativas* é admitida pela doutrina brasileira apenas se houver previsão legal expressa ou em caso de urgência, se a medida for imprescindível ao resguardo do interesse público e não comportar as demoras do processo judicial (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 829). Como a aplicação da sanção punitiva não é urgente, apenas medidas cautelares podem ser impostas na ausência de autorização legal expressa.

13. Nesse sentido, o art. 87 da Lei 12.529, de 30.11.2011, prevê regras para a celebração do acordo de leniência, cuja declaração de cumprimento, pela autoridade administrativa, conduz à extinção da punibilidade por crimes contra a ordem econômica e os diretamente relacionados à prática de cartel.

A execução forçada da multa administrativa exige a instauração do processo judicial, tendo em vista que a lei não lhe atribui autoexecutoriedade, o que demonstra que essa característica não é intrínseca às sanções administrativas. O ordenamento jurídico brasileiro impõe o mesmo regime de execução à multa penal e à administrativa: o processo de execução fiscal regulado pela Lei 6.830, de 22.09.1980 (art. 1.º-A. da Lei 9.873, de 23.11.1999, e art. 51 do CP).

Mesmo nos casos em que a lei garante autoexecutoriedade à sanção administrativa, nos termos do art. 5.º, XXXV, da CF/1988, mediante pedido do interessado, ao Poder Judiciário compete afastar sua execução imediata até que se decida quanto à licitude de sua imposição.

A ordem jurídica brasileira não admite *a conversão em pena privativa de liberdade de sanção penal de natureza diversa*. Permite-se apenas a revogação da decisão que converte a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, que a suspende ou que determina a suspensão condicional do processo.

Não há possibilidade de imposição da pena privativa de liberdade no caso de infração penal para a qual essa pena não é cominada como sanção principal. Esse é o caso do crime de posse de drogas para uso próprio, das hipóteses de imposição de sanções penais às pessoas jurídicas ou da expressa previsão no art. 51 do CP, que impede a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade.

Embora a *inscrição em cadastros de antecedentes* criminais seja tradicional no direito penal, inicia-se o uso de expedientes semelhantes na via administrativa. Nesse sentido, há leis que impõem a existência de cadastros para registro de infrações e de outras informações de interesse da Administração (v. g.: prontuário de condutores habilitados previsto nos arts. 153, 159, 259 e 261 do CTB). Outras leis preveem que a reincidência em infração administrativa agrave a penalidade, determinação que só pode ser cumprida se existentes registros de sanções administrativas aplicadas (v. g.: art. 176 da Lei 9.472, de 16/07/1997).

2.3 Natureza das sanções

O último grupo de critérios formais fundamenta a autonomia e diversidade entre as instâncias administrativa e penal na *natureza de suas sanções*. Em relação a esses critérios, defende-se que não é o tipo de prestação exigida que identifica a *pena*, mas *a restrição de direito em razão da prática de ato ilícito, cuja finalidade não seja reparatória ou cautelar*. Sua imposição efetiva-se por meio do direito penal e processual penal, direito administrativo sancionador ou processual civil.

Quanto ao tipo de medidas restritivas caracterizadas como penas, a ordem jurídica nacional limita o Poder Legislativo quanto ao uso, fora da instância

penal, de determinadas medidas. A primeira restrição diz respeito ao uso da *pena privativa de liberdade*, que é destinada pela CF/1988, primordialmente, ao direito penal e autorizada, em caráter excepcional, na esfera administrativa disciplinar, pelo descumprimento de ordenações administrativas militares, e na judicial cível, em razão do inadimplemento de obrigação alimentar.[14]

Dessarte, embora consista em importante limitação constitucional ao Poder Legislativo na conformação da instância administrativa geral,[15] a possibilidade de cominação da pena privativa de liberdade não é suficiente para identificar e garantir autonomia ao direito penal em relação às demais formas de manifestação do poder punitivo. Se assim fosse, as garantias penais estariam limitadas às hipóteses em que essa pena é cabível, inaplicáveis, portanto, na imposição de outros tipos de sanções penais, e essas mesmas garantias seriam exigíveis em sua imposição em outras esferas.

Outro motivo que impede a identificação da via penal pela aplicação da pena privativa de liberdade é que a CF/1988, no art. 5.º, XLVI, prescreve a aplicação de outras modalidades de penas. Não há obrigatoriedade de que as normas penais utilizem exclusivamente a pena privativa de liberdade como sanção. Pelo contrário, a existência de "infrações penais de menor potencial ofensivo", previstas no art. 98 da CF/1988, a ser processadas e julgadas em procedimento simplificado, que admite a transação, impõe restrições ao uso dessa pena mesmo na instância penal. Em relação a essas infrações, entende-se incabível a imposição da pena privativa de liberdade devido à natureza sumária do processo em que as sanções são impostas.

Em relação às sanções que podem ser impostas na via administrativa, o Poder Legislativo também se encontra limitado pelo art. 5.º, XIX, da CF/1988,

14. "(…) Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (…)" (STF, RE 349.703/RS).

15. Contudo, no âmbito das relações gerais, a legislação brasileira admite a restrição administrativa da liberdade de locomoção das pessoas, independentemente de autorização judicial, com fundamento na necessidade de prevenção ou tratamento (v.g.: art. 8.º da Lei 10.216, de 06.04.2001). Essas medidas são normas penais não manifestas (ZAFFARONI et al., 2011, p. 88), cuja constitucionalidade é questionável, por permitirem a restrição compulsória da liberdade de locomoção sem a intervenção judicial.

segundo o qual: "*as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial*, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado". Portanto, essa sanção não pode ser imposta pela Administração Pública, ainda que seja cabível na via administrativa judicial.

Questão que demanda análise da doutrina brasileira é a *restrição de direitos políticos*, uma vez que o art. 23 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina que esses direitos somente podem ser restringidos em *processo penal*. A possibilidade de aplicação dessa pena fora do processo penal (v. g.: na instância eleitoral, por improbidade administrativa) é questionada, tendo em vista que, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 349.703, o STF estabeleceu que as normas dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil possuem *status* supralegal.

A adoção da teoria da supralegalidade das convenções sobre direitos humanos conduz à inaplicabilidade de leis ordinárias e complementares que preveem a suspensão ou cassação de direitos políticos em desacordo com o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Sobre o tema, deve-se analisar se basta o processo penal para imposição da suspensão de direitos políticos ou se também é exigível que a imposição dessa sanção tenha como causa infrações penais.

3. Critérios materiais de identificação da instância penal

O Estado de Direito impôs novos delineamentos ao exercício do poder punitivo em relação ao regime anterior (LOPES, 1999, p. 325). De acordo com a ideologia do liberalismo, o Estado não poderia, livremente, restringir a esfera privada. Nesse sentido, o art. 10 da Constituição Portuguesa de 1822 estabeleceu que nenhuma lei, especialmente a penal, poderia existir sem absoluta necessidade e a Declaração (francesa) dos Direitos do Homem de 1789, em seu art. VIII, determinou que a lei somente cominasse penas estritamente necessárias. Alguns estados europeus transferiram ao Poder Judiciário a competência para aplicação de penas, por considerarem que, de acordo com a separação das atividades e poderes estatais, essa atividade é função tipicamente jurisdicional (LOZANO, 1990, p. 394).

Nesse contexto de mínima intervenção estatal, a doutrina iniciou a análise das condições necessárias a que determinadas condutas pudessem ser penalmente tipificadas. O conceito e o conteúdo material da conduta criminosa surgiram com a finalidade de limitar a discricionariedade legislativa, motivo pelo qual o conceito de crime deveria ser preexistente à ordem jurídica (FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 35). Buscou-se também estabelecer critérios críticos do direito vigente (FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 35).

Essas concepções visam a delimitar o âmbito do direito penal em relação a outras formas de intervenção estatal e ao irrelevante jurídico e se manifestam em duas vertentes: alguns autores buscam fora do ordenamento jurídico situações que caracterizam a conduta criminosa ou o sujeito criminoso; enquanto outros buscam na ordem jurídica externa ao direito penal, especialmente na Constituição, a identificação dessa instância.

3.1 Critério valorativo

Em seus primórdios, o conceito material de crime objetivou delimitar o âmbito de liberdade individual e nele inibir interferências estatais *indevidas*. Com o Estado Social, a ampliação das competências do Executivo e a transferência a ele do exercício do poder punitivo, em áreas antes reservadas ao Judiciário, levaram a doutrina a procurar, no conceito material de crime, a identificação e diferenciação das esferas penal e administrativa sancionadora. Concebeu-se a instância penal como *ultima ratio* em relação às demais formas de intervenção estatal.

Nos países em que as demandas do Estado Social levaram ao incremento da criminalização, a atribuição do poder punitivo à Administração Pública objetivou retirar, do âmbito das proibições penais, essas *novas* incriminações (CARVALHO, 2008, p. 124).

O principal expoente da autonomia material do Direito Penal Administrativo em relação ao Direito Penal foi James Goldschmidt, que firmou diversas proposições nesse sentido.

O principal critério defendido por esse teórico, posteriormente desenvolvido por outros autores (BELEZA DOS SANTOS, s/d., p. 39 et seq.), é que a conduta penalmente relevante constitui ilícito natural, devido a seu desvalor ético-social, enquanto o ilícito administrativo possui conteúdo eticamente neutro, pois consiste em mera desobediência às determinações administrativas.[16]

16. Segundo James Goldschmidt (2010, p. 302): "Corresponde ahora establecer la diferencia de la norma del Derecho penal administrativo y la del Derecho penal justicial. Ambas implican límites a la voluntad. Pero solamente la norma del último es, como puro precepto penal, una expresión de juicio o de valoración, una expresión de convicción. Su naturaleza se manifiesta en que cada una de esas normas contiene una prohibición, de causar un perjuicio o de crear un riesgo […], esto es, en su función concreta y material, así denominada por la corriente dominante, de proteger bienes jurídicos. En ella, se muestra el componente ético de esas normas, al que – aunque no incondicionalmente para todo el Derecho – corresponden las palabras de Jellinek de 'mínimo ético'. Ese componente ético, en el que se refleja ese juicio de valoración, la falta a la norma del Derecho penal administrativo".

As formulações iniciais desse critério pressupuseram a existência do delito natural, conceito segundo o qual a ilicitude de determinadas condutas decorre delas mesmas, independentemente de sua qualificação pelo ordenamento jurídico, por isso são punidas pelo direito penal. Diferentemente, as sanções administrativas aplicam-se a condutas cuja ilicitude decorre, exclusivamente, da norma jurídica que a proíbe (GOLDSCHMIDT, 2010, 303 et seq.). Portanto, a ilicitude é diferenciada, pois as infrações administrativas são ilícitos meramente formais, decorrentes da vontade estatal, que lesam interesses da Administração e cujas sanções visam "chamar o desobediente e lembrar-lhe seus deveres" (CEREZO MIR, 1993, p. 28) (SABOYA, 2014, p. 116).

A dificuldade em determinar o conceito e o conteúdo do delito natural, devido à historicidade e à contingência do direito, levou à vinculação desse conceito ao momento histórico e à sociedade. Sob essa perspectiva, a infração penal é ético-socialmente relevante e a infração administrativa é ético-socialmente neutra, em determinado contexto social (CEREZO MIR, 1993, p. 28).[17]

Segundo a doutrina, essa proposta ofereceu substrato ideológico à descriminalização ocorrida na Alemanha no início do século XX (LOZANO, 1990, p. 402 et seq.) e foi, de certa forma, adotada pela Lei Penal Econômica Alemã de 1949, que impôs, como critério de diferenciação entre crimes econômicos e contravenções, a extensão dos efeitos do fato: devia-se analisar "se os efeitos do fato permanecem no âmbito interno da Administração (sendo, portanto, contravenções) ou se são suscetíveis de afetar 'a capacidade da ordem econômica protegida pelo Estado'" (JAKOBS, 2009, p. 86).[18]

17. "(…) o âmbito dos imperativos que, realizando essas finalidades ou interesses, são fundamentáveis na consciência ética da sociedade – e que, por isso, justifica, quando violados, a aplicação de penas criminais, por oposição aqueles outros que são eticamente neutros e cuja infracção, portanto, só pode implicar uma pura censura social – alarga-se mais ou menos conforme o lugar, o tempo e as circunstâncias. Daí a justeza da idéia de que tal como a historicidade é inseparável da existência do homem e dos sentidos que lhe cumprem, também o núcleo do ilícito criminal se transforma no tempo, na medida em que é influenciado pela sua dimensão histórica" (CORREIA, 1973, p. 268 et seq.).

18. Atualmente, segundo parte da doutrina, a legislação alemã estabelece limite formal entre crimes e contravenções: essas caracterizam-se pela imposição de multa administrativa que não pode ser convertida em pena privativa de liberdade (JAKOBS, 2009, p. 87; LOZANO, 1990, p. 403 et seq.). Em sentido contrário, Fabio Roberto D'Avila (2006, p. 16 et seq.) leciona que o direito alemão adota predominantemente diferenciação quantitativa.

Atualmente, parte da doutrina defende essa concepção,[19] ainda que o critério da valoração ética da conduta seja conjugado com o critério da proteção dos bens jurídicos, conforme já proposto por James Goldschmidt (2010, p. 294).[20] Na doutrina portuguesa, esse critério é defendido por Eduardo Correia (1973, p. 267 et seq.) e Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 146).

Há autores que, fundamentados nessa diferenciação, rejeitam o exercício de iguais garantias nas instâncias penal e administrativa (CORREIA, 1973, p. 267 et seq.). Defendem que "o direito administrativo sancionador não é parte do direito penal, nem é um direito penal especializado, tampouco contém normas incriminadoras" e que essas esferas são diferenciadas pela "diversa 'ressonância ética', peculiar ao direito penal, que não qualifica o ilícito administrativo" (CORACINI, 2004b, p. 259).

Contesta-se esse critério, pois a análise da legislação positiva dos diversos países demonstra a discricionariedade legislativa quanto à tipificação de infrações penais e administrativas: o Poder Legislativo pode transformar crimes em infrações administrativas e vice-versa. Nessas hipóteses não seria razoável entender-se que a natureza do ilícito pudesse ser alterada por simples decisões legislativas, "ainda que mantenham descrição típica inalterada, mudando-se apenas a sanção ou o regime legal" (TOMILLO; RUBIALES, 2013, p. 99, tradução livre).

A doutrina aponta ainda que o Poder Legislativo não possui competência para cominar penas, mesmo na esfera administrativa, sem que estejam em causa condutas socialmente relevantes (CEREZO MIR, 1993, p. 28; SABOYA, 2014, p. 133 et seq.). Nesse sentido, Américo Taipa de Carvalho (2008, p. 120) sustenta que as condutas tipificadas como ilícitos de mera ordenação social não são axiológico-socialmente irrelevantes, pois, se assim fosse, "teríamos de concluir que as decisões legislativas de qualificação como ilícitos de mera or-

19. Celso Eduardo Faria Coracini (2004b, p. 243) afirma que cabe ao Direito Administrativo Sancionador "a punição de todas as condutas que puderem ser por ele coibidas sem que possuam especial conteúdo ético. Já as condutas que, reunindo um conteúdo ético-social relevante, não puderem por outro modo ser prevenidas eficazmente demandarão, por sua especial gravidade, a sanção penal".

20. "Como criterio más seguro para saber si una infracción es punible desde el punto de vista penal o administrativo, el jurista en todo momento se sirve del tipo que regula la conducta. Mientras el delito comprende junto al elemento formal de la antijuridicidad, uno material, el menoscabo de un bien jurídico, el ilícito administrativo encierra solamente un elemento formal, la antijuridicidad administrativa, o más concretamente aún, el quebrantamiento de una disposición administrativa" (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 294).

denação eram inteiramente desvinculadas, i. é, eram inteiramente discricionárias, ou até arbitrárias".

Em relação ao conteúdo valorativo da conduta que a qualifica como delito natural, ainda que condicionado aos valores existentes na sociedade, a teoria não se sustenta. Não é possível cogitar-se de um delito natural, isto é, uma conduta juridicamente punível senão em virtude de sua proibição pelo direito; nem é possível a existência de condutas ilícitas sem que o Poder Legislativo lhes tenha atribuído sanção aplicável de acordo com a ordem jurídica (KELSEN, 1998, p. 125).

Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 246 et seq.) leciona que não é possível identificar qualquer conteúdo intrínseco às condutas penalmente tipificadas ou determinar quaisquer aspectos comuns entre elas. Essas condutas representam conflitos sociais arbitrariamente selecionados pelo Poder Legislativo e punidas com ameaça da sanção penal.[21] A análise dos ordenamentos jurídicos demonstra que a disparidade de hipóteses e de reações do sistema penal não gera nada unitário (ZAFFARONI, 2001, p. 247).

Não é possível afirmar que a tipificação de condutas, sob ameaça da sanção penal, sequer considera os valores mais importantes para a maioria do grupo social. A identificação da esfera penal com apoio no grau de reprovação ética da conduta desconsidera a pluralidade de valores sociais e pressupõe que a ordem jurídica protege os valores de todos os grupos sociais da mesma forma e com a mesma intensidade (GUIMARÃES, 2002, p. 480). A ordem jurídica, inclusive as normas penais, acolhe valores éticos dos grupos sociais de forma diversificada e é impossível proteger todos eles, pois, muitas vezes, são discordantes.[22] Sobre o tema, Manuel da Costa Andrade (*apud* PRATES, 2005,

21. Para esse autor, *"'o' delito não existe. A parte especial de qualquer código penal elenca uma quantidade de ações conflitivas totalmente heterogêneas quanto ao seu significado social*. Se observarmos como opera o sistema penal nessas hipóteses conflitivas, veremos que na imensa maioria dos casos este não intervém (furtos, subornos, estupros, etc., que somente em número ridiculamente ínfimo chegam à agência judicial), em outros intervém somente em alguns casos e contra determinadas pessoas (homicídios, ou seja, nos casos em que historicamente o maior número foi cometido pelo próprio Estado, e quase nunca chegam ao conhecimento das agências judiciais), em outros tantos casos nunca intervém, apesar da grande freqüência com que ocorrem (adultérios), alguns até passaram da moda (duelo), outros jamais se apresentaram (infidelidade diplomática), etc." (ZAFFARONI, 2001, p. 246 et seq., sem destaques no original).

22. Consoante lecionam Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales (2013, p. 78 et seq., tradução livre), não é simples "deduzir as normas de Direito Penal a partir de

p. 141) afirma que "não é muitas vezes tarefa fácil ajuizar sobre se uma conduta é crime porque assume relevância ética ou se, pelo contrário, ela assume relevo ético porque é crime".

Por fim, de certa forma, esse critério é quantitativo, pois algumas condutas ofendem mais a alguns valores ético-socialmente mais aceitos que outras. Na medida em que a CF/1988 autoriza o Poder Legislativo a não criminalizar todas as condutas eticamente reprováveis, o critério serve apenas como medida de política criminal, mas não para identificar e delimitar as instâncias penal e administrativa.

3.2 Critério do bem jurídico

Parte da doutrina defende que há diferença entre o direito penal e o direito administrativo sancionador porque apenas o primeiro protege bens jurídicos. A proposição de que a esfera administrativa não protege bens jurídicos deve ser rejeitada. Aceitar essa assertiva implica defender a existência de prescrições jurídicas puramente arbitrárias sem qualquer referência ao sistema social em que se inserem (CEREZO MIR, 1993, p. 29; TOMILLO; RUBIALES, 2013, p. 95 et seq.). A intervenção estatal, especialmente para limitar direitos fundamentais constitucionalmente assegurados mediante imposição de pena, somente é legítima se protege bens jurídicos.

A proteção dos direitos fundamentais sobrepõe-se a outras atividades administrativas, que somente se revestem de interesse público se possuírem a finalidade de concretizá-los, pois a efetivação desses direitos integra o conceito de interesse público (ÁVILA, 2007). Nesse sentido, Florivaldo Dutra de Araújo (2011, p. 79) ensina que:

> (...) *data venia*, entendemos que não pode haver preocupação maior e mais relevante para a administração pública do que a dignidade do ser humano, na condição geral de cidadão, ou atuando como agente público. É nesse sentido que o art. 1.º da Lei Federal n. 9784/1999 estabelece que o processo administrativo deve visar 'em especial, à proteção dos direitos fundamentais e ao melhor cumprimento dos fins da Administração'. Portanto,

uma ordem de valores ético-social, como também não é fácil determinar quando estamos diante de uma infração que possui alguma transcendência ética". Segundo os mesmos autores, a ordem jurídica comporta hipóteses em que a legislação administrativa possui conteúdos valorados eticamente, ao lado de normas penais eticamente neutras ou mesmo com conteúdos contrários ao exigido pela ética (TOMILLO; RUBIALES, 2013, p. 79).

> o próprio direito positivo brasileiro já evoluiu ao ponto de, expressamente, afirmar que os fins da administração pública não se acham acima dos direitos dos administrados devendo ser assegurada, tal como no processo judicial, a dignidade da pessoa humana.

No Estado Democrático de Direito instituído pela CF/1988, "nem sequer as infrações administrativas podem ser fruto de mero arbítrio. Não é exclusivamente do direito penal a tutela de bens, nem tampouco de bens jurídicos" (CORACINI, 2004b, p. 265).

As críticas à tese de que a Administração Pública não protege bens jurídicos levou a doutrina a defender a existência de *bens jurídico-penais*: bens jurídicos com especial qualificação, diversos dos protegidos na esfera administrativa.[23] Essa vertente, de certa forma, retoma a concepção de ilicitude preexistente à norma ao sustentar que os bens jurídicos protegidos pela Administração não "(…) são bens jurídico-*penais*, que *preexistem* à proibição da sua lesão e que possuem uma referência obrigatória à ordenação axiológica jurídico-constitucional; antes se trata de bens jurídico-administrativos que, como

23. "(…) afirmar a existência da tutela de bens jurídicos também em âmbito administrativo, parece-nos inquestionável. (…) Afirmar que todo e qualquer ilícito administrativo, sem exceção, tutela bens jurídicos, temos, por outro lado, que só pode ser admitido a partir de um conceito demasiado amplo de bem jurídico, mas é, ainda assim, em certa medida, e levando em consideração as conseqüências de um tal conceito em âmbito não-penal, aceitável (…). Entretanto daí sustentar que todo e qualquer ilícito administrativo possui como objeto de tutela um bem jurídico-penal, ou, mais propriamente, um bem jurídico essencialmente equivalente àquilo que, em direito penal, entende-se por bem jurídico-penal, é, quanto a nós, inadmissível. De que haja ilícitos de mera ordenação que tutelam valores equivalentes à categoria de bem jurídico-penal, não há dúvida. Agora, que esta seja uma característica presente em todo e qualquer ilícito de natureza administrativa, é, aos nossos olhos, totalmente insustentável, sem que, para isso, tenhamos que admitir uma insuportável abertura da categoria de bem jurídico-penal, com sérias conseqüências, sublinhe-se, sérias conseqüências para sua pretendida função crítica. O bem jurídico-penal, como bem leciona Figueiredo Dias, além de manter uma relação de analogia material com a Constituição, nos termos já expostos, e de reivindicar um intenso juízo de necessidade de tutela para legitimar a intervenção jurídico-penal, consiste em uma noção trans-sistemática, não-imanente ao sistema, de modo a tornar possível a sua pretensão de servir como padrão crítico de criminalização. Mas não só. Ele deve possuir uma consistência axiológica que permita, a partir daí, um processo de concretização, de corporificação, indispensável à análise da ofensa e, por seu turno, também ao sucesso da referida função crítica. Condições que, vale salientar, devem coexistir, de forma necessária, para o reconhecimento de um valor como *bem jurídico-penal*" (D'Avila, 2006, p. 28 et seq.).

tal, para efeitos sancionatórios são constituídos *através da proibição* e *por força dela*" (FIQUEIREDO DIAS, 2001. p. 56, destaques no original).

O conceito de bem jurídico-penal também é derivado do sistema valorativo social, ainda que vinculado à ordem de valores constitucionalmente estabelecida. Todavia, considerar que o bem jurídico-penal tem acento constitucional e nos valores sociais não soluciona a questão de identificar as *condutas* que, ofendendo esses bens, devam ser punidas na esfera penal. *A existência de bens jurídico-penais não implica a obrigatoriedade de que o Poder Legislativo utilize o sistema penal em relação a todas as condutas que os ofendem*.

As normas penais apenas eventualmente individualizam "alguma ação que afeta os bens jurídicos de certa maneira particular, porém, nunca pode tutelar esses bens de forma ampla ou plena, dada sua natureza fragmentária e excepcional" (ZAFFARONI et al., 2002, p. 486, tradução livre). Essa doutrina desconsidera que a maior parte dos bens jurídicos são protegidos por ambas as esferas punitivas (TOMILLO; RUBIALES, 2013, p. 89).

Os conceitos de bem jurídico ou de bem jurídico-penal não afastam a discricionariedade legislativa e, embora possam constituir limite negativo ao Poder Legislativo (SOUSA, 2007, p. 624 et seq.), não delimitam o campo de atuação subsidiária do direito penal em relação ao direito administrativo sancionador ou a outros mecanismos de solução de conflitos regulados por outras disciplinas jurídicas. As consequências que a doutrina depreende desse conceito podem ser deduzidas do sistema constitucional existente.

A proteção constitucional de determinado valor não importa a obrigatória utilização da esfera penal como mecanismo exclusivo de sua tutela. Várias são as formas de ofensa aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos e diversas são as condutas que podem lesá-los. A ordenação legal dessas condutas passa desde a insignificância, pela responsabilidade civil, até chegar à responsabilidade administrativa e penal (CEREZO MIR, 1993, p. 28).

Assim, o conceito é útil para limitar a atuação do direito penal ao exigir a ofensa ou perigo concreto ao bem jurídico, mas não para delimitar o âmbito em que as normas penais devem atuar. Sobre o tema, a teoria da tipicidade conglobante exige que, "em cada situação concreta deve-se estabelecer se houve ou não perigo para um bem jurídico e, em caso negativo, não é admissível a tipicidade objetiva" (ZAFFARONI et al., 2002, p. 492, tradução livre).

Segundo essa teoria, a legislação penal não cria bens jurídicos; esses são criados pela Constituição, pelo direito internacional e por outras normas jurídicas e tutelados pela norma que os manifesta (ZAFFARONI et al., 2002, p. 486). A legislação penal tem a função de individualizar *algumas* condutas

que afetam esses bens de maneira particular, mas não de tutelá-los de forma plena. Como a tutela penal dos bens jurídicos pelo direito penal é apenas fragmentada e excepcional, não há bens jurídicos penalmente tutelados e mesmo a tutela de bens jurídicos não é função do direito penal, pois atribuir-lhe essa função mais legitima o poder punitivo na esfera penal do que limita seu exercício (ZAFFARONI et al., 2002, p. 486 et seq.).

O bem jurídico é conceituado como a relação de disponibilidade do sujeito com um bem, disponibilidade essa que não se confunde com a destruição, que é apenas um limite daquela, e cuja forma normal é o uso ou aproveitamento do objeto (ZAFFARONI et al., 2002, p. 489). Para Zaffaroni, são ilegítimas incriminações penais que imponham determinada moral ou que tenham conteúdo simbólico, bem como o uso do direito penal se as normas são absolutamente ineficazes aos resultados pretendidos, mas criadas com a finalidade de tranquilizar a opinião pública e "deste modo, sustentar o clientelismo político" (ZAFFARONI et al., 2002, p. 490, tradução livre).

O mesmo autor rejeita a intervenção penal para punição de condutas que criam apenas perigos abstratos aos bens jurídicos. Segundo a doutrina, os tipos de perigo abstrato caracterizam-se por presunção *juris et de jure* de perigo *ou* por perigo de perigo (risco de risco). Considerando que os tipos penais de perigo abstrato são inconstitucionais, o autor refuta ambos os critérios: o primeiro por importar presunção na área penal, especialmente, presunções *juris et de jure* que, "por definição, servem para dar por certo o que é falso, ou seja, para considerar que há ofensa quando não há" (ZAFFARONI et al., 2002, p. 491 et seq., tradução livre). Quanto ao perigo de perigo, o autor entende que essa explicação traz consequências inaceitáveis, especialmente, em relação à tentativa em que haveria a "triplicação de perigos ou riscos (risco de risco de risco), ou seja, clara tipicidade sem lesividade" (ZAFFARONI et al., 2002, p. 492, tradução livre).

Sustentando-se nessa teoria, questiona-se a possibilidade de punição administrativa por condutas que criam perigos abstratos a bens jurídicos, já que se entende inconstitucional essa incriminação no direito penal. Existente essa possibilidade, questiona-se, também, se a tipificação administrativa de condutas que geram perigo abstrato pode ser usada para caracterizar e delimitar o âmbito administrativo em relação ao penal.

Aqueles que buscam a identificação da instância penal na *ofensa* ao bem jurídico defendem que as condutas que criam perigo abstrato (GOMES, 2003, p. 418) ou que, individualmente, não lesam o bem jurídico (SÁNCHEZ, 2002, p. 118) devem ser remetidas à via administrativa, na qual a ofensividade é desnecessária e a sanção pode ser imputada com a constatação da conduta proibi-

da, independentemente do resultado lesivo ou ofensa decorrentes da conduta (SÁNCHEZ, 2002, p. 116).

Fabio Roberto D'Avila (2006, p. 34 et seq.) leciona que a relação entre o direito penal e o administrativo sancionador deve considerar três espaços normativos diversos: o primeiro que, "vedado ao direito penal, em razão do não atendimento da exigência de ofensa a um bem jurídico-penal, estaria restrito à regulamentação administrativa". O segundo, "(…) formado por fatos detentores de ofensividade, representaria um âmbito de intervenção possível tanto ao direito penal, quanto ao direito administrativo, no qual a forma de intervenção a ser aplicada deverá ser orientada pelos demais princípios de direito e pelos interesses de política criminal, e no qual viria ponderado o aspecto quantitativo." Por fim, o último espaço, em que há a exclusividade da tutela penal.[24]

Tendo em vista esses três âmbitos, o autor defende que a diferença entre o direito penal e o administrativo é também qualitativa e não meramente quantitativa (D'AVILA, 2006, p. 34 et seq.).

Todavia, a exigência de ofensa ou perigo concreto na esfera penal baseia-se especialmente no art. 98 da CF/1988, e não em uma diferença na estrutura do injusto (TOMILLO; RUBIALES, 2013, p. 89), e, mesmo no direito pátrio, há doutrina que sustenta a constitucionalidade dos tipos de perigo abstrato (SABOYA, 2014, p. 124).

Dessarte, a ofensividade não elimina a discricionariedade legislativa quanto ao uso de normas penais ou administrativas em relação às condutas que ofendem bens jurídicos. Daí a impossibilidade de absoluta separação entre as instâncias penal e administrativa geral.

---

24. "Muito embora o § 1.º OWiG (Lei das Contra-Ordenações) considere como contra-ordenação as infrações sancionadas com penas pecuniárias de natureza administrativa (*Geldbuße*) – o que confere um grande poder de decisão ao legislador na seleção de condutas, especialmente quanto tomado à luz de um critério qualitativo –, reconhece-se, simultaneamente, e segundo, inclusive, a própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*BVerG*), um conjunto de ilícitos que seria privativo do direito penal e, por conseguinte, insuscetível de ser previsto como mera contra-ordenação, sem que, com isso, fosse violado o dever constitucional de proteção dos respectivos bens jurídicos. Este espaço de ilicitude vedado a um regulamento de mera ordenação social, normalmente denominado de âmbito nuclear do direito penal (*Kernbereich*) – *v.g.*, homicídio, estupro, roubo, entre outros – colocaria uma fronteira qualitativa entre os ilícitos administrativo e penal, fazendo com que a distinção meramente quantitativa seja mais bem assumida como um critério misto, quantitativo-qualitativo" (D'AVILA, 2006, p. 19).

No Brasil, o Poder Judiciário não utiliza o critério da ofensividade ao bem jurídico para controlar a atuação do Poder Legislativo, mas como controle de tipicidade da conduta no momento de aplicação da lei penal, ao reconhecer sua atipicidade pela ausência de lesão ou perigo ao bem jurídico.

A jurisprudência brasileira não adota critérios objetivos para a aplicação do princípio da insignificância na esfera penal (ARÊDES, 2011, p. 36 et seq.) e declara a constitucionalidade de tipificações penais de condutas que não ofendem ou geram perigo concreto a bens jurídicos, como servem de exemplos as tipificações de porte de arma desmuniciada e de munições (v.g.: decisão do STF no HC 88.757/DF). Na jurisprudência do STF, a teoria do bem jurídico é utilizada para manter a incriminação, pois sempre há o reconhecimento de algum bem jurídico afetado pela conduta legalmente proibida.

3.3 Outros critérios materiais

Além dos critérios valorativo e do bem jurídico, a doutrina aponta outras diferenças materiais para distinguir as instâncias penal e administrativa. A maior parte delas deriva dos critérios anteriores e foram desenvolvidos por James Goldschmidt.

Aponta-se que há diferença material no conteúdo regulado por essas disciplinas, pois o *direito administrativo sancionador cuida do-bem estar social e o direito penal, da justiça*. Esse critério também se sustenta na valoração ético-social da conduta (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 293). De acordo com essa concepção, as infrações penais, por impor penas a condutas ético-socialmente reprováveis, a *delitos em si*, incorporam o *direito penal de justiça*. Já as administrativas integram o *direito penal do bem-estar social*, que pune condutas nulas do ponto de vista ético e visa a promover o bem-estar social, a cargo da Administração. Defende-se que é "possível estabelecer uma diferenciação mediante a referência aos valores supremos pelos quais deve se orientar a Administração e o Direito, quer dizer, no primeiro caso o bem estar e no segundo a justiça" (CEREZO MIR, 1993, p. 29).

Segundo essa vertente, o poder punitivo exercido pela Administração não é um meio para a realização da justiça, uma vez que a sanção administrativa não tem como fundamento a "retribuição do dano ou a reeducação ou reinserção social do condenado; sua finalidade seria tão somente a tutela os interesses ínsitos à Administração" (SABOYA, 2014, p. 142).

Sem adentrar na complexa questão dos fins da pena, Keity Saboya (2014, p. 144) demonstra que mesmo os defensores das teorias diferenciadoras admitem a semelhança dos fins ou funções das sanções penais e administrativas. Afirma ainda que:

> (...) as sanções administrativas de heterotutela[25] podem cumprir os mesmos fins que se costuma atribuir às sanções penais, pois, dentre outras funções, protegem bens jurídicos, correspondem a uma punição em retribuição à prática de uma infração – *punitur quia pecartum et* – com caráter intimidatório – *punitur ut ne peccetur* – tanto ao condenado como aos possíveis infratores, reafirmando a manutenção da norma como modelo de orientação para a ordem social (SABOYA, 2014, p. 146).

Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales (2013, p. 108 et seq., tradução livre) também defendem que a finalidade das sanções não distingue os fenômenos jurídicos, pois "nem no Direito penal a finalidade de ressocialização está indubitavelmente associada à pena, nem o Direito Administrativo Sancionador renuncia a essa finalidade".

Deriva dos critérios anteriores a assertiva *segundo a qual as infrações administrativas protegem o dever de colaboração que as pessoas têm com a Administração e o direito penal tutela os interesses individuais* (NOBRE JÚNIOR, 1999, p. 194; OSÓRIO, 2005, p. 141). Portanto, os interesses defendidos são diversos: o direito penal resguarda a vida da sociedade e o direito administrativo sancionador, interesses administrativos juridicamente individualizados (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 403).

Como a imposição de penas implica a redução de direitos, não é possível admitir a constitucionalidade de normas jurídicas que reduzam a autonomia privada sem finalidade social. Os deveres de cooperação das pessoas com as finalidades objetivadas pelo Estado são impostos pela via penal e pela administrativa. Em ambos os casos, a fiscalização de condutas compete aos órgãos administrativos e as prescrições jurídicas estabelecem o espaço de liberdade das pessoas submetidas à determinada ordem jurídica, a fim de regular as relações entre elas.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 84) sustentam que *a diferença entre a esfera penal e as demais deriva da consequência jurídica que as normas atribuem ao ilícito penal*. Segundo esses autores:

> (...) a legislação penal se distingue da restante legislação pela especial consequência que associa à infração penal (delito): a coerção penal, que consiste quase exclusivamente na *pena*. A pena se distingue das restantes sanções jurídicas (distinguindo-se assim a legislação penal das restantes legislações: civil, comercial, trabalhista, administrativa etc.) porque procura

25. Sanções impostas no exercício do poder de polícia, ou seja, decorrentes de relações gerais entre o Estado e as pessoas submetidas à sua ordem jurídica.

> conseguir, de forma direta e imediata, que o autor não cometa novos delitos, enquanto as restantes sanções jurídicas têm uma finalidade primordialmente ressarcitória ou reparadora (destaque no original).

Distancia-se dessa afirmação, por entender-se que *apenas* as sanções administrativas impostas com a finalidade de ressarcir o Estado de dano patrimonial específico podem ser qualificadas como reparatórias. A maior parte das *multas* impostas pela Administração não decorrem de danos causados ao Estado e caracterizam-se como penas.

Ademais, as penas administrativas não se restringem às multas. A ordem jurídica prescreve aplicação de sanções punitivas restritivas de direito, tais como, interdição de estabelecimento, a proibição do exercício de atividades, advertência, entre outras, também na via administrativa (v. g.: art. 72 da Lei 9.605/1998; art. 256 do CTB; o art. 56 do CDC).

Por fim, o *conceito analítico de crime*, por apenas descrever os elementos necessários à imposição da sanção penal (GOMES, 2003, p. 415), não diferencia materialmente a *conduta* penalmente punível daquelas castigáveis em outras instâncias (TOMILLO; RUBIALES, 2013, p. 103). Esses elementos nada dizem quanto ao conteúdo do injusto, embora a doutrina procure atribuir-lhes caracteres materiais para a identificação da conduta regulada pelo direito penal.

A exigência de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade para a intervenção penal não fundamenta a diferenciação entre as esferas punitivas, uma vez que esses elementos são requisitos necessários à imposição da sanção penal ao autor de conduta *já selecionada pelo Poder Legislativo* (ZAFFARONI, 2001, p. 248).

Dessarte, os critérios materiais não delimitam a esfera penal em relação às demais instâncias punitivas. Eles permitem impor vedações à intervenção penal em relação a *certas* condutas, *mas* não determinar, em relação a todas elas, a instância punitiva a ser utilizada. De fato, "o delito enquanto fato socialmente negativo ou expressão de uma situação conflituosa" não se diferencia "de outros fatos ou situações dessa natureza assim não qualificados", "traduzindo não mais do que uma decisão política do Estado" (KARAM, 2000, p. 331 et seq.).

4. A gravidade da infração e da sanção como critério quantitativo de identificação das instâncias

Parte da doutrina sustenta que a diferença entre infrações e sanções penais e administrativas é meramente *quantitativa*, pois as infrações e sanções mais graves da ordem jurídica devem ser destinadas à esfera penal (CEREZO MIR, 1993, p. 29).

Ausente diferença na estrutura lógica dos ilícitos, o direito penal está legitimado a intervir apenas se a conduta proibida ofender os bens jurídicos de maneira tal que não possam ser tutelados por outros meios de intervenção estatal (gravidade da infração) (OLIVARES 1991, p. 271; CABETTE; NAHUR, 2008, p. 255).[26] Como a imposição de sanções punitivas caracteriza ônus impostos às pessoas, elas devem ser proporcionais à lesão ou ameaça ao bem jurídico geradas pela conduta proibida (gravidade da sanção) (GRECO, 2004, p. 100 et seq.; GUIMARÃES, 2002, p. 493).[27]

Para alguns autores, a diferença quantitativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador torna-se qualitativa (CORACINI, 2004b, p. 257; GOLDSCHMIDT, 2010, p. 314 et seq.), devido à "existência de um campo nuclear do direito penal, composto de bens jurídicos que exigem, até por força do princípio da subsidiariedade, uma proteção penal" (SABOYA, 2014, p. 129). Segundo Keity Saboya (2014, p. 134 et seq.), essa proposição deve ser rejeita por afrontar o princípio da fragmentariedade e o caráter de *ultima ratio* do direito penal, segundo os quais "eventual intervenção jurídico-penal, em um

26. "Conforme se infere do disposto no capítulo anterior, o legislador não está livre para criminalizar o que bem entender, não pode, a seu livre talante, determinar o que deve ser tutelado pelo Direito Penal e o que não deve. Tal procedimento está subordinado à análise de alguns critérios que assim determinarão a real necessidade de tutela. Deve-se (i) reconhecer o bem jurídico a ser tutelado; (ii) dispor a norma de proibição em termos claros, bem delimitados e inteligíveis, donde (iii) se deve dessumir de modo escorreito a necessária ofensa (intolerável) ao bem jurídico ou sua efetiva colocação em perigo, concluindo-se, de outra banda, (iv) que tão-somente agirá o Direito Penal diante de uma situação extrema, em que ineficaz a intervenção de qualquer outro ramo do Direito" (TEIXEIRA, 2009, p. 110 et seq.).

27. "La tesis diferenciadora se articula en cinco puntos encadenados: *a)* el criterio relevante de clasificación de las sanciones de cara a la atribución de garantías es el de la severidad; *b)* las sanciones materialmente penales deben imponerse, dada su extraordinaria gravedad, con las máximas garantías, evitándose de tal forma que los daños que ocasionan superen los beneficios derivados de sus efectos preventivos; *c)* en atención al principio de *última ratio,* la utilización de sanciones materialmente penales deberá limitarse a los casos en que no exista posibilidad de proteger los bienes con sanciones de menor gravedad; *d)* para que las sanciones de menor gravedad puedan operar como efectivo medio de tutela será necesario un incremento del grado de certeza de la sanción, el cual requerirá, en determinados casos, una moderación de las garantías con las cuales se impongan tales sanciones, y *e)* la competencia – judicial o administrativa – para tutelar bienes mediante sanciones no materialmente penales deberá decidirse en atención a dos criterios, la gravedad de las sanciones y la capacidad de tales órganos para desempeñar con certeza la función sancionatoria" (MOLINÉ, 1996, p. 141 et seq.).

Estado Democrático de Direito, somente estará legitimada se for concretamente necessária".

Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales (2013, p. 86 et seq., tradução livre) criticam esse critério por não apontar a partir de que ponto se produz o salto qualitativo e por não explicar o porquê de "um mesmo ramo do ordenamento jurídico possuir como objeto dois fenômenos cujas naturezas são diversas" (tradução livre).

O critério quantitativo fundamenta-se na premissa de que o direito penal assume função subsidiária em relação a outras formas de intervenção estatal, por esse motivo, sua utilização apenas é legítima se necessária, eficaz, proporcional e racional (ARANA, 2007, p. 126 et seq.). O princípio da subsidiariedade, segundo o qual o direito penal é a *ultima ratio*, pressupõe a existência de outros mecanismos estatais de *intervenção* na autonomia da vontade e também de *punição*, aos quais o direito penal é subsidiário (MILANESE, 2003, p. 62).[28]

É necessário, portanto, identificar esses outros mecanismos de que dispõe o Estado e as situações em que *devem* ser utilizados. Não basta defender a intervenção penal como a *ultima ratio* da política criminal, sem apresentar os demais meios de atuação estatal e, principalmente, os fatores que excluem a repressão penal em relação a eles. Entretanto, a identidade material entre as vias punitivas impede a determinação de critérios objetivos capazes de apartar, de forma absoluta, as condutas sancionáveis na esfera administrativa daquelas penalmente puníveis.

No Brasil, o Poder Legislativo não utiliza o direito penal de forma subsidiária às penalidades impostas pela Administração, mas concomitantemente a essas. O princípio da mínima intervenção penal não é observado e, "hoje, o objetivo do direito penal *moderno* seria alcançar determinados resultados externos. Afirma-se, em suma, que o direito penal não seria mais para o legislador a *ultima ratio*, senão, em medida crescente, *prima ratio*" (ARANA, 2007, p. 117, tradução livre, destaques no original).

A limitação à intervenção penal fundamenta-se, especialmente, na natureza extremamente grave da pena privativa de liberdade e em seus efeitos "nefastos"

28. "Siempre que existan otros medios que no sea el Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos. Es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado social, a través de la cuál se busca el mayor bien social con el menor costo social [...]. Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o *ultima ratio* y fragmentariedad del Derecho penal" (MILANESE, 2003, p. 62).

(SABBATINE, 2009, p. 99), que, em razão da proporcionalidade, obrigam o Estado a relegá-la à *ultima ratio* da política criminal (LAGO, 2011, p. 478).[29]

O princípio da intervenção penal mínima fundamenta-se no Estado Democrático de Direito, tendo em vista a incompatibilidade da expansão do controle social pelas vias penais com esse modelo de Estado (FRANCO. In: ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 17 et seq.; CORACINI, 2004b, p. 242 et seq.). Por isso, parte da doutrina (FERNANDES, 2007, p. 83 et seq.) afirma que o direito penal mínimo é típico de estados democráticos, enquanto o direito penal máximo caracteriza matrizes autoritárias e com poucas garantias.

Contudo, há doutrina que, ao defender a subsidiariedade do direito penal, relega à esfera administrativa toda repressão que não puder se efetivar na instância penal. Entretanto, como a via administrativa, processualmente, possui menos garantias (ARAÚJO, 2011, p. 70), é necessário que também lhe sejam impostos limites, especialmente porque nela admite-se a imposição de sanções da mesma natureza que as penais, porém mais graves. Mas também o ilícito administrativo não pode apresentar-se desarrazoado, descabido ou desprovido de finalidade (FERREIRA, 2009, p. 148 et seq.).

Questiona-se se o Direito Brasileiro, especialmente a CF/1988, acolhe a subsidiariedade do direito penal em relação às demais formas de punição estatal. Sobre o tema, Alberto Silva Franco (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 17 et seq.), ao analisar as garantias constitucionais, sustenta que "na própria Constituição Federal, de 1988, o modelo garantístico e o princípio da intervenção penal mínima, que são, sem dúvida, dados caracterizadores do Estado Democrático de Direito, não o foram acolhidos em sua inteireza, admitindo nocivas interferências." Segundo esse autor, a CF/1988 não assegura o uso do direito penal *sempre* como *ultima ratio* da política criminal. Uma das principais demonstrações da ausência dessa garantia típica, no texto constitucional, é a previsão, em seu art. 98, I, da existência de "infrações penais de menor potencial ofensivo".

29. Tanto o uso da pena privativa de liberdade quanto de incriminações penais devem ser relegados à *ultima ratio* da ordem jurídica, devido aos efeitos negativos decorrentes da imposição de quaisquer sanções penais. Embora a pena privativa de liberdade seja, de fato, a mais grave sanção prevista na ordem jurídica brasileira, o impacto moral do julgamento penal é efeito que não existe na esfera administrativa, ainda que, consoante demonstra Georges Dellis (1997, p. 55) esse impacto, mesmo na esfera penal, nem sempre tenha a mesma importância. A exposição pública vexatória do sistema penal (ZAFFARONI, 2001, p. 134; MOLINÉ, 1996, p. 143 et seq.) implica efeitos morais inexistentes na esfera administrativa, mesmo no caso de imposição da pena privativa de liberdade, e essa diferença justifica a utilização daquela via na menor extensão possível.

Embora esse dispositivo fundamente a inconstitucionalidade de leis penais que punem condutas sem ofensividade a bens jurídicos (TEIXEIRA, 2009, p. 109), ele também demonstra que nem sempre se utiliza o direito penal diante das ofensas "mais graves" aos bens jurídicos "mais importantes" da sociedade.

Deve-se também ter em conta que a aplicação do critério quantitativo, em relação à gravidade das infrações, não é factível devido à inexistência de consenso quanto ao escalonamento de valores sociais e em razão da mutação social do conteúdo dos valores considerados mais importantes.

A CF/1988 não estabelece limites quantitativos à esfera administrativa em relação à penal e, exceto em relação à pena privativa de liberdade (e à restrição dos direitos políticos), as penas impostas em ambas as instâncias são da mesma natureza. Ademais, a identificação de determinada conduta como causa de grave ofensa a bens jurídicos não implica a necessária utilização do direito penal, exceto quanto a criminalizações constitucionalmente determinadas.

A distinção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador pela gravidade da sanção também se mostra falha. A existência de sanções administrativas mais graves que as penais demonstra que nem todas as sanções graves são penalmente impostas.[30]

A pena de multa, por exemplo, nem sempre é mais grave na esfera penal. Isso porque não mais se admite sua conversão em pena privativa de liberdade (art. 51 do CP) e, quanto aos aspectos processuais e econômicos, a imposição da multa penal pode-se mostrar mais vantajosa ao condenado que a administrativa.

Para a aplicação da multa penal, o juiz deve considerar as condições econômicas do condenado (art. 60 do CP) e fixá-la próxima ao mínimo legal em diversas situações. Seu valor máximo é 360 dias-multa e cada dia-multa não pode ultrapassar 5 vezes o valor do salário mínimo vigente (art. 49 do CP).[31] O prazo prescricional dos ilícitos penais para os quais a multa é a única pena cominada é de dois anos (art. 114 do CP), inferior, portanto, ao prazo prescri-

30. Segundo o magistério de Keity Saboya (2014, p. 137), a maior gravidade da sanção administrativa em relação à penal ocorre "porque o 'dano real ao bem jurídico protegido pela norma penal pode ser muito pequeno', enquanto, ao contrário, a exposição a perigo de um bem tutelado, por exemplo, pelo direito administrativo sancionador, justifica (previamente) o elevado valor de uma sanção administrativa".

31. Na esfera administrativa, o valor de determinadas multas é variável e, quando fixado, pode chegar a milhões (v.g.: art. 12 da Lei 9.613, de 03.03.1998, e art. 78-F da Lei 10.233, de 05.06.2001).

cional para imposição de multas por infrações administrativas que é de cinco anos (art. 1.º da Lei 9.873/1999).[32]

Essa situação é agravada pela flexibilidade dos critérios de imputação determinados nas normas administrativas, que, por vezes, mesmo cominando penas mais graves a condutas mais leves, dispensa requisitos obrigatórios para a imposição da multa penal (BARROS, 1999, p. 465).

A subsidiariedade do direito penal deve levar à conclusão de que sua aplicação afasta a incidência, ao menos, de outras instâncias punitivas, que se mostram ineficientes ou insuficientes à tutela do bem jurídico em relação à determinada conduta. Todavia, no Brasil, a punição penal não exclui a possibilidade de aplicação de sanções administrativas pelos mesmos fatos (CORACINI, 2004a, p. 434).

5. Conclusão: âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador

A diferença entre as formas de exercício do poder punitivo são predominantemente determinadas por critérios formais. Como são descrições da ordem jurídica, isto é, explicitações das normas expedidas pelo Poder Legislativo, esses critérios não fundamentam a diversidade do regime e não identificam qualquer aspecto que possa excluir as instâncias judicial cível e administrativa do conceito de poder punitivo.[33] Miguel Reale Júnior (2007, p. 95, sem des-

32. Em relação à Lei 9.613/1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores (…)", Marco Antônio de Barros (1999, p. 465) demonstra que "Ao compararmos os dispositivos da Lei que versam sobre a aplicação de penas de multa, acende-se o inegável contra-senso nela exposto. Se a princípio o legislador tratou com extrema brandura o criminoso lavador, visto sancionar todas as infrações penais com pena de multa irrisória, como se estivesse tratando da repressão de crimes comuns, ou de um criminoso ocasional, bem diversa foi a sua disposição ao dispor sobre a punição reservada para os agentes financeiros. Há nisso tudo manifesto desequilíbrio, pois, em tese – a lei assim permite concluir –, é possível que o réu lavador venha a ser condenado judicialmente a pagar ínfima pena de multa, ao passo que ao agente financeiro se aplique, por decisão administrativa, pena pecuniária de grande valor".

33. As teorias desenvolvidas no início do século XX quanto à autonomia do Direito Penal Administrativo tiveram o objetivo de excluir do direito administrativo determinados princípios assentados pelo direito penal (legalidade, responsabilidade subjetiva, entre outros). Nesse sentido: "Por eso, el Derecho penal administrativo es en efecto una disciplina legal totalmente nueva e independiente, a saber, una parte del Derecho administrativo. (…) En correlación a su auténtica esencia, el Derecho penal adminis-

taques no original), embora defenda a distinção meramente formal entre os ilícitos penais e administrativos, sustenta que:

> (...) mesmo sob a perspectiva de uma diferença ontológica entre os ilícitos, reconhece-se que há de se observar os mesmos princípios ao impor o *jus puniendi*, seja no plano penal, como no administrativo. *Nada justifica que ao exercer o direito de punir, para impor uma sanção criminal, devam-se respeitar princípios básicos de proteção do indivíduo perante o arbítrio estatal e o mesmo não seja exigido ao se impor uma sanção administrativa, por vezes mais grave do que a imposta pela lei penal*.

Dessa forma, sustenta-se que, independentemente da via em que se manifesta, o poder punitivo não é limitado por critérios infralegais, mas por princípios constitucionais, e que as diferenças formais entre as instâncias apenas podem ser fixadas pelo Poder Legislativo se não ofenderem esses princípios.

A competência do Poder Executivo para sancionar condutas contrárias ao ordenamento jurídico não decorre de determinação constitucional,[34] mas das normas infralegais que lhe atribuem essa competência, de forma que a imposição de penas não pode ser considerada função tipicamente administrativa

---

trativo exige principios especiales. Ciertamente, se opera con la técnica conceptual totalmente jurídico penal. Pero ésta debe adaptarse a su naturaleza administrativa. Así, forman parte de ella, por ejemplo, la falta de consideración de la diferencia entre dolo e imprudencia, la presunción de culpa, la inexistencia de la co-participación, aunque también la posibilidad de la prueba exculpatoria de la ignorancia de la disposición administrativa infringida. Con otras palabras, la correspondencia de la infracción administrativa, esto es, de la antijuridicidad administrativa o, más bien aún, del ilícito administrativo con el delito, no es otra que la relación del delito con el ilícito civil. No puede haber discusión sobre el uso de las normas penales sobre concurso de delito en caso de colisión entre delito e infracción administrativa. En caso de colisión entre sí de disposiciones administrativas, se aplicarían los correspondientes preceptos penales administrativos" (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 293 et seq.)

34. A CF/1988 garante expressamente o poder punitivo *disciplinar* à Administração em relação aos servidores públicos em seu art. 41. Essa Constituição refere-se ao poder punitivo exercido na esfera administrativa geral nos arts. 114, VII, e 225, § 3.º. Pode-se afirmar que apenas no caso de "penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho" há outorga de competência constitucional ao Poder Executivo, uma vez que a qualificação de *administrativa* no art. 225, § 3.º, não importa em competência exclusiva do Poder Executivo, pois as normas infralegais podem atribuir ao Poder Judiciário a competência para imposição de sanções administrativas gerais, como ocorreu no caso das citadas normas do ECA.

(OSÓRIO, 2005, p. 86). Da mesma forma, a CF/1988 não atribui com exclusividade ao Poder Judiciário a imposição de todas as sanções punitivas. Assim, o Congresso Nacional possui competência discricionária para atribuir o exercício dessa atividade ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo, em relação à maior parte das condutas. A primeira restrição, todavia, ao Legislativo ocorre em relação a *condutas que a CF/1988 expressamente impôs o uso da esfera penal*.[35]

A competência discricionária do Legislativo também é limitada pela CF/1988 *em relação às sanções impostas na esfera administrativa*, pois não pode atribuir à Administração a competência para, nas relações gerais, impor privação de liberdade, dissolver associações ou suspender direitos políticos.

Ademais, a discricionariedade legislativa para estabelecer a esfera punitiva – que determinará o processo e a autoridade competente para imposição da sanção – não implica competência para utilizar todos os recursos do sistema penal no caso de *infrações penais de menor potencial ofensivo*. Defende-se que, em relação a essas infrações, a natureza simplificada do processo penal em que são impostas as sanções a elas cominadas e a possibilidade de transação impossibilitam a aplicação da pena privativa de liberdade, a quebra de sigilo de comunicações para fins de investigação penal e a entrada em domicílio em casos de flagrante de crime (art. 5.º, XI, XII, LXI e LXII, da CF/1988).

Entende-se que, ao exigir o processo penal como condição para a imposição dessas restrições, a CF/1988 impõe também conteúdo processual mínimo, motivo pelo qual tais direitos não podem ser limitados se as garantias processuais penais forem suprimidas. *Afinal, como fundamentar a necessidade de restrição de tais direitos fundamentais se o Estado, nos termos da lei, renuncia ao direito de punir, mediante o uso da transação? A restrição desses direitos somente se justifica nos casos em que a conduta tenha gravidade tal que sua punição não é facultada, mas imposta, ao Estado.*

Todavia, fora desse âmbito, esses mecanismos vinculam-se ao sistema penal que comporta, nos termos constitucionais, o uso de instrumentos vedados à Administração.

---

35. A CF/1988 impõe o uso da esfera penal nos arts. 5.º, XLII (prática de racismo); XLIII (prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo); XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático), 7.º, X (retenção dolosa do salário); 29-A, § 2º e § 3.º; 225, § 3.º (condutas lesivas ao meio ambiente). Há que se registrar, todavia, que a definição e determinação do conteúdo das condutas na maior parte dessas hipóteses dependerão de lei ordinária, motivo pelo qual resta ainda discricionariedade legislativa mesmo em relação a algumas dessas hipóteses.

A CF/1988 também estipula espaço de aplicação exclusiva do direito administrativo sancionador. Consoante dispõe seu art. 98, I, a infração penal deve ostentar ofensividade, portanto, *as condutas que não ofendem ou geram perigo concreto aos bens jurídicos devem ser punidas na via administrativa*.[36]

Também ao direito administrativo sancionador e à esfera judicial não penal devem ser remetidas as *leis punitivas excepcionais e temporárias*.

Parte da doutrina questiona a constitucionalidade de leis penais excepcionais e temporárias em razão da determinação, no art. 5.º, XL, da CF/1988, de que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 206 et seq.). Contudo, o art. 3.º do CP estabelece expressamente a ultratividade de leis penais excepcionais e temporárias. Há autores que defendem a constitucionalidade dessa norma, por entenderem que a CF/1988 apenas veda de maneira absoluta a retroatividade da lei penal desfavorável, mas não impõe a retroatividade da lei penal mais benéfica, que fica a critério do Congresso Nacional (BITENCOURT, 1999, p. 145).

Contudo, o direito penal deve ser utilizado apenas em situações, ao menos *a priori*, permanentes na sociedade, o que não ocorre em situações que a norma já traz o prazo ou a situação de sua vigência. A determinação constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica torna inútil a legislação nesse sentido e exige que essas condutas sejam remetidas às vias administrativa ou judicial cível, em relação às quais não há determinação constitucional (absoluta) de retroatividade da norma mais benéfica.

A proibição constitucional à criação de infrações penais excepcionais ou temporárias também deriva de seu art. 62, § 1.º, I, *b*, que veda a edição de medi-

36. Sobre o tema, Juarez Tavares (2004, p. 59) leciona que as funções, por não lesarem ou gerarem perigo concreto aos bens jurídicos, são tuteladas pelo direito administrativo sancionador. Conforme esse autor, a função é uma relação consequente de variáveis, que correspondem a pontos de referência de algo. Da mesma forma que as variáveis dependentes, a função não tem significado próprio, mas somente no contexto de uma relação. Caracterizam-se como funções controle do tráfego, de entrada ou saída de bens, entre outros, uma vez que essas atividades não têm caráter de universalidade por estar subordinadas exclusivamente a critérios de oportunidade. O bem jurídico, contudo, congrega as características de universalidade e substancialidade e restringe-se, exclusivamente, aos valores da pessoa humana de caráter universal, material ou ideal, porém real, que não dependam, para sua existência e essência, de qualquer relação funcional. Ainda como mecanismo de distinção entre bem jurídico e função, o mesmo autor indica que enquanto a lesão ou o perigo ao bem jurídico pode ser contestado em um procedimento (TAVARES, 2004, p. 77), as funções não podem se "submeter a qualquer exame ou à demonstração empírica de que não tenham sido lesadas ou postas em perigo" (TAVARES, 2004, p. 81, tradução livre).

das provisórias com conteúdo penal. Como as medidas provisórias são submetidas ao Congresso Nacional, a vedação quanto ao conteúdo não decorre da falta de legitimidade do Chefe do Executivo para legislar sobre esses temas, mas funda-se na exigência de estabilidade quanto ao conteúdo das normas penais.

Nesse sentido, todas as limitações à edição de Medidas Provisórias estipuladas pelo art. 62, § 1.º, I, da CF/1988 procedem da necessidade de estabilidade dos temas e conteúdos nele referidos. Portanto, *nos termos constitucionais, mesmo situações relevantes e urgentes não admitem o uso do direito penal de forma instável e essa proibição não se dirige apenas ao Presidente da República, mas também ao Congresso Nacional*.[37]

Além dessas restrições, *o Poder Legislativo está limitado pelos princípios gerais aplicáveis à repressão estatal, pelos fins da República Federativa do Brasil e pelos direitos fundamentais, que estabelecem diretrizes para a imputação e aplicação das sanções punitivas, sob pena de inconstitucionalidade* (OLIVARES, 1991, p. 270; SABOYA, 2014, p. 149).

Sobre os princípios comuns, aplicáveis à repressão estatal como mecanismos de contenção da discricionariedade legislativa e da irracionalidade do poder punitivo, José de Faria Costa (1986, p. 179 et seq., destaques no original) aponta as diretrizes traçadas no pré-colóquio do 14.º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (1989), que refletiu sobre os "problemas jurídicos e práticos colocados pela diferença entre o direito criminal e o direito *administrativo penal*". As recomendações, quanto à aplicação do Direito Administrativo Sancionador, dizem respeito a princípios de direito substantivo; princípios processuais; limitações; e condições para melhor informação (FARIA COSTA, 1986, p. 179).

No referido pré-colóquio, defendeu-se a incorporação ao Direito Administrativo Sancionador dos seguintes princípios de direito substantivo: a submissão do direito administrativo sancionador e do direito penal ao princípio da estrita legalidade; a nítida separação entre o penal e o administrativo na própria lei; a imprescindibilidade de dolo e culpa para a responsabilidade das pessoas físicas, ainda que se admita a responsabilidade das pessoas jurídicas; a proporcionalidade entre sanção e gravidade da infração; e a aplicação das causas de justificação admitidas no Direito Penal (FARIA COSTA, 1986, p. 179 et seq.).

Em relação aos princípios processuais, defendeu-se que o Direito Administrativo Sancionador deve garantir a presunção da inocência, a livre convicção do jul-

37. Nesse sentido, inconstitucionais as disposições penais previstas nos arts. 30 a 33 da Lei 12.663, de 05.06.2012.

gador, o direito do infrator a ser informado sobre a acusação, o recurso à autoridade judicial e "que, no caso de a mesma acção violar normas do direito penal e do direito penal administrativo, o delinqüente não deve ser punido duas vezes. Se se verificar prática sucessiva de infracções deve-se ter em consideração, de um modo pleno, a sanção já cominada pelo mesmo acto" (FARIA COSTA, 1986, p. 180).

Quanto às limitações, pugnou-se que sanções sejam razoáveis e proporcionalmente limitadas à gravidade da infração e à situação do infrator e que sejam vedadas a privação da liberdade ou outras restrições pessoais nessa esfera, ainda que como garantia de execução (FARIA COSTA, 1986, p. 180 et seq.). Entendeu-se que "a detenção preventiva, a intromissão na correspondência, as escutas telefónicas, assim como qualquer outra restrição de gravidade equivalente para os direitos individuais, não devem ser admitidas no quadro das investigações administrativas" (FARIA COSTA, 1986, p. 181).

Por fim, no que tange às condições para melhor informação, as recomendações foram no sentido de que:

> (...) (*a*) os cidadãos devem ter o direito e os meios de acederem a todas as informações, dados e decisões que lhes digam respeito, à excepção da matéria relativa à vida privada. Face à inexistência quase absoluta de trabalhos de pesquisa empíricos referentes ao específico domínio do direito penal administrativo reputa-se de primordial importância que (*b*) as investigações científicas (empíricas) sobre o direito penal administrativo sejam facilitadas, financiadas e encorajadas para, desse jeito, melhor se conhecer um tal domínio e sua eficácia prática (FARIA COSTA, 1986, p. 181).

A submissão de todo o poder punitivo às garantias constitucionais impede que o Poder Legislativo as afaste ao qualificar determinado ilícito de uma forma ou de outra, ou mesmo criar *novo* tipo de ilícito (MOLINÉ, 1996, p. 135). Portanto, a unidade do poder punitivo estatal consiste na existência de "cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade" (OSÓRIO, 2005, p. 153). Entender em sentido contrário leva à atomização da ciência jurídica em claro prejuízo aos direitos fundamentais (AFTALIÓN, 1955, p. 5).

Embora possa apresentar diversas formas, o poder punitivo é um só e encontra-se submetido a princípios constitucionais em relação aos quais não há diversidade no regime jurídico nas variadas instâncias em que é exercido.

A limitação ao Poder Legislativo não se funda apenas em prévias determinações quanto a condutas criminalizáveis, mas na submissão de todas as penas

a restrições constitucionais decorrentes dos direitos fundamentais. Os princípios inerentes ao Estado de Direito são aplicáveis à repressão estatal, e não apenas ao direito penal. Basta analisar que os fundamentos que levaram à inscrição desses princípios no direito penal, visando à racionalização do exercício do poder punitivo, são plenamente aplicáveis à esfera administrativa (REALE JÚNIOR, 2007, p. 95).

O ordenamento jurídico brasileiro assegura a maior parte das recomendações propostas no pré-colóquio do 14.º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal e a própria CF/1988 assegura em todas as instâncias o direito ao contraditório, o recurso ao Poder Judiciário e o direito à informação (art. 5.º, XXXIII, XXXIV, XXXV, LIV e LV).

Todavia, no Brasil, existem três princípios referentes à tipificação da infração administrativa e à imposição de suas sanções que não são aceitos, de forma pacífica, pela doutrina e pela jurisprudência. São eles: as exigências de legalidade para tipificação dessas infrações, a imprescindibilidade de dolo ou culpa na esfera administrativa e a aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias punitivas.

De todos esses princípios, o menos analisado pela doutrina brasileira é a reiteração punitiva nas vias penal e administrativa geral.[38] A teoria da autonomia e independência das instâncias impede o desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro da vedação de *bis in idem*. Todavia, entende-se que a inexistência de distinção material entre o direito penal e o direito administrativo sancionador impossibilita a reiteração do poder punitivo contra as mesmas pessoas, pelos mesmos fatos e fundamentos, mesmo que em esferas diversas.

6. Referências

AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho penal administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1955.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Infrações e sanções tributárias*. São Paulo: Dialética, 2003.

ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal 'moderno': sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n. 68. p. 113-139, set.-out. 2007.

38. Registra que nos últimos anos a doutrina brasileira inicia os debates sobre a aplicabilidade do *ne bis in idem* entre as instâncias penal e administrativa, destacando-se os trabalhos Felipe Machado Caldeira (2012, p. 327 et seq.), Helena Regina Lobo da Costa (2013) e Keity Saboya (2014).

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. Reflexos da decisão judicial penal na esfera administrativo-disciplinar. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte*. ano 04. n. 08. p. 69-81, jul.-dez. 2011.

ARÊDES, Sirlene Nunes. O princípio da ofensividade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. ano XV. n. 55. Brasília. p. 36-45, out.-dez. 2011.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*. n. 11. Salvador, set.-nov. 2007. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf]. Acesso em: 20 fev. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BARROS, Marco Antonio de. O contra-senso que emana das sanções pecuniárias previstas na lei dos crimes de lavagem. *Revista dos Tribunais*. ano 88. v. 768. São Paulo. p. 457-465, out. 1999.

BELEZA DOS SANTOS, José. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. *Revista da ordem dos advogados*. p. 39-59. s./l, s/d. Disponível em: [www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BelezaS.pdf]. Acesso em: 13 jan. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Teoria Pura e mínima do direito penal. *Ciência Jurídica ad litteras et verba*. ano XXII. v. 143. Belo Horizonte. p. 239-263, set.-out. 2008.

CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 20. n. 95. São Paulo. p. 327-356, jan.-mar. 2012.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal. Parte Geral. Questões fundamentais da Teoria Geral do Crime*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 1. n. 2. São Paulo. p. 27-40, abr.-jun. 1993.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito para o direito penal econômico. *Revista dos Tribunais*. ano 93. v. 829. São Paulo. p. 429-449, nov. 2004a.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 50. São Paulo. p. 237-279, set.-out. 2004b.

CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito da mera ordenação social. *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*. v. XLIX. Coimbra. p. 257-281, jan. 1973.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 60. São Paulo. p. 09-35, maio-jun. 2006.

DELLIS, Georges. *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: L.G.D.J, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. RT, 1991.

FARIA COSTA, José de. Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre Le droit criminel et Le droit admistratif-pénal. *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*. v. LXII. Coimbra. p. 141-182, jan. 1986.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 69. São Paulo. p. 46-94, nov.-dez. 2007.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal e sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho. Derecho penal y proceso. Problemas Fundamentales del Derecho*. v. I. Jacobo Lópes Barja de Quiroga (org.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Bases e Perspectivas da teoria constitucionalista do delito (do fato punível). *Revista dos Tribunais*. ano. 92. v. 816. São Paulo. p. 415-425, out. 2003.

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*. n. 49. São Paulo. p. 89-147, jul.-ago. 2004.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Intervenção mínima para um direito penal eficaz. *Revista dos Tribunais*. ano 91. v. 800. São Paulo. p. 479-499, jun. 2002.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Repensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*. v. 1. Rio de Janeiro. p. 24-31, jan. 1945.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 08. n. 29. São Paulo. p. 331-350, jan.-mar. 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. A evolução da sanção penal. *Revista dos Tribunais*. ano 90. v. 792. São Paulo. p. 477-500, out. 2011.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes. A teoria dos valores constitucionais e a indicação do conteúdo material dos tipos penais*. 1999. 877 f. Tese (Livre-Docência em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

LOZANO, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: "despenalización" y garantía. *Revista de Administración Pública*. n. 121. Madrid. p. 393-414, jan.-abr. 1990. Disponível em: [www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=119&IDA=23684]. Acesso em: 09 nov. 2011.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 05/10/1988*, São Paulo: Malheiros, 2007.

MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. *Diké. Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC* – Universidade Estadual de Santa Cruz. ano V. Ilhéus. p. 59-79, jan.-dez. 2003.

MOLINÉ, José Cid, Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de Administración Pública*. n. 140. Madrid. p. 131-172, mai.-ago. 1996. Disponível em: [www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=138&IDA=24059]. Acesso em: 10 fev. 2012.

NAVARRETE, Miguel Polaino Derecho penal y derecho sancionador en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Informação Legislativa*. ano 24. n. 94. Brasília. p. 263-295, abr.-jun. 1987.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e sanções do direito penal. *Revista CEJ/RN*: Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte. n. 6. v. 5. Natal. p. 191-224, dez. 1999.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. La autotutela, los limites al poder sancionador de la Administración Publica y los principios inspiradores del Derecho Penal. *Revista de Administración Pública*. n. 126. p. 253-293, sep.-dic. 1991. Disponível em: [www.cepc.es/es] Acesso em: 18 ago. 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral*: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 11. n. 45. São Paulo. p. 224-244, out.-dez. 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito Administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo, Ed. RT, 2007.

SABBATINE, Marilda Tregues de Souza. O Estado Democrático de Direito e a pena privativa de liberdade: aspectos jurídicos e sociais. *Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP*. n. 10. Jacarezinho. p. 69-102, jan.-jun. 2009.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁNCHEZ, Jesus María Silva. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. da 2. ed. espanhola por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. A responsabilidade pelas infrações tributárias. *Interesse Público*. ano VIII. n. 39. Porto Alegre. p. 279-297, set.-out. 2006.

SOUSA, Susana Aires de. Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXXXIII. Universidade de Coimbra. Coimbra. p. 615-637, jan. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien Jurídico y función en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. Os princípios da ofensividade e da proporcionalidade como necessárias exigências à legitimação da intervenção punitiva. *Revista da Defensoria Pública da União*. n. 01. Brasília. p. 89-123, jan.-jun. 2009.

TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría e práctica del derecho penal administrativo*. 3. ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Constituição, contraditório e linguagem, de Leandro Gornicki Nunes – *RBCCrim* 119/2016 75-101 (DTR\2016\4875);
- Crime e/ou improbidade? notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção, de Maira Rocha Machado – *RBCCrim* 112/189-211 (DTR\2015\1981); e
- Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença, de Fabio Roberto D'Avila – *RBCCrim* 60/9-35 (DTR\2006\877).

A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470

The willful blindness theorie in the Criminal Action 470

Letícia Burgel

Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES.
Coordenadora adjunta da Revista de Estudos Criminais.
leburgel_@hotmail.com

Recebido em: 20.05.2016
Aprovado em: 28.07.2016
Última versão autora: 24.08.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo pretende verificar se a teoria da cegueira deliberada foi objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470, analisando o posicionamento dos Ministros a respeito do tema e os fundamentos utilizados para afastar, ou justificar, a aplicação da referida teoria no caso do Mensalão. Assim, tendo em vista os argumentos referidos pelos Ministros, bem como os construídos pela doutrina a respeito da teoria da cegueira deliberada, procurar-se-á realizar uma análise crítica da referida teoria, analisando seus fundamentos e eventuais equívocos dogmáticos, questionando a possibilidade da sua aplicação no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo analisar a problemática que pode encerrar a aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito brasileiro diante da nebulosa relação entre os conceitos de cegueira deliberada, dolo eventual e culpa consciente.

Abstract: This article aims to verify if the theory of willful blindness was subject of discussion by The Supreme Court in the trial of Criminal Action 470, analyzing the position of Ministers about the theme and the grounds used to ward off, or justify the application of the theory in the case of Mensalão. Thus, having in mind the arguments referred by the Ministers, as well as those built by the doctrine about the theory of willful blindness, we will try to make a critical analysis of the theory, analyzing its fundamentals and any dogmatic misconceptions, questioning the possibility of their application the Brazilian legal – criminal law. Thereby, this article aims to analyze the problems that the application of the theory of willful blindness in Brazilian law may contain due to the nebulous relationship between the concepts of willful blindness, eventual deceit and conscious guilt.

Palavras-chave: Teoria da cegueira deliberada – Ação Penal 470 – Mensalão.

Keywords: Willful blindness – Criminal Action 470 – Mensalão.

Sumário: 1. Introdução. 2. A teoria da cegueira deliberada e seus fundamentos. 3. O surgimento da teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*) no cenário internacional. 4. O surgimento da teoria da cegueira deliberada no brasil. 5. Aplicação da teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. 6. Análise crítica acerca da (im)possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

O presente artigo pretende fazer uma breve, e pontual, análise acerca da teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470 (Mensalão), verificando se a mesma foi aplicada pelo Supremo, e analisando, de forma crítica, os fundamentos no caso da aplicação. Assim, primeiramente, faremos referência aos fundamentos dogmáticos da teoria da cegueira deliberada, de modo a, primeiramente, ampliar o entendimento acerca do referido tema, bem como a fim de avançar em uma discussão de maior complexidade.

Em seguida, abordaremos o surgimento da teoria da cegueira deliberada na jurisprudência estrangeira, bem como na brasileira, trazendo, ainda que de forma pontual e sem demasiado aprofundamento, as origens da teoria, tanto no cenário internacional, como no cenário brasileiro. Após isso, faremos uma análise da Ação Penal 470, verificando se a teoria da cegueira deliberada foi aplicada no referido caso, analisando, ademais, os fundamentos utilizados para justificar uma possível aplicação, e os utilizados para afastá-la. Por fim, teceremos algumas críticas à teoria, verificando, também, a (im)possibilidade, bem como a (des)necessidade, da mesma ser recepcionada pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro.

O fato da teoria da cegueira deliberada ser, ainda, um instituto relativamente novo para o direito penal brasileiro faz com que tenhamos uma lacuna doutrinária que trate do tema em um nível de maior complexidade. Dessa forma, tal tarefa se mostra, de alguma forma, como um desafio, uma vez que não há na doutrina brasileira um texto específico que aborde todos os pontos que pretendemos tratar no presente estudo. Diante disso, iremos fazer uma análise crítica da teoria da cegueira deliberada, atendo-nos a alguns aspectos dogmáticos, questionando, para além da sua compatibilização com institutos dogmáticos, tanto da tipicidade objetiva, como da subjetiva.

2. A teoria da cegueira deliberada e seus fundamentos

De acordo a teoria da cegueira deliberada, não é necessário que o agente tenha o conhecimento do fato, desde que comprovado que ele, propositalmente, se fez ignorante à situação, ou seja, que ele não quis enxergar, que se manteve cego. Assim, Francis Beck irá definir a cegueira deliberada como quando:

> (...) o agente intencionalmente "cega-se" diante de situação em que, se mantivesse "os olhos abertos", teria condições de reconhecer ou suspeitar fundadamente da tipicidade da conduta que pratica. (...) Assim, o agente "enterraria sua cabeça" para não ter condições de conhecer detalhes da conduta que realiza, e da qual percebe a grande probabilidade da ocorrência de algo ilícito. De forma menos figurativa, são empregadas as expressões "evitação de consciência" e "ignorância deliberada", igualmente representativas da conduta voluntária do agente no sentido de evitar o pleno conhecimento do contexto fático que envolve o seu comportamento.
>
> Essa doutrina sustenta – de uma forma geral – a equiparação, para fins de atribuição da responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitiva e aqueles casos de desconhecimento intencional relativo a tais elementos. Tal equiparação se ampara na premissa que o grau de culpabilidade que se manifesta em que conhece o fato não é inferior ao do agente que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância.[1]

Segundo a doutrina estadunidense, existem três requisitos, os quais seriam essenciais, para que se possa equiparar casos de cegueira deliberada com o devido conhecimento por parte do agente. O primeiro deles seria a existência de uma suspeita justificada acerca da ocorrência do ilícito, ou seja, deve-se estar diante de uma suspeita não infundada, devendo haver evidências do delito de modo a exigir a suspeita por parte do sujeito.

A respeito desse ponto podemos, de pronto, questionar o que poderia ser considerado como uma suspeita justificada, e de que forma essa suspeita se daria; se por meio de convicções do julgador, o qual no momento da análise do fato em que o agente cegou-se deliberadamente analisa a possibilidade da existência por parte daquele sujeito de uma suspeita justificada, e, portanto, justificada nos conhecimentos do agente e do magistrado; ou uma suspeita justificada que tenha como base um processo penal em curso, em que, por exemplo, um vendedor de imóveis sabe que seu vizinho está respondendo por um

1. BECK, Francis. A doutrina da cegueira delibera e a sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. In: Revista de Estudos Criminais. n. 41, abr./jun., 2011. p. 46.

processo de tráfico e, mesmo assim, vende um imóvel de alto valor para o mesmo, suspeitando sobre a origem lícita do dinheiro, o qual pode ser objeto de lavagem. Dessa forma, se não houver nenhum tipo de prova, ou condenação, daquele que realizou a lavagem por um delito anterior, questionamo-nos como ficaria a condenação daquele que, deliberadamente, se colocou em situação de ignorância acerca do delito anterior, acreditando na licitude do dinheiro no momento da venda do imóvel. Em outras palavras, poderia o vendedor do imóvel ser condenado por lavagem de dinheiro, com base na teoria da cegueira deliberada, quando a existência do delito anterior não foi comprovada, de modo que ele não teria como ter uma suspeita justificada acerca da procedência do dinheiro? Com o intuito de responder ao questionamento aqui levantado, Ramon Ragués i Vallès refere o seguinte:

> Por todas estas razones parece oportuno reemplazar la exigencia de sospecha justificada por un requisito inicial que podría denominarse "falta de representación suficiente". Con esta idea se alude, precisamente, a que lo característico de estos casos es que el sujeto haya dejado voluntariamente de adquirir determinados conocimientos o que aquellos con los que efectivamente cuenta resultan insuficientes para que le sea aplicado un tipo penal, ya sea porque esté exige dolo o bien porque contiene exigencias cualificadas de conocimiento que en el caso concreto no se cumplen por razones imputables al proprio sujeto.[2]

Assim, retomando o exemplo anteriormente referido, se o próprio Estado não obteve êxito na persecução penal do crime de tráfico, não havendo um processo em curso, ou se do processo resultar a absolvição do acusado, não pode o sujeito que realizou a venda do imóvel ser imputado do delito de lavagem, uma vez que, ainda que ele suspeitasse de que o comprador estivesse envolvido com tráfico de entorpecentes, ele não teria as exigências qualificadas de conhecimento do caso concreto, ou seja, não teria como saber se, de fato, a sua suspeita era justificada.

O segundo requisito mencionado pela doutrina seria a disponibilidade da informação, a qual deve estar ao alcance do agente, mas não um alcance do qual ele precise empregar muitos meios, dentre os quais meios de grande complexidade,[3] mas sim, um fácil alcance, estando disponível a qualquer pes-

2. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 138.

3. Aqui Ragués I Vallès traz como exemplo o caso em que um cliente pergunta ao responsável de um supermercado se determinado embutido tem alguma substância à qual ele é alérgico. No entanto, por ser domingo, o responsável não tem como entrar em contato

soa que tenha interesse em conhecê-los. E, por último, a motivação do sujeito, onde o agente deve ter um motivo para se manter ignorante, desejando, conscientemente, se manter dessa maneira, de modo que a sua *incapacidade para obter mais informação não pode se dever a mera preguiça, estupidez ou ausência de curiosidade*.[4]

No entanto, parte da doutrina, bem como da jurisprudência,[5] tem entendido que, para além da possibilidade por parte do agente de conhecer o ilícito – do *poder conhecer* –, seria necessário também que ele tivesse o dever de conhecer. Assim, a fim de ilustrar o referido, Ragués I Vallès traz o seguinte exemplo:

> (...) Así, por ejemplo, el empleado del departamento comercial de una empresa que sospecha que sus compañeros del departamento financiero podrían estar cometiendo algún tipo de irregularidad fiscal pero que, para evitarse problemas, prefiere no seguir indagando, se encuentra en una situación que, si bien cabría definir extrajurídicamente de ignorancia deliberada, no puede dar lugar a responsabilidad penal por falta de un deber de conocimiento.[6]

De acordo com esse pensamento, portanto, o agente que não tem o dever de conhecer o ilícito, ainda que possa conhecê-lo não deve ser responsabilizado. Tal afirmação será de suma relevância, e terá muitos desdobramentos, no que diz respeito aos crimes omissivos impróprios, bem como aos deveres de *compliance*, como veremos em seguida.

---

com o fabricante para que ele esclareça a dúvida do cliente, então prefere arriscar e dizer ao cliente que o produto não tem a referida substância. Nesse caso, se o cliente acaba tendo uma reação alérgica ao produto e sofrendo algum tipo de dano, o vendedor não poderá alegar que não tinha como obter aquela informação nas circunstâncias em que se deu o fato. Contudo, poderá ele ser imputado na forma de imprudência. De outro modo será tratada a situação se o responsável pelo supermercado decide, ainda que pudesse fazê-lo, por não chamar o fabricante, porque teria muito trabalho e por acreditar que a ocorrência de um dano seria muito improvável. Nessa hipótese, ao dizer ao cliente que o produto não contém a substância à qual ele é alérgico, quando, de fato, não o sabe, o vendedor pode ser enquadrado na cegueira deliberada, no entanto, ao ver de Ragués I Vallès imputar a ele lesão dolosa seria desproporcional. (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 139-40).

4. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 135.
5. Fazemos referência aqui à jurisprudência Espanhola. Vide RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 142.
6. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 143-144.

3. O surgimento da teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*) no cenário internacional

A origem da teoria da cegueira deliberada remonta a 1861, sendo atribuída à Inglaterra, a qual teria, pela primeira vez, estabelecido uma relação entre conhecimento e cegueira deliberada no julgado *Regina v. Sleep*.[7] No caso em tela, *Sleep* foi condenado em primeiro grau por estar com a posse de barris navais, contudo, o fato típico tinha como sua elementar o conhecimento por parte do agente de que se tratava de objetos de propriedade estatal. Contudo, *Sleep* afirmou que não sabia que se tratava de barris de propriedade do Estado, assim, diante da informação do acusado, bem como da ausência de prova em contrário, o juiz *Willes* decidiu pela absolvição de *Sleep*, uma vez que não havia sido comprovado o seu conhecimento, nem mesmo o fato de ele, intencionalmente, ter se evitado adquirir tal conhecimento.[8] Assim, nota-se que, se tivessem provas suficientes, a corte poderia ter condenado o acusado, no presente caso, com base na teoria da cegueira deliberada, ou seja, mesmo que o agente não tivesse conhecimento de que os barris eram propriedade do estado.[9]

Em que pese o referido caso tenha grande relevância, especialmente por ser o primeiro a tratar, de alguma forma, dessa discussão. O primeiro caso que registra, de fato, a aplicação da teoria da cegueira delibera é o caso Bosley v. Davies, julgado em 1875 na Inglaterra. Davies foi acusado de permitir jogos ilegais em sua pensão, contudo, afirmou que não tinha conhecimento dos jogos ilícitos praticados nas dependências, de modo que não poderia ser condenado, uma vez que o conhecimento era elementar do cometimento do crime. No entanto, o tribunal entendeu de forma diversa, afirmando que o conhecimento não era necessário, desde que presente circunstâncias das quais possa se presumir que o acusado e seus empregados eram coniventes com a prática dos ilícitos. Assim, a partir desse julgado que a teoria da cegueira

7. Mr. Sleep era um ferrageiro que embarcou em um navio barris repletos de parafusos. No entanto, alguns desses barris tinham uma marca em forma de flecha, o que indicava que tais barris eram de propriedade do estado. Contudo, tal fato era desconhecido pelo acusado, o qual não sabia que o referido símbolo indicava que os barris pertenciam ao estado. (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 65.)
8. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 65.
9. ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction:* Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. JCLC, 81 (1990). p. 196.

deliberada passou a ser reproduzida pelos tribunais ingleses, expandindo-se cada vez mais.[10]

Apesar da teoria da cegueira delibera ter origem na Inglaterra, ela passa a ter uma grande relevância, especialmente no que tange ao cenário internacional, nos Estados Unidos a partir de 1899, no julgamento do caso *Spurr v. United States*. Spurr, presidente do Commercial National Bank of Nashville, foi acusado de certificar um cheque referente a uma conta que não tinha fundos. No entanto, para que a conduta de Spurr fosse objeto de tutela penal, o acusado deveria violar a norma de forma intencional, o que foi utilizado pela defesa como argumento na interposição do recurso. O tribunal, contudo, sustentou que Spurr se colocou, propositalmente, em situação de ignorância, fazendo referência à teoria da cegueira deliberada, uma vez que ele não procurou saber ser o sacador tinha, de fato, dinheiro em sua conta antes de realizar o saque. Além disso, a corte afirmou que o júri poderia condenar o acusado se observassem que o mesmo fechou seus olhos, com o intuito de não enxergar o fato, evitando, de forma proposital, uma investigação, de modo a manter-se ignorante. Contudo, ao fim, a condenação foi revertida, pois os jurados não haviam sido devidamente informados pelo magistrado da necessidade de intenção no delito em tela.[11]

4. O surgimento da teoria da cegueira deliberada no Brasil

A teoria da cegueira deliberada começa a ser objeto de discussão jurisprudencial e doutrinária a partir do julgamento do furto ao Banco Central de Fortaleza, ocasião em que foi subtraído do Banco uma quantia de R$ 164.755.150,00 reais, a qual estava em notas de R$ 50,00 reais. Após realizar a subtração, os autores do delito utilizaram o dinheiro para adquirir novos veículos, fazendo o pagamento com as referidas notas a uma revenda de veículos. O valor repassado para o dono da revenda foi de R$ 980.000,00 reais, além de R$ 200.000,00, que foram pagos à revenda com o intuito de adquirir, posteriormente, novos veículos. A partir daí, surge a problemática que envolve a teoria da cegueira deliberada, uma vez que se passou a questionar a possibilidade de responsabilização do dono da revenda de automóveis pelo crime de lavagem de dinheiro, mediante a aplicação da teoria da cegueira deliberada, bem como a tipificação

10. ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction:* Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. JCLC, 81 (1990). p. 197.

11. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 67-68.

do crime, no que tange à tipicidade subjetiva, na modalidade de dolo eventual, uma vez que o pagamento referente aos veículos, que eram de alto valor, foi feito em espécie, motivo pelo qual o dono da revenda de automóveis deveria ter desconfiado da procedência ilícita do dinheiro, de modo que teria se colocado, de forma dolosa, em situação de ignorância, buscando não tomar ciência da procedência dos valores que lhe foram repassados.

Assim, com base na teoria da cegueira deliberada, o Magistrado de primeiro grau decidiu pela condenação do dono da revenda, a qual, em segunda instância acabou sendo revertida pelo Tribunal Regional Feral. O Tribunal argumentou que as provas apresentadas pela acusação seriam insuficientes para sustentar a condenação do acusado, de modo que se assim o fizesse, tratar-se-ia de responsabilidade objetiva, o que é vedado pelo ordenamento jurídico penal brasileiro. Ademais, afirmou que o pagamento em dinheiro em espécie em revendas de automóveis é algo comum da prática, bem como que não era exigível que o vendedor suspeitasse acerca da licitude do dinheiro apenas pelo fato dos compradores terem deixado uma quantia paga na loja. Ao ver do tribunal, a teoria da cegueira delibera pode, sim, ser aplicada no ordenamento jurídico penal brasileiro, contudo apenas nos casos em que o tipo penal preveja a punição na hipótese de dolo eventual, o que não ocorreria no caso em tela, uma vez que o conhecimento da origem ilícita do dinheiro é elementar típica, afastando assim a sua aplicação no julgado e decidindo pela absolvição do acusado.[12]

A partir desse julgado, a teoria da cegueira deliberada passa a ter um papel de maior relevância nos julgados dos tribunais brasileiros, de modo que a mesma começa a ganhar destaque especialmente no que tange ao crime de lavagem de dinheiro, motivo pelo qual a doutrina brasileira começa a se ocupar do seu estudo. A sua aplicação ganha mais destaque com o advento da Lei 12.683/12, que altera a Lei 9.613/90, que dispõe sobre o crime de lavagem de capitais. A nova Lei de Lavagem traz em seu art. 1.º, § 2.º, uma alteração que tem tido uma grande repercussão nos tribunais, pois admite a possibilidade de dolo eventual no crime de lavagem, uma vez que suprime a expressão "que sabe serem provenientes", ou seja, para que o crime de lavagem de dinheiro seja configurado não se faz mais necessário que o agente tenha conhecimento da origem ilícita do dinheiro, basta apenas que ele utilize bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.[13]

12. BECK, Francis. A doutrina da cegueira delibera e a sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. n. 41, abr./jun., 2011. p. 56-57.

13. Assim dispõe o art. 1.º, § 2.º, I da Lei 9.613/98: *Art. 1.º* Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou

5. Aplicação da teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470

O julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão) trouxe à baila a discussão acerca da possibilidade de admitir o dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro, previsto na Lei 9.613/98. A ascensão dessa discussão no Supremo Tribunal Federal faz com que a teoria da cegueira deliberada, a qual raramente é objeto de discussão nos tribunais, seja ao menos tangenciada, a fim de fundamentar a condenação ao delito de lavagem na modalidade do dolo eventual.

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber referiu, de forma expressa, a teoria da cegueira deliberada, de modo a fundamentar a possibilidade de admissão de dolo eventual no crime de lavagem.[14] Segundo a Ministra, a admissão do dolo eventual está vinculada à previsão genérica constate na parte geral do Código Penal, mais precisamente no art. 18, I, de modo que não seria necessária a previsão específica no tipo penal. Na concepção da Ministra, havia três elementos que indicavam a existência de dolo por parte dos acusados:

> o fato de os valores serem recebidos de forma extravagante e por meios sub-reptícios, o que pressupõe o dolo de ocultação ou dissimulação; ciência pelo beneficiários de que os pagamentos se faziam pelas empresas de Marcos Valério, (...) mesmo sendo os repasses efetuados por solicitação do PT; recebimento dos valores pelos beneficiários, sem qualquer ressalva ou tentativa de esclarecer a origem deles.[15]

---

valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: (...) Pena: reclusão de três a dez anos e multa. (...) § 2.º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – *utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores* que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes *referidos neste artigo;* (grifo nosso) De outro modo dispõe o art. 1.º, § 2.º da Lei 12.863/12: *Art. 1.º* Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (...) *Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. (...)* § 2.º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – *utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (...)*.

14. *Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 1273 Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016).

15. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 1295. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016.

Dessa forma, ao ver da Ministra, o fato de os valores recebidos serem vultosos e em dinheiro vivo, bem como o fato das transações serem efetuadas em hotéis e por pessoas interpostas, seria o suficiente para que os beneficiários também fossem considerados como parte do esquema, ainda que a ocultação e a dissimulação dos valores tenha sido praticada pelos agentes das empresas de Marcos Valério e pelo Banco Rural. Dessa forma, o fato dos beneficiários acusados não terem se preocupado com a licitude da operação, bem como por não terem indagado acerca da origem dos valores, configuraria *a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para que o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada.*[16] A partir daí, a Ministra Rosa Weber passa a construir um argumento de modo a sustentar a incidência de dolo eventual no caso em tela, fundamentando sua aplicação na teoria da cegueira deliberada. Assim ela refere:

> É necessário reconhecer que, em casos nos quais não haja coincidência entre o autor do crime antecedente e o autor do crime de lavagem, *será raro que este último tenha conhecimento pleno e absoluto da procedência criminosa do objeto da transação*, com o que *a exclusão do dolo eventual levaria, na prática, à impunidade das formas mais graves da prática de lavagem de dinheiro*, especialmente dos crimes praticados por profissionais da lavagem, de ordinário distantes dos crimes antecedentes e sem motivos para aprofundar o seu conhecimento a respeito.
>
> *Admitindo-se o dolo eventual, viabiliza-se uma resposta penal apropriada* a esse fenômeno sem ir ao extremo de prescindir da ciência pelo agente da lavagem da elevada probabilidade da procedência criminosa do objeto da transação.[17] (grifo nosso).

De pronto, nota-se que a busca pelos fundamentos da teoria da cegueira deliberada se dá em razão da necessidade de embasar uma decisão político criminal, uma vez que ao ver da Ministra o não reconhecimento do dolo eventual nos casos de lavagem daria ensejo a uma grande margem de impunidade, de modo que o dolo eventual seria a forma de oferecer à população uma respostar mais "apropriada" do ponto político criminal. O que se pode questionar aqui é

16. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 1297. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016.

17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 1299. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016.

se o Supremo pretende reconhecer a possibilidade de incidência de dolo eventual nos delitos de lavagem de capitais, por que o faz mediante a teoria da cegueira deliberada, uma vez que os referidos institutos não coincidem. Há, aqui, um problema de distinção entre o dolo eventual e a cegueira deliberada, o qual pode acarretar muitos problemas.

> Não cabe excluir, portanto, a possibilidade de o crime de lavagem ser praticado com dolo eventual, o que ocorre quando o agente pratica condutas de ocultação e dissimulação, tendo ciência de que o objeto da transação envolve, com elevada probabilidade, produto de crime, e, mesmo com esse conhecimento, permanece indiferente às consequências de seu agir delitivo.[18]
>
> (...)
>
> Nesta ação penal, há elementos probatórios suficientes para concluir que os acusados beneficiários agiram dolosamente, se não com dolo direto, então com dolo eventual. *Qualquer pessoa minimamente razoável* recusaria o recebimento de valores vultosos em espécie nessas condições ou, *antes de recebê-los, preocupar-se-ia, pelo menos, em aprofundar o seu conhecimento sobre a origem do dinheiro e do motivo da realização dos pagamentos naquelas circunstâncias*.[19] (grifo nosso).

No ponto acima, resta claro a utilização da teoria da cegueira deliberada para fins de fundamentação da condenação. A Ministra Rosa Weber traz aqui a figura da *pessoa minimamente razoável,* o chamado homem médio, deixando de analisar o conhecimento que os agentes realmente tinham no momento da ação no caso concreto, trabalhando-se com um conhecimento hipotético ou com uma mera capacidade de conhecimento, o que acaba por acarretar diversos problemas, os quais serão abordados de forma mais aprofundada no próximo ponto deste trabalho.

> Assim, também os parlamentares agiram com dolo de lavagem de dinheiro. Seu propósito específico, sem dúvida, era receber o dinheiro sujo, e não lavá-lo, mas, concordando em recebê-lo mediante estratagemas de ocultação e dissimulação e ainda contribuindo com estes mediante a utilização de pes-

18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 1300. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016.

19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 1301. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016.

> soas interpostas e a falta de contabilização, praticaram dolosamente o crime de lavagem de dinheiro.[20] (grifo nosso).

Nota-se que aqui, a Ministra vincula o dolo do crime de lavagem não ao intuito de lavar dinheiro, mas sim a receber dinheiro sujo. A doutrina, reiteradamente, afirma que o dolo, nos crimes de lavagem, consiste na *finalidade de encobrir ou dissimular a utilização do patrimônio ilícito resultante de um dos crimes anteriores*[21] Dessa forma, o agente deve, primeiramente, ter ciência de que os valores são decorrentes da prática de um ilícito e, em segundo lugar, ter como objetivo final encobrir ou dissimular os referidos valores. Nesse sentido refere Mendroni:

> Nem todas as condutas de "ocultar" e/ou "dissimular" configuram a lavagem de dinheiro. É preciso constatar o elemento subjetivo. Estas ações devem necessariamente demonstrar a intenção de o agente esconder a origem ilícita do dinheiro, bens, etc. A simples movimentação de valores ou bens, com o intuito de utilizá-los, desfrutar-lhes ou mesmo acomodá-los, mas sem intenção de escondê-los, não configura o delito.[22]

O que é interessante, no entanto, no voto da Ministra Rosa Weber, é que ela limita a responsabilidade aos destinatários finais – no caso os parlamentares beneficiados –, eximindo de responsabilidade os seus subordinados, uma vez que a subordinação deles não ensejaria a uma conclusão de teriam agido dolosamente. Nesse ponto, não há dúvidas que a Ministra acertou em votar pela absolvição dos subordinados, uma vez que estes, ainda que talvez suspeitassem acerca da origem ilícita dos valores, não tinham controle sobre o curso causal, de modo que uma eventual condenação dos mesmos seria extremamente injusta.

A Ministra Carmen Lúcia, em que pese admita a possibilidade de prática do crime de lavagem de dinheiro na modalidade de dolo eventual, salienta a necessidade de que se demonstre que, no momento em que aceita o resultado da lavagem de dinheiro, o agente sabia da ocorrência do crime antecedente.[23] De outro

---

20. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 1301. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016.
21. CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de dinheiro:* aspectos penais da Lei nº 9.613/98. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 111.
22. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 107.
23. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 2082. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016.

lado, o Ministro Luis Fux condicionou a possibilidade de reconhecimento de dolo eventual não ao conhecimento real acerca da proveniência dos valores, mas sim ao que o sujeito deveria saber, de modo, nas palavras do Ministro: *que o réu sabia ou devia saber ser proveniente, direta ou indiretamente, de crime*.[24]

O Ministro Dias Toffoli acaba, no entanto, se posicionando de forma diversa, não concordando com os demais tanto acerca da possibilidade de condenação por dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro, como pela aplicação da teoria da cegueira deliberada, a qual, a seu ver, seria inaplicável.

> Então, se alguém movimentasse um dinheiro de cuja origem desconfiasse (dinheiro vivo, em espécie, em mala, em pacote, em carro-forte etc.), como havia a necessidade de tipos específicos como antecedentes, seria cabível aplicar a ele o dolo eventual? Eu penso que não. Eu penso que não que não seria possível aplicar-se o dolo eventual, ou seja, aquele conceito do homem médio, aquele velho conceito do *bonus pater familiae*. Não era todo ou qualquer crime que dava ensejo à lavagem. Se não era todo ou qualquer crime, quem manipulasse certos valores, mesmo desconfiando que a sua origem não fosse lícita, mesmo desconfiando que aquilo não era da normalidade do homem médio, ele saberia se aquilo era proveniente de um crime contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro ou proveniente de furto? Em casos como esse, seria cabível aplicar o dolo eventual? Até a nova legislação, eu entendo que não (...).
>
> Sim, mas como haver cegueira deliberada sobre tipo que a pessoa desconhece? É impossível![25]

Nota-se que o Ministro afasta a aplicação da teoria da cegueira deliberada, uma vez que não há comprovação, segundo ele, acerca do conhecimento por parte dos acusados das elementares típicas. Nesses casos, em que não é possível comprovar que o agente tinha conhecimento da procedência ilícita do dinheiro, ao ver do Ministro, não seria correto aplicar a teoria da cegueira deliberada para condená-lo.

Em um sentido parecido se posicionou o Ministro Gilmar Mendes, compreendo que o crime de lavagem exigiria o dolo direto, sendo, ademais, inconciliável com a figura do dolo eventual. Assim ele refere:

24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 3188. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016.

25. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 3273-3274. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016.

> Na minha compreensão, as condutas de *ocultar* e *dissimular* exigem o dolo direto, pois afiguram-me inconciliáveis com a mera aceitação de produzir o resultado. Quem oculta ou dissimula o faz querendo o resultado, não apenas admitindo sua ocorrência.
>
> (...)
>
> Com efeito, o que se exige para a consumação do tipo penal não é o *domínio* de toda extensão do crime antecedente (autor, circunstâncias etc.), mas o conhecimento da procedência ilícita do *bem, direito ou valor.*[26]

Diante dos breves comentários acerca da utilização da teoria da cegueira deliberada por alguns Ministros do Supremo, pretendemos, no próximo ponto, tecer algumas críticas acerca dessa teoria. Importa ressaltar, no entanto, que, em que pese discordemos de alguns posicionamentos adotados pelos Ministros, há entendimentos que, a nosso ver, se mostram acertados e bem fundamentados, de modo que o que se propõe aqui não é uma crítica ao julgamento da Ação Penal 470, mas sim, uma análise crítica da utilização da teoria da cegueira deliberada por alguns Ministros e das incongruências que podem decorrer da sua utilização.

6. Análise crítica acerca da (im)possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro

A teoria da cegueira deliberada trata dos casos em que o agente se coloca, propositalmente, em situação de erro de tipo, ou seja, ele cria, conscientemente, uma barreira para que não tome conhecimento de uma atividade ilícita, caso a mesma ocorra. A fim de ilustrar Bottini refere o seguinte exemplo:

> (...) se o diretor financeiro de uma instituição bancária determina expressamente a seus gerentes que não o informem de operações suspeitas de lavagem de dinheiro, poderá ser condenado pela prática desse crime, por cegueira deliberada, pois criou conscientemente um mecanismo que veda a chegada ao seu conhecimento de qualquer dúvida sobre a licitude dos bens que processa.[27]

---

26. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 5717-5718. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf]. Acesso em: ago. 2016.
27. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter]. Acesso em: 18 mai. 2016.

Com o intuito de delimitar a responsabilidade, alguns doutrinadores recorrem ao princípio da confiança, o qual excluiria a imputação do resultado no âmbito da tipicidade objetiva.[28] No entanto, parte da doutrina entende que em determinados casos não seria possível a aplicação do princípio da confiança, uma vez que o mesmo, em que pese desempenhe um papel importante na sociedade do risco, não é absoluto, devendo ser limitado, de modo que um dos seus limitadores seria a posição ocupada pelo agente dentro da empresa. Haveria, portanto, uma diferença no tratamento das situações que envolvam a divisão vertical do trabalho e as que envolvam a divisão horizontal, na qual haveria uma relação de igualdade, o que não ocorreria nas relações verticais, onde, por conseguinte, o princípio da confiança teria um alcance muito mais limitado. Nessa linha, o princípio da confiança não pode ser aplicado, por exemplo, aos membros dos setores de *compliance*, uma vez que estes têm como função *desconfiar para melhor controlar e supervisionar*.[29]

Outro desafio que a teoria da cegueira deliberada traz para a doutrina penal é a diferenciação de conhecimento e cegueira deliberada. Assim, com o intuito

28. O princípio da confiança consiste em acreditar que cada um cumprirá o seu papel, estabelecendo-se, assim, uma rede de confiança, onde aquele que respeita a norma pode esperar que o terceiro também o fará. Para Jakobs, o princípio da confiança, além de ser uma hipótese de risco permitido, também é uma hipótese da proibição do regresso, que consiste nos casos em que um terceiro se utiliza de um comportamento correto de outro sujeito afim de cometer um determinado delito. Nesses casos, há a proibição de regresso à conduta daquele que se comportou de acordo com a norma, cumprindo, portanto, o seu papel, não sendo, assim, garantidor do resultado. Aqui Jakobs exemplifica com as equipes cirúrgicas, equipes de serviços e mantimento de aviões, de ônibus, fabricação mediante divisão de trabalho e o tráfego viário. Em todos esses casos não há como controlar a conduta de cada um que faz parte do grupo, de modo que é permitido que se confie que cada um a desempenhou de acordo com as normas estabelecidas, cumprindo o seu papel. Pensemos aqui na equipe que irá auxiliar um médico na cirurgia. Ao alcançar para o médico os equipamentos a serem utilizados, o mesmo confia que a equipe agiu de forma correta realizando a esterilização dos equipamentos, de modo que os utiliza na paciente. Assim, se a equipe não cumpriu o seu papel, não esterilizando os equipamentos, não deve o médico ser imputado caso advenha um resultado decorrente da não esterilização do equipamento, uma vez que dele não era exigido que fosse conferir se a equipe de fato cumpriu o seu papel, pois ele confiava que os mesmos haviam agido de acordo com a norma. (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997. p. 255). (continuação da nota suprimida).

29. ARELLANO, Luis Felipe Vidal. Fronteiras de Responsabilização Penal de Agentes Financeiros na Lavagem de Dinheiro. 2012. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa da Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 135.

de, de alguma forma, abarcar um número maior de condutas, as cortes federais dos Estados Unidos têm utilizado um conceito de conhecimento diverso do utilizado anteriormente – e do tipificado no Model Penal Code.[30] De acordo com o novo conceito adotado pelas cortes, para que seja reconhecido o conhecimento por parte do agente bastaria apenas que ele estivesse ciente de uma grande probabilidade da existência do fato, a não ser que ele sinceramente acredite que o fato, realmente, não existe.[31] Dessa forma, a Corte norte-americana tem aplicado a teoria da cegueira deliberada "quando há prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime;" tendo ele, ademais, agido de forma indiferente a esse conhecimento.[32]

Veja que tal conceituação traz consigo, de pronto, um grave problema de ordem dogmático-penal, uma vez que se trabalha com a probabilidade do co-

30. Assim refere Marcus: *Knowledge is initially defined in Section 2.02. (b) (i) of the Code: (b) Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when: i) if the element involves the nature of is conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist. This initial definition of knowledge leaves unclear the level of awareness needed for a defendant to have knowledge of a fact that makes his conduct "of that nature." However, Section 2.02, stating that knowledge of a fact is established if a person is aware of a high probability of its existence, makes it clear that the defendant need not be certain of a fact in order to be convicted under a statute requiring "knowing" conduct. Conhecimento é inicialmente definido na Seção 2.02. (B) (i) do Código: (b) conhecimento de causa. Uma pessoa age com conhecimento de causa em relação a um elemento material de uma infracção quando: i) se o elemento envolve a natureza de uma conduta ou as circunstâncias concomitantes, ele está ciente de que sua conduta é daquela a natureza ou da existência de tais circunstâncias. Esta definição inicial de conhecimento não deixa claro o nível de consciência necessária para que o acusado tenha conhecimento do fato que faz com que a sua conduta seja "dessa natureza." No entanto, Seção 2,02, indicando que o conhecimento de um fato é estabelecido se uma pessoa está ciente de uma alta probabilidade de sua existência, deixa claro que o réu não precisa ter certeza a respeito de um fato, para que seja condenado no âmbito de um estatuto que exija uma conduta da qual tenha "conhecimento"*. (tradução nossa) (MARCUS, Jonathan. Model Penal Code section 2.02(7) and willful blindness. In: *Yale Law Journal* June 1993: 2231-2257. *Academic OneFile*. Web. 6 May 2016. Disponível em: [http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA13942431&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=2611d50e6416d119774406a5f8bbe1cb]. Acesso em: 06 mai. 2016).

31. ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction*: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. JCLC, 81 (1990). p. 193-194.

32. BECK, Francis. A doutrina da cegueira delibera e a sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *Revista de Estudos Criminais*. n. 41, abr./jun., 2011. p. 47.

nhecimento da existência do fato pelo agente. O primeiro problema reside na probabilidade, a respeito da qual devemos questionar, inicialmente, de que forma essa probabilidade será apurada, se será com base em dados objetivos ou se a mesma ficará ao âmbito de discricionariedade – e subjetividade – do julgador. Ademais, deve-se questionar acerca da existência de um parâmetro que determine o que deve ser considerado como uma probabilidade relevante a ponto de equiparar a ignorância do agente ao conhecimento.

O segundo problema reside no próprio conceito de conhecimento. Há, nesse conceito, uma equiparação entre capacidade de conhecimento e conhecimento, no entanto, ambas são categorias distintas que não podem – nem devem – ser equiparadas.[33] Contudo, para, além disso, Robin Charlow refere que, diante das críticas feitas pela doutrina contra a utilização e equiparação da cegueira deliberada ao conhecimento, alguns doutrinadores sustentam a tese de que a cegueira deliberada seria mais compatível com o conceito de *recklessly* do que com o conceito de *knowledge,*[34] com o intuito, em especial, de adequá-la à legislação penal estadunidense.[35] No entanto, essa equiparação da cegueira deliberada com o conceito de *recklessly* no âmbito do direito penal brasileiro acarreta inúmeros problemas, dentre os quais o maior deles seria a tradução de *recklessly* para o português, que remonta à imprudência, ou seja, ao crime culposo.[36] O fato de associarmos a cegueira deliberada ao crime culposo pode

33. A capacidade de conhecimento diz respeito ao agente, trata-se, a nosso ver, de um critério subjetivo, na medida em que procura observar se aquele sujeito tinha, no momento da ocorrência do fato, capacidade suficiente de determinar a ilicitude do mesmo, questionando acerca das suas capacidades pessoais, de modo a analisar se era exigível que ele tivesse conhecimento. De outro lado, o conhecimento não diz respeito a uma situação hipotética, imaginada pelo julgador, mas sim ao fato concreto, o que aconteceu, se o agente tinha, no momento do ocorrido, o efetivo conhecimento de todas as elementares típicas.

34. A substituição do *knowingly* pelo *recklessness* se dá, especialmente, pelo fato de que o segundo termo reconhece como situação de cegueira deliberada apenas a representação de uma mera probabilidade ou risco, ou seja, não se exige, nesses casos, o efetivo conhecimento do agente. (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 83).

35. O Código Modelo dos Estados Unidos define como requisitos gerais da culpabilidade o seguinte: um sujeito somente poderá ser declarado culpado se atua propositalmente (*purposefully*), com conhecimento (*knowingly),* com imprudência (*recklessly*) ou negligentemente (*negligently*).

36. Na definição de reckless segundo o dicionário de Oxford constam palavras como, por exemplo, careless, inattentive, imprudent, negligente, temerarious. Referindo, inclusive, como antônimo: careful, cautious, prudente. (LINDBERG, Christine A. Oxford

acarretar muitos equívocos, de modo que, a nosso ver, mostra-se imperioso que o conceito utilizado para determinar a imputação nos casos de cegueira deliberada seja o de *knowledge*, pois elementar que o agente tenha conhecimento da conduta ilícita, sob pena de soluções absurdas e injustas.

Conforme já foi referido, a doutrina sustenta que para a aplicação da teoria da cegueira deliberada seria necessário, para além da possibilidade do agente de conhecer o ilícito, seria necessário que ele também tivesse o dever de conhecê-lo. Tal afirmação diz respeito à necessidade de que o sujeito tenha um papel diferenciado dentro do curso causal, ou seja, que ele de alguma forma, possa ter o domínio sobre ele. Dessa forma, o sujeito que, podendo e devendo ter conhecimento da prática do ilícito, cria barreiras para que não chegue ao seu conhecimento na hipótese de uma eventual prática, omite uma conduta cuidadosa, que seria o seu dever, uma vez que tem uma posição privilegiada – pensemos aqui no superior hierárquico. Assim, a conduta praticada por ele, ainda que seja uma conduta comissiva, resulta em uma omissão, o não despendimento do cuidado necessário para controle – ou fiscalização – dos atos praticados na empresa, por exemplo.

Tendo isso em mente, percebe-se que a teoria da cegueira deliberada se condiciona, conforme refere parte da doutrina, à necessidade do dever de conhecer do agente, poderíamos concluir que seria aplicável apenas nos casos em que estivéssemos diante da figura do garante, ou seja, apenas em casos de omissão imprópria. Nesses casos, o agente é responsável pela produção do resultado, de modo que se ele não agiu e o resultado se concretizou, ele deve responder como se o tivesse o praticado. No que tange ao ordenamento jurídico penal, ele prevê que tem o dever de agir aqueles elencados no art. 13, § 2.º do Código Penal. Assim, se um diretor de uma empresa cria barreiras para não tomar conhecimento que seu empregado estaria praticando um ato ilícito na empresa, o que vem a ocorrer, colocando-se, portanto, propositalmente em situação de ignorância, ele deveria responder pelo cometimento do crime como se o tivesse praticado, uma vez que possuí, nos moldes do art. 13, § 2.º,

American Thesaurus of Current English. New York; Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 622). No mesmo sentido, temos a definição de recklessly por meio de um exemplo no International Dictionary of English de Cambridge, que assim refere: She tried to avoid travelling in a car with Patrick because he drove so recklessly. (PROCTER, Paul. International Dictionary of English de Cambridge. London: Cambridge University Press, 1995. p. 1185). Veja que todos os dicionários consultados, para além dos dicionários online, conceituam recklessly e reckless como algo intrínseco ao crime culposo, relacionado ao dever de cuidado.

alínea "b", a obrigação– de cuidado, proteção ou vigilância, a qual foi assumida através do contrato. Dessa forma, nota-se que a aplicação da teoria da cegueira deliberada se mostra, nesses casos, desnecessária para o direito penal brasileiro, uma vez que as soluções propostas por ela seriam solucionadas com base no art. 13, § 2.º, pois no momento em que o agente tivesse conhecimento da conduta típica de terceiro ele passaria a figurar como garante.

Como já referido, a doutrina costuma equiparar a teoria da cegueira deliberada aos casos de dolo eventual, por se tratar de casos em que o agente opta por manter-se deliberada e conscientemente em situação de ignorância com o intuito de obter algum benefício, sem representar ou apenas suspeitando da existência de uma conduta típica concorrente, o que, segundo Ragués i Vallès, demonstra uma indiferença por parte do agente em relação ao resultado, como nos casos de dolo eventual.[37] No entanto, para que se possa imputar ao sujeito a prática do delito na modalidade dolosa, faz-se necessária a existência de dois elementos essenciais, um intelectual, e outro volitivo – ou emocional. O elemento intelectual diz respeito aos elementos e circunstâncias descritas nos tipos penais, devendo o agente, além de conhecer as elementares típicas, ter, no momento da ação, vontade de realizá-las. Ou seja, não basta apenas que o sujeito conheça um elemento do tipo, ele deve conhecer precisamente todas as elementares para que sua conduta possa ser considerada como dolosa, de modo que o desconhecimento de apenas uma das condições seria suficiente para excluir o dolo.[38]

De acordo com Eduardo Correia, o conhecimento do agente deve dizer respeito a todos os elementos que existem no momento da prática da sua conduta. Ele refere como exemplo o caso de falsificação de documento, em que o agente deve saber que da qualidade do documento, ou de certo documento que foi objeto de falsificação. Nesse raciocínio, conclui-se que o agente, nos casos em que se propõe a utilização da cegueira deliberada, deve ter conhecimento, no caso de lavagem de capitais, por exemplo, da origem ilícita do dinheiro, de modo que se não o tem, uma mera possibilidade de conhecimento não configuraria o dolo do agente, mas talvez uma negligência. Esse conhecimento referido por Eduardo Correia não se restringe, contudo, apenas aos elementos do tipo penal, abarcaria também a previsibilidade do resultado,[39] bem como o

37. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 192-193.

38. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal* – I. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 368.

39. É importante salientar a diferença que existe entre previsão e previsibilidade, pois, embora ambas pareçam ter o mesmo significado, elas se distinguem. A previsão é o

controle do agente sobre o curso causal.[40] Para Roxin, não é suficiente para que se configure o dolo uma mera consciência potencial, pois seria, de certo modo, imprudente exigir tão pouco para que se configurasse o dolo ao considerarmos uma mera "consciência marginal" ou um "aviso de sentimento" como suficiente para a sua existência. Ademais, tal conceituação acarreta um problema no que diz respeito à diferenciação do dolo para a culpa consciente, uma vez que aquele que age ao abrigo da culpa consciente também pode ter os chamados por Roxin de "avisos de sentimento", no entanto os deixa de lado, uma vez que confia que nada de ruim há de acontecer.[41]

O segundo elemento referido por Eduardo Correia, o elemento volitivo – ou emocional – consiste em uma conexão existente entre o fato e a personalidade do sujeito, em *certa posição do agente perante o fato*.[42] Ele deve ter vontade de realizar a conduta típica sabendo que concorrem os demais elementos típicos objetivos, de modo que não é suficiente uma vontade genérica de ação, mas sim uma vontade voltada para a realização do crime.[43] Contudo, pode haver casos em que o sujeito não queira o fato como um fim de modo a dirigir a prática de uma conduta com o intuito de alcançá-lo, podendo simplesmente prever o resultado como uma consequência necessária da sua conduta. Nesses casos, o agente, ao representar o evento como consequência necessária da ação, e ao não a renunciar, aceitaria, ao ver de Eduardo Correia, a sua ocorrência, devendo, segundo o doutrinador, nessa hipótese, ser imputado do resultado a título de dolo.[44]

Dos esclarecimentos feitos por Eduardo Correia podemos, de pronto, fazer uma analogia com os casos de cegueira deliberada. Nesses casos, para que o

---

desenvolvimento natural, um grau mais intenso de previsibilidade. Assim, a previsão abarca a previsibilidade, na medida em que o previsto é sempre previsível, sendo o previsível um grau do prever. Há previsão quando o agente representa a realização do resultado em decorrência da sua ação; enquanto na previsibilidade ele podia prever, contudo não o fez, ou seja, na previsibilidade deveria haver a previsão, mas não houve. (NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Introdução e parte geral. v. 1. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 70 s.).

40. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal* – I. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 369.
41. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria Del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 472.
42. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal* – I. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 375.
43. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, S.A., 1996. p. 411-413.
44. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal* – I. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 377-378.

agente possa ser imputado pela prática do delito na modalidade dolosa ele deve, primeiramente, ter conhecimento da prática de um ilícito por terceiro, ou seja, uma mera possibilidade de conhecimento não é suficiente, ele deve conhecer todas as circunstâncias fáticas que envolvem a prática criminosa, sabendo a respeito de todas as elementares típicas, podendo prever a ocorrência resultado, e ter o controle do curso causal. Assim segundo Botini, age com dolo eventual quem:

> *(...) suspeita* da origem ilícita dos bens com os quais trabalha, mas *não tem certeza* sobre tal fato. Assim, aquele que envia ao exterior (a uma empresa *off-shore*) valores não declarados, sobre os quais exista *fundada suspeita* de origem criminosa, pratica lavagem de dinheiro dolosa (sob a ótica do *dolo eventual)*.
>
> No entanto, não é qualquer suspeita que sustenta o dolo eventual. Ainda que careça da *vontade de resultado* e da ciência plena da origem ilícita do bem, o *dolo eventual* exige a *consciência concreta* do contexto no qual se atua.[45]

A nosso ver, a equiparação da cegueira deliberada ao dolo se mostra, primeiramente, errônea, e, em segundo lugar, perigosa. Em primeiro lugar, não se pode equiparar o dolo eventual à cegueira deliberada, pois, como já referido anteriormente, no dolo eventual há necessidade da consciência e previsão por parte do agente de que a criação de barreiras para o seu conhecimento facilitarão a prática de ilícitos, enquanto na cegueira deliberada não é necessária essa consciência, sendo suficiente para a imputação o fato do agente não ter interesse em conhecer, bem como apenas um provável conhecimento.[46] Há, portanto, a necessidade de um determinado conhecimento das ele-

45. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter]. Acesso em: 18 mai. 2016.

46. "(...) se um doleiro cria mecanismos para que não lhe cheguem notícias sobre a origem dos bens que manipula porque percebe que podem ser provenientes de *ilícitos administrativos* — sem representar em absoluto que possam ser oriundos de infrações penais — não haverá dolo eventual em relação à lavagem de dinheiro. Por outro lado, se o diretor de instituição financeira suprimir os sistemas de *compliance* e desativar mecanismos de comunicação, representando a possibilidade da prática de lavagem de dinheiro, haverá dolo eventual pela cegueira deliberada." (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-

mentares do tipo para que o dolo seja configurado, de modo que um mero "conhecimento potencial" não seria suficiente para configurá-lo. Assim, o conhecimento, ainda que seja mínimo, deve estar presente no momento da prática do ilícito, não sendo suficiente, para fins de imputação, que o *agente pudesse vir a ter esse conhecimento mínimo exigido caso se esforçasse para tanto*.[47] Dessa forma, se o sujeito não tem o mínimo conhecimento, ainda que não o adquira em razão da colocação deliberada em situação de ignorância, não há que se falar em dolo.[48] A teoria da cegueira deliberada propõe, portanto, a equiparação de duas categorias diferentes, tratando de forma igual a conduta típica em que o agente conhece o contexto em que atua e quer o resultado, e a que o agente não queria o resultado, nem mesmo tinha conhecimento acerca da criação do risco em razão do mecanismo por ele criado que impedia a sua ciência.[49]

Nota-se que a utilização da teoria da cegueira deliberada acarreta uma inversão do que realmente deve ser analisado, uma vez que deixa de analisar o que o sujeito sabe – bem como o que é por ele representado – analisando apenas o que ele não sabe. Ora, é notório que o sujeito sempre poderá ter um conhecimento mais amplo e profundo do que tem sobre os fatos, no entanto isso não é suficiente para que ele possa ser responsabilizado pela prática do mesmo, de modo que interessa, para fins de direito penal – e dolo – apenas o conhecimento que o agente tinha no momento, e não o que ele poderia ter.[50] Fundamentar uma condenação com base no conhecimento que o agente poderia ter acerca do fato, e não o que ele efetivamente tinha, seria uma solução *versarista* e, portanto, uma revitaliza-

---

-julgamento-acao-penal-470?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter]. Acesso em: 18 mai. 2016).

47. LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim, ano 17, n. 204, p. 10-1, nov. 2009.

48. LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim, ano 17, n. 204, p. 10-1, nov. 2009.

49. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter]. Acesso em: 18 mai. 2016.

50. LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim, ano 17, n. 204, p. 10-1, nov. 2009.

ção do princípio do *versari in re illicita*,[51] já superado pela doutrina, acarretando uma responsabilidade objetiva, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico-penal, uma vez que tem como base o princípio da culpabilidade.[52]

Ademais, a utilização da teoria da cegueira deliberada se mostra desnecessária nesse ponto, pois se comprovado que o agente tinha conhecimento da prática de uma conduta ilícita – ou seja, de todas as elementares do tipo –, previu a possibilidade de ocorrência do resultado, e nada fez, ainda que tivesse controle do curso causal, pouco importando se a lesão ocorreria ou não, a conduta dele poderia ser considerada como dolosa, na modalidade de dolo eventual – nos casos em que este fosse aplicável – prevista no art. 18, I, do nosso Código Penal, o que acarretaria uma solução mais justa, uma vez que fundada na existência de uma tipicidade subjetiva.

Por todo o exposto, nota-se que a teoria da cegueira deliberada tem sido utilizada pelos tribunais, em que pese seja desnecessária, com o intuito de aumentar a margem de punição, especialmente no que tange aos delitos econômicos. Assim, diante da impossibilidade de se comprovar com clareza que o agente tinha conhecimento da prática do ilícito, bem como a dificuldade de se comprovar o dolo do mesmo em relação ao resultado, os tribunais recorrem à referida teoria com um intuito meramente político criminal, evitar a impunidade. Portanto, a nosso ver, a teoria da cegueira deliberada não é apenas desnecessária, mas também perigosa, na medida em que pode servir de fundamento para condenações fundadas em uma responsabilidade objetiva.

7. Conclusão

A teoria da cegueira deliberada surge, portanto, na Inglaterra, em 1861, sendo, no entanto, objeto, de fato, de julgamento apenas em 1875. A partir daí, a jurisprudência inglesa passou a utilizá-la para fundamentar condenações nos casos em que o conhecimento efetivo do ilícito por parte do agente não era verificável, de modo que se passou a considerá-lo como desnecessário, desde que presente circunstâncias das quais possa se presumir que o acusado era conivente com a prática do ilícito. Apesar da teoria da cegueira deliberada ter tido origem na Inglaterra, ela ganha destaque, mesmo, nos Estados Unidos, onde surge em 1899.

51. De acordo com o princípio do *versari in re illicita*, o agente é considerado responsável por todo e qualquer resultado que possa decorrer do risco por ele criado.

52. BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Tomo II: fato punível. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 58.

No Brasil, a teoria da cegueira deliberada começa a ser objeto de discussão jurisprudencial a partir do julgamento do furto ao Banco Central. No caso em tela, o Juiz de Primeiro Grau decidiu pela condenação pelo crime de lavagem de dinheiro do dono de uma revenda de carros que recebeu os valores referentes ao furto ao Banco, afirmando que o dono da revenda de automóveis deveria ter desconfiado da procedência ilícita do dinheiro, de modo que teria se colocado, de forma dolosa, em situação de ignorância, buscando não tomar ciência da procedência dos valores que lhe foram repassados.

Segundo a doutrina da cegueira deliberada não é necessário que o agente tenha o conhecimento do fato, desde que comprovado que ele, propositalmente, se fez ignorante à situação, ou seja, que ele não quis enxergar, que se manteve cego. Assim, para que fosse configurada a cegueira, seria necessária a existência de três requisitos: a suspeita justificada acerca da ocorrência do ilícito, a disponibilidade da informação e a motivação do sujeito. Há, no entanto, um entendimento por parte da doutrina de que o agente, além de poder conhecer, teria de ter, também, o dever de conhecer, dessa forma, o agente que não tem o dever de conhecer o ilícito, ainda que possa conhecê-lo não deve ser responsabilizado.

Com o julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão), surge a discussão acerca da possibilidade de admitir o dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro, previsto na Lei 9.613/98, de modo que a teoria da cegueira deliberada, é tangenciada, a fim de fundamentar a condenação ao delito de lavagem na modalidade do dolo eventual. Uma das Ministras que utiliza a teoria da cegueira deliberada para fundamentar a condenação na modalidade de dolo eventual é a Ministra Rosa Weber, a qual refere, explicitamente, a teoria da cegueira deliberada em seu voto. Quase que no mesmo sentido se posiciona o Ministro Luiz Fux, uma vez que condiciona a possibilidade de reconhecimento de dolo eventual não ao conhecimento real acerca da proveniência dos valores ilícitos, mas sim ao que o sujeito deveria saber. O Ministro Dias Toffoli acaba, no entanto, se posicionando de forma diversa, não concordando com os demais tanto acerca da possibilidade de condenação por dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro, como pela aplicação da teoria da cegueira deliberada, a qual, a seu ver, seria inaplicável, uma vez que não há comprovação, segundo ele, acerca do conhecimento por parte dos acusados das elementares típicas. Em um sentido parecido se posicionou o Ministro Gilmar Mendes, compreendendo que o crime de lavagem exigiria o dolo direto, sendo, ademais, inconciliável com a figura do dolo eventual.

Tecemos, ainda, algumas críticas acerca da teoria da cegueira deliberada, apontado a necessidade de distinção entre conhecimento e cegueira delibera-

da, categorias distintas, mas que são, muitas vezes, equiparadas pela doutrina e jurisprudência. Além disso, questionamos acerca da possibilidade de aplicação da teoria aos crimes omissivos próprios, uma vez que parte da doutrina afirma que além da possibilidade do agente de agir, seria necessário também a existência de um dever de agir, o que nos levaria a concluir que o sujeito teria um papel diferenciado dentro do curso causal, de modo que pudesse dominá-lo.

Por fim, questionamos a equiparação das categorias do dolo eventual e da cegueira deliberada, a qual é feita pela doutrina e jurisprudência, posicionando-nos contrária à referida equiparação, uma vez que se trata de categorias distintas, devendo, nos casos de dolo, o agente ter conhecimento de todas as elementares típicas, enquanto nos casos de cegueira tal conhecimento é desnecessário para fins de imputação. A nosso ver, a teoria da cegueira deliberada trata de forma igual a conduta típica em que o agente conhece o contexto em que atua e quer o resultado, e a que o agente não queria o resultado, nem mesmo tinha conhecimento acerca da criação do risco em razão do mecanismo por ele criado que impedia a sua ciência, deixando de analisar o que o agente realmente sabe, preocupando-se com o que ele não sabe.

Dessa forma, fundamentar uma condenação com base em uma "possibilidade de conhecimento" por parte do agente, e não pelo o que ele efetivamente sabia seria uma solução *versarista,* acarretando uma responsabilidade objetiva, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico-penal, uma vez que tem como base o princípio da culpabilidade. A teoria da cegueira deliberada, além de problemática, se mostra desnecessária, sendo utilizada pelos tribunais apenas com o intuito de aumentar a margem de punição, especialmente no que tange aos delitos econômicos. Assim, diante da impossibilidade de se comprovar com clareza que o agente tinha conhecimento da prática do ilícito, bem como a dificuldade de se comprovar o dolo do mesmo em relação ao resultado, os tribunais recorrem à referida teoria com um intuito meramente político criminal, evitar a impunidade. Portanto, a nosso ver, a teoria da cegueira deliberada não é apenas desnecessária, mas também perigosa, na medida em que pode servir de fundamento para condenações fundadas em uma responsabilidade objetiva.

8. Referências

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. *Fronteiras de Responsabilização Penal de Agentes Financeiros na Lavagem de Dinheiro.* 2012. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa da Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BECK, Francis. A doutrina da cegueira delibera e a sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. n. 41, abr./jun., 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter]. Acesso em: 18 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Tomo II: fato punível. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BÜRGEL, Letícia. O papel do Princípio da Confiança na Sociedade do Risco. *Empório do Direito*. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/principio-da-confianca-na-sociedade-do-risco/]. Acesso em: 17 mai. 2016.

CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de dinheiro:* aspectos penais da Lei nº 9.613/98. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal* – I. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997.

LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim, ano 17, n. 204, p. 10-1, nov. 2009.

LINDBERG, Christine A. *Oxford American Thesaurus of Current English*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, S.A., 1996.

MARCUS, Jonathan. Model Penal Code section 2.02(7) and willful blindness. *Yale Law Journal* June 1993: 2231-2257. *Academic OneFile*. Web. 6 May 2016. Disponível em: [http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA13942431&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=2611d50e6416d119774406a5f8bbe1cb]. Acesso em: 06 mai. 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Introdução e parte geral. v. 1. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

PROCTER, Paul. *International Dictionary of English de Cambridge*. London: Cambridge University Press, 1995.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction:* Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. JCLC, 81 (1990). p. 191-234.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria Del delito. Madrid: Civitas, 1997.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 122/255-280 (DTR\2016\22988);
- Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada, de Marco Antonio de Barros e Thiago Minetti Apostólico Silva – *RT* 957/203-256 (DTR\2015\9539); e
- Os critérios de aplicação da pena-base no direito penal brasileiro: considerações a partir do julgamento dos embargos infringentes interpostos na APN 470 ("caso mensalão"), de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 110/103-121 (DTR\2014\18437).

Direito penal para "menores". Discursos de expansão e redução propagados pela imprensa

Criminal law for "minors". Discourses of expansion and reduction spread by the press

Guilherme Brenner Lucchesi

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – PPGD-UFPR. Mestre em Direito pela Cornell Law School (EUA). Professor da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Conselheiro do Instituto dos Advogados do Paraná – IAP, gestão 2015/2016. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico – IBDPE, gestão 2015/2017. Advogado criminalista em Curitiba.
Habilitado para o exercício profissional da advocacia em Nova York, EUA.
guilherme@lxp.adv.br

Bruna Gabriela Tavares e Azevedo

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo. Estagiária da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, comarca de Uberlândia-MG. Jornalista graduada pelo Centro Universitário do Triângulo e pós-graduada pela ESAMC Uberlândia.
brunatavaresazevedo@gmail.com

Patrick Luis Tavares de Oliveira

Pós-graduado em supervisão, orientação, inspeção e administração escolar pelo Instituto de Ciências Sociais e Humanas – ICSH. Pós-graduado em metodologia do ensino de física pelo mesmo instituto. Pedagogo graduado pelo Instituto de Educação e Ensino Superior de Samambaia – IESA. Professor da Secretaria de Educação do Governo do Distrito Federal.
patrick_fisica@hotmail.com

Recebido em: 17.06.2016
Aprovado em: 26.07.2016
Última versão **dos autores:** 31.08.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O trabalho visa compreender o fenômeno da juventude em conflito com a lei, bem como de que forma o tema é tratado pelos veículos de

Abstract: This work aims to understand the phenomenon of youth in conflict with the law, as well as how the issue is handled by the mass

Lucchesi, Guilherme Brenner; Azevedo, Bruna Gabriela Tavares e; Oliveira, Patrick Luis Tavares de. Direito penal para "menores". Discursos de expansão e redução propagados pela imprensa.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 129. ano 25. p. 509-542. São Paulo: Ed. RT, março 2017.

comunicação de massa, em um contexto em que a maioria da população brasileira clama pela redução da maioridade penal. Para tanto, lança-se uma visão ora sociológica, ora normativa sobre a questão, para então abordá-la especificamente quanto ao teor dos discursos aqui denominados *reducionistas* e *expansionistas*. O trabalho propõe-se a não apenas compilar uma revisão bibliográfica atinente ao tema. Pretende também contribuir com análise empírica de amostra atualizada de textos jornalísticos que abordam o assunto nos principais veículos de comunicação, em especial a partir de suas versões on-line. Conclui-se, a partir de então, que os discursos propagados pela imprensa são, de fato, reducionistas e expansionistas, ajudando a construir a *cultura do medo* por meio da *espetacularização da violência*. Além disso, pudemos concluir que a questão tem raízes que demandam maior preocupação do que a discussão a respeito de seu tratamento normativo. Vislumbra-se, de fato, um Direito da Infância e da Juventude que, após 28 de anos de vigência da Constituição e 26 do ECA, permanece mais simbólico do que efetivo. Assim, há que se expurgar a tendência de tratar, meramente por via legislativa, problemas socioeconômicos, os quais demandam políticas públicas estatais, além de ações que devem emanar também da família e da sociedade. A imprensa, por seu turno, deve cumprir sua função social de informar e educar – sob pena de relegar sua função social a um status simbólico, nos moldes dos direitos infanto-juvenis.

Palavras-chave: Direito infracional – Redução da maioridade penal – Expansão do direito penal – Cultura do medo.

communication media, in a context where most of the Brazilian population calls for the reduction of the legal age for adult criminal liability. For this purpose, the question is approached through a sociological and legal perspective, in order to address it specifically on the context of discourses here labelled *reducionist* and *expansionist*. The work is proposed to not only compile a literature review pertaining to the topic, but also aims to contribute with empirical analysis of an updated sample of journalistic texts that address the issue in the main vehicles of communication, specifically their online version. It follows from then, the discourses supported by the press are, in fact, reductionist and expansionist in order to help building the *culture of fear*, by means of the *spectacle of violence*. In addition, we conclude that the issue has roots that demand greater concern than the discussion about its normative treatment. We envision, in fact, that the Law of Children and Youth, even after 28 years since our Constitution and 26 years after the enactment of the ECA, remains more symbolic than effective. Thus, it is necessary to purge the tendency to treat socio-economic problems merely through legislation, since they require state public policies and actions that must come also from family and society. The press, for its part, must fulfill its social role to inform and educate – otherwise it would ostracize the media's social function to a symbolic status, as child and youth rights.

Keywords: Youth offender law – Reduction of legal age for criminal liability – Expansion of criminal law – Culture of fear.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um olhar sobre o adolescente em conflito com a lei. 2.1. Sujeitos de direitos? 2.2. Direitos menores, punições maiores. 3. O "menor" no cerne do espetáculo midiático. 3.1. Análise dos discursos propagados pela imprensa acerca do adolescente em conflito com a lei. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Qual o perfil do adolescente em conflito com a lei no Brasil? De que maneira o ordenamento jurídico trata essa questão? De que forma a imprensa

o faz? Essas são as principais perguntas que objetivamos responder com o presente trabalho, de forma a enfrentar discussões correlatas, visitando assim não apenas as ciências jurídicas, mas também a os campos da Sociologia e da Comunicação Social.

Tal esforço científico é necessário na medida em que a questão do adolescente em conflito com a lei no Brasil remonta a outras discussões mais profundas, como o problema da violência urbana, da desigualdade social e da criança em situação de risco e vulnerabilidade. Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990) tem como principal objetivo proteger, integral e prioritariamente, crianças e adolescentes em situação de risco.

Nada obstante, em que pese apenas uma pequena parte do Estatuto, de caráter excepcional, ser dedicada à responsabilização do adolescente, esta têm sido objeto de intensa discussão nos órgãos legislativos do país. Ao arrepio das cláusulas pétreas constitucionais, dentre as quais se incluem os direitos individuais e sua característica intrínseca de irretroatividade, tramita no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição (PEC 115/2015), outrora denominada PEC 171, de 1993, que objetiva tornar penalmente imputáveis os menores de 18 anos e maiores de 16, tendo sido aprovada em primeiro e segundo turno na Câmara dos Deputados após questionável manobra por parte do então Presidente daquela casa legislativa.[1]

No ponto, os discursos midiáticos punitivos são facilmente assimilados pela parcela da população brasileira favorável à redução da maioridade penal, respaldando a agenda parlamentar. O sentimento de impunidade transmitido via notícias envolvendo atos infracionais (crimes cometidos por adolescentes)

1. O Projeto de Emenda Constitucional que busca reduzir a maioridade penal surgiu em 1993, originalmente criado pelo então deputado Benedito Domingos (PP-DF), sendo que, ao longo dos últimos 21 anos, permaneceu "parado". Em 2015, a Câmara dos Deputados, motivada pelos fatos noticiados na imprensa que apontavam o adolescente como principal responsável pelo aumento da criminalidade, retomaram as discussões, desta feita presidida pelo controverso deputado afastado Eduardo Cunha (PMDB-RJ). Com atuação, no mínimo, "engajada", com vistas a aprovar a PEC, o ex-presidente da Câmara dos deputados, após a derrota do texto aprovado pela Comissão Especial no Plenário, no dia 30 de junho, apresentou uma emenda aglutinativa, substancialmente parecida com o texto vetado, excluindo-se o tráfico de drogas e o roubo qualificado entre as condutas que "elevariam a idade penal", sendo a última proposta aprovada, na madrugada do dia seguinte, em afronta ao § 5.º do art. 60 da Constituição (*O Globo*. Com manobra de Cunha, Câmara aprova redução da maioridade penal. 01 jul. 2015).

provoca indignação e consequente anseio pela punição dos responsáveis, na contramão da finalidade pedagógica do Direito Infracional. Essa expressiva parcela da população, parece-nos, permanece guiada pela perspectiva *menorista* da sistemática revogada pelo ECA.

Conforme veremos, esses *discursos reducionistas* vão ao encontro de *discursos expansionistas* ao fomentar a ideia de um Direito Penal "expandido", de forma a alcançar aqueles que hoje possuem um sistema socioeducativo próprio, instituído pelo ECA e pela Lei do Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Em outros termos, tal sanha punitivista e expansionista visa aplicar aos adolescentes o sistema sancionador desenhado para adultos.

Assim, com vistas a responder às perguntas enunciadas, em um primeiro momento, lançaremos um olhar sobre o adolescente em conflito com a lei no Brasil em um esforço de identificar quem são esses adolescentes, quais os atos infracionais registrados em maior proporção e em que contexto socioeconômico ocorrem. Nesse momento, a partir de uma perspectiva sociológica, visitaremos teorias que se ocupam do fenômeno da juventude pobre, marginalizada e "delinquente", a exemplo das teorias de *labeling approach*. Em seguida, abordaremos os principais aspectos jurídicos do Direito Infracional contemporâneo, a fim de entender se é justificada a necessidade de falar-se em mudanças no sistema vigente por meio da redução da maioridade penal, ou seja, de um *Direito Penal para "menores"*.[2]

Ao adentrar, brevemente, outros campos de conhecimento atinentes ao tema, abordaremos a questão de forma multifacetada, tal qual sua complexidade demanda. Assim, conceitos como *cultura do medo*, *padrões de manipulação da imprensa* e *propagação de mitos* em torno do adolescente em conflito com a lei serão trazidos à luz, visando assim uma compreensão sistemática e consistente do fenômeno da "delinquência juvenil" e seus reflexos de ordem social, política e cultural, especialmente quanto à contribuição da imprensa na construção desses mitos e propagação dos *discursos de medo*.

Para tanto, finalmente, recortaremos um espaço temporal e uma amostra específica de veículos impressos nas suas versões on-line e, por meio do método de análise de discursos, buscaremos vislumbrar de que forma o tema é trata-

2. Ainda que se conheça a forte carga pejorativa do temo "menor", em parte decorrência da infame Lei 6.697, de 1976 (revogado Código de Menores), a expressão é empregada deliberadamente para reproduzir a linguagem do discursivo midiático de recrudescimento das medidas jurídicas adotadas contra crianças e adolescentes em conflito com a lei, como se os direitos deles devessem ser, de fato, menores.

do pela imprensa brasileira. Assim, a partir de necessária revisão bibliográfica a respeito da imprensa e seu *modus operandi* na propagação de ideologias, passaremos a expor nossa própria análise de conteúdo jornalístico, valendo-nos de técnica de investigação empírica por amostragem.

2. Um olhar sobre o adolescente em conflito com a lei

Atualmente, o ato infracional tem sido amplamente discutido no seio social e na imprensa, sendo que a temática se encontra comumente envolta na polêmica da redução da idade de imputabilidade penal de 18 para 16 anos. Assim, ao passo que a PEC 171, de 1993, encontra-se em tramitação no Senado Federal,[3] a opinião pública dá legitimidade à discussão da medida, revelando-se indubitavelmente favorável à redução.[4] A imprensa, por seu turno, já se posicionou: "O que está errada é a lei".[5]

Na esfera do Direito, no entanto, o tratamento adequado de tal questão demanda abordagem atenciosa, informada pelos saberes da sociologia e da psicologia, a fim de melhor visualizá-la não apenas na dimensão normativa (*sollen*), mas também como se apresenta contemporaneamente (*sein*).[6]

---

3. A PEC, após as reformas que excluíram alguns tipos penais das "causas de aumento de maioridade" – a expressão exerce o papel de elucidar quão aberrante a nova proposta é, haja vista que o critério utilizado para determinar se o agente é ou não imputável penalmente passa a ser o tipo penal correspondente ao ato infracional –, agora é denominada 115/2015, e não mais 171/1993. Com essa nova roupagem, a proposta encontra-se, desde o dia 22 de março de 2016, com o relator Ricardo Ferraço (PSDB-ES). A situação atualizada da PEC está disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817]. Acesso em: 23 mar. 2016.
4. De acordo com dados do Instituto Datafolha de junho de 2015, 87% da população brasileira é favorável à redução da idade penal. Outras pesquisas apresentam um percentual ainda maior, na casa dos 90%. Disponível em: [http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/04/1620652-87-dos-brasileiros-sao-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.shtml]. Acesso em: 29 ago. 2016.
5. ESTADO de São Paulo, O. Editorial. 22 jul. 2006. Outros trechos de textos jornalísticos opinativos, em discussão mais atual, serão citados adiante.
6. A distinção entre o campo do *ser* enquanto realidade fática e do *dever ser* enquanto imposição do ordenamento jurídico é muito bem anotada pelo filósofo político Norberto Bobbio (Turim, 18 de outubro de 1909 – Turim, 09 de janeiro de 2004), que utiliza semelhantes termos para distinguir o Direito Positivo (como ele é) do Direito Justo (como ele deve ser), sendo que o italiano é adepto do primeiro, em consonância com a teoria pura de Kelsen.

A tarefa de identificar quem são os adolescentes em conflito com a lei no Brasil, no entanto, esbarra em estatísticas enviesadas[7] a respeito do "menor infrator"[8] que não retratam o adolescente em conflito com a lei em si, mas aqueles que se encontram em unidades destinadas ao cumprimento de medidas socioeducativas. Essa amostra, por si só, já revela a seletividade do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase (Lei 12.594/2012), cujas instituições abrigam quase exclusivamente jovens "marginais" e criminalizados, em um processo de estigmatização enunciado pelas teorias criminológicas do *labeling approach*, ou teoria do etiquetamento.[9]

A critério ilustrativo dessa seletividade, destacamos o Panorama Nacional de 2012, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em parceira com outros órgãos. De acordo com o levantamento, mais da metade dos jovens em cumprimento de medida socioeducativa não frequentava a escola antes de ingressar na unidade, sendo que a maior parte estudou apenas até os 14 anos e 86% não cursavam o ensino médio no momento do ato infracional; 43% dos jovens

7. Esse viés remete ao conceito de cifra negra, ou oculta, referente à parcela de crimes não solucionados ou punidos, que consiste em um significativo número de infrações penais "oficialmente desconhecidas". Incluem-se nesta cifra ilícitos praticados por membros de estratos privilegiados da sociedade. Não é raro ouvir relatos de adolescentes de classe média que cometem pequenos furtos para se divertir, por exemplo. No entanto, tal conduta não é criminalizada, porque seus agentes não são estigmatizados e selecionados – na verdade, são "blindados" por sua condição de privilégios econômicos e sociais.

8. Essa nomenclatura é expurgada pelo ECA, segundo o qual denomina-se criança o indivíduo de até 12 anos de idade e adolescente, de 12 a 18 anos, não devendo o jovem em conflito com a lei ser subjugado. O termo "menor" não deve ser utilizado em nenhuma circunstância, seja referindo-se ao adolescente em conflito com a lei ou qualquer outra criança ou adolescente. Nesse sentido, usaremos entre aspas termos não adequados à boa doutrina e à principiologia internacional vigente, porém comumente reproduzidos pelos veículos de comunicação, a exemplo do perorativo "menor infrator", que remete à revogada legislação menorista.

9. "(...) a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela polícia, pelo ministério público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social" (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 101). Em sua tese de doutorado, ocupada especificamente pela teoria do *labeling approach* e pelas medidas socioeducativas, Fernanda Carolina de Araújo (A teoria criminológica do *labeling approach* e as medidas socioeducativas, 2010. Mestrado em Direito Penal. Universidade de São Paulo) aponta a ficção existente no discurso da intervenção penal brasileira, sendo o sistema de justiça um agente de controle social, baseado em relações de poder, na prática.

entrevistados vêm de família uniparental (criados apenas pela mãe) e 74,8% fazem ou já fizeram uso de drogas.[10]

Quanto à incidência dos atos infracionais, os mais cometidos são aqueles contra o patrimônio, correspondentes a 52%, seguidos dos atos ligados ao narcotráfico (26%), importante aliciador de jovens marginalizados. Homicídio, latrocínio e estupro, somados, correspondem a menos de 12% dos atos infracionais, de acordo com o levantamento do CNJ supracitado.

A respeito dessa realidade, o documento "Atendimento socioeducativo do Adolescente em Conflito com a Lei – Levantamento 2011",[11] da Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal– SDH, relaciona os atos infracionais contra o patrimônio à situação de privação de bens de consumo em que se encontram condicionados os adolescentes pobres. Sem expectativas de futuro e acesso pelas vias legais, a motivação de tais atos seria "alimentada pelas estratégias de marketing e propaganda do mercado, pelo apelo para o consumo e pela valorização social a partir da posse de bens materiais e com consequente empoderamento simbólico".[12]

Essa realidade é interpretada pela socióloga Marília Márcia Cunha da Silva[13] como a própria criminalização da pobreza e suas "estratégias de sobrevivência", uma vez que as medidas socioeducativas, aplicadas quase que exclusivamente aos adolescentes marginalizados,[14] acabam por sedimentar um processo

10. BRASIL Panorama Nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2012.

11. Citamos a publicação de 2012, relativa ao levantamento realizado em 2011, por ser mais completa, porém, nota da mesma secretaria publicada em 2013 trouxe dados atualizados a respeito da tipologia dos atos infracionais cometidos pelos internos do sistema socioeducativo. Nesse levantamento, o roubo responde por 40,01% dos atos infracionais, seguido de tráfico (23,46%), homicídio (8,81%), ameaça de morte (5,65%), furto (3,36%), tentativa de homicídio (2,99%), porte de arma de fogo (2,29%), latrocínio (1,94%) tentativa de roubo (1,68%) e estupro (1,15%), seguido por outros atos infracionais que não representam 1% cada um. A publicação da SDH faz ainda uma análise comparativa entre os dados do CNJ de 2011 e do IPEA de 2002, constatando queda dos atos graves e aumento da participação de adolescentes no tráfico de drogas.

12. Idem, p. 23.

13. SILVA, Marília Márcia Cunha da. A produção da delinqüência juvenil – uma análise sociológica da aplicação das medidas socioeducativas a adolescentes em conflito com a lei no município de Nova Iguaçu, RJ. *Revista Sociologia Jurídica*. v. 4, 2007.

14. "Os adolescentes em conflito com a lei realmente são 'marginais', mas marginais por estarem às margens do sistema, privados do acesso aos bens e serviços, às riquezas e benefícios sendo assim, postos em condições de inferioridade em relação aos demais

que influencia a famigerada "delinquência juvenil", sendo o estopim de tal processo as condições socioeconômicas que induzem o adolescente a recorrer ao ato infracional.

Entre essas condições, Silva enuncia a baixa escolaridade, falta de acesso ao mercado formal de trabalho e desestruturação familiar. No entanto, a opinião pública desvincula questões estruturais e sociais do fenômeno da juventude em conflito com a lei, ignorando as violações dos direitos dos jovens marginalizados e estigmatizando-os como uma classe "potencialmente criminosa".[15]

Essas violações, inclusive, podem ser constatadas pela violência que acomete crianças e adolescentes, que é mais expressiva do que aquela causada por eles. O estudo "Mapa da Violência 2014: os jovens do Brasil" revelou que entre 84 países pesquisados, o Brasil ocupa a quarta posição em quantidade de homicídios, subindo para a terceira quando se trata de homicídios de jovens (15 a 24 anos). De acordo com o mapa, a taxa de homicídios da população em geral teria permanecido inerte desde 2004, entre os jovens ela aumentou de 30 para 51,7 a cada 100 mil, sendo que a taxa de jovens negros assassinados é 85,3% maior que a dos jovens brancos.[16]

Ou seja, apesar de sofrer o estigma de potencial criminosa, a juventude marginalizada mais morre do que mata no Brasil. Ao passo que cresce a participação de adolescentes no tráfico de drogas (atividade tipicamente de estratos mais pobres), entre os fatos violentos (homicídio, latrocínio, lesão seguida de morte), apenas 1,7% conta com participação de menores de 18 anos. Por outro lado, os adolescentes representam 36% das vítimas de homicídio no Brasil. Assim, em um contexto de flagrante *cidadania escassa*,[17] há que se buscar entender as peculiaridades intrínsecas ao adolescente, de forma geral, a fim de

membros da sociedade que desfrutam das condições possibilitadoras de sua 'inclusão'. Estão excluídos do mercado formal de trabalho, numa situação de desemprego de longa duração e sem perspectivas de inserção. Estes podem ser considerados 'inimpregáveis', seja pela baixa escolaridade ou pela falta de uma profissão" (A produção da delinqüência juvenil – uma análise sociológica da aplicação das medidas sócio-educativas a adolescentes em conflito com a lei no município de Nova Iguaçu, RJ. *Revista Sociologia Jurídica*, 2007. p. 8).

15. SILVA, Marília Garcia. Op. cit., p. 5.

16. WAISELFISZ, Julio Jacobo. Os jovens do Brasil: Mapa da Violência 2014. Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Brasília, 2014.

17. Essa realidade é observável pelos dados da Unicef de 2011, que denunciam que 17,6% dos adolescentes brasileiros (entre 12 e 17 anos) vivem em condições de extrema pobreza. (UNICEF. O direito de ser adolescente: Oportunidade para reduzir

compreender os fatores que o condicionam ao ato infracional, uma vez que é sujeito que se encontra em *condição peculiar de desenvolvimento*.[18]

No campo das ciências médicas, Carlos António Laranjeira[19] analisa e conclui que, para além dos aspectos internos do indivíduo – como características genéticas e perturbações mentais, bem como da típica incompletude da formação psíquica e moral devido à idade –, o meio externo exerce grande influência no comportamento criminoso do jovem, especialmente os fatores familiares, sociais e econômicos. Tais aspectos, por óbvio, não podem ser ignorados na elaboração de políticas preventivas específicas aos atos infracionais, bem como nas de caráter sancionador.

Nesse sentido, o Direito brasileiro, em consonância com a maioria dos países democráticos no mundo atual,[20] adota o critério biopsicológico (art. 228, CF; art. 60, CP) para definir como se dá a responsabilização pela infração a normas incriminadoras: os indivíduos maiores de 18 anos, adultos dotados de culpabilidade, estão sujeitos a penas definidas pelo Direito Penal; já as crianças e os adolescentes estão sujeitos a normas específicas, que levam em conta sua condição peculiar de desenvolvimento. Esse sistema de responsabilização voltado às crianças e aos adolescentes denomina-se Direito Infracional, sendo sua ação denominada "socioeducativa".

---

vulnerabilidades e superar desigualdades. Fundo das Nações Unidas para a Infância. Brasília, 2011).

18. Tal afirmativa é baseada em estudos científicos que demonstram que o sistema nervoso só é desenvolvido completamente por volta dos 21 anos de idade. A psicologia, em específico, entende que, apesar de conscientes de seus atos, as crianças e os adolescentes não possuem completa capacidade para *frear* seus impulsos, uma vez que o *ego* e o *superego* ainda não estão em formação nessa faixa etária, que para a teoria freudiana, é marcada por uma "crise psicossocial". Como bem assinalam Polga e Pereira (Ato infracional, exclusão social e mídia – ligando elos. 1.º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2012), o reconhecimento dessa condição encontra fundamento até mesmo na origem da palavra, derivada de *adolescentia* (*ad*= para frente, *adolescere:* crescer com dores). Tal lógica é adotada pelo art. 6.º do ECA: "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".
19. LARANJEIRA, Carlos António. A análise psicossocial do jovem delinquente: uma revisão da literatura. *Psicol. Estud.* v. 12. n. 2, 2007. p. 221-227.
20. Insta salientar que, em que pese seja difundida no imaginário popular a ideia de que a idade penal seja menor em outros países, e a lei brasileira demasiado leniente, observa-se que a responsabilidade atribuída à crianças e aos adolescentes na maioria dos ordenamentos jurídicos vigentes, dá-se nos mesmos moldes do Direito Infracional brasileiro.

Para além da idade penal, no entanto, a questão do tratamento jurídico ao ato infracional encontra-se inserido em um sistema mais amplo, denominado Direito Infantojuvenil.[21] Faz-se necessário, portando, um breve retrospecto histórico acompanhado de revisão à legislação vigente acerca do tema.

2.1 Sujeitos de direitos?

A caracterização da criança e do adolescente como sujeitos de direitos constitui importante avanço do ECA em relação ao revogado Código de Menores, assim como a compreensão destes jovens como pessoas em desenvolvimento. Essa mudança no tratamento do jovem pela legislação brasileira decorre da doutrina da proteção integral[22] que se caracteriza como princípio do Direito da Criança e do Adolescente atualmente no Brasil,[23] além de princípios como o da prioridade absoluta e do superior interesse da criança e do adolescente.[24]

Ao contrário do Código de Menores, que via o jovem apenas como objeto de intervenção estatal, o ECA posiciona a proteção integral à criança e ao adolescente como prioridade absoluta (art. 1.º), em detrimento das medidas socioeducativas, que devem ser aplicadas em última circunstância.[25] Reconhece, portanto, o jovem como sujeito de todos os direitos fundamentais à pessoa humana (art. 3.º). O Estatuto estabelece como dever do Estado a garantia de oportunidades para que os jovens se desenvolvam física, mental, moral, espiri-

21. Segundo André Viana Custódio (Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*. n. 32. Santa Cruz do Sul, jul.-dez. 2009. p. 38), trata-se de ramo jurídico dotado de autonomia.

22. Adotada em 1989, por meio da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, essa doutrina sobrepôs à anterior (doutrina da situação irregular), que dava respaldo ao Código de Menores. Só a partir da proteção integral à criança e ao adolescente (não apenas os abandonados ou delinquentes) passaram a ser entendidos como sujeito de direitos e proteção estatal. O ECA surgiu, em 1990, como uma das primeiras legislações no mundo a substituir a doutrina da situação irregular pela proteção integral.

23. Claus Roxin (*Derecho penal* – Parte general. t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997) entende que o Direito Infracional (ou Direito Penal juvenil) é um campo de Direito *sui generis*, dotado de um "direito penal parcial" direcionado a menores de idade, com características especiais (material e processualmente).

24. SOUZA, Jadir Cirqueira. *A convivência familiar e comunitária e o acolhimento institucional*. São Paulo: Pillares, 2014.

25. Ainda que não se trate de sistema exclusivamente punitivo, a lógica do Direito Infracional, neste aspecto, é semelhante ao aspecto de *ultima ratio* do Direito Penal, sendo que, além da excepcionalidade, a intervenção socioeducativa é marcada pelo princípio da brevidade, dada a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, bem como a função pedagógica da intervenção.

tual e socialmente, em condições de liberdade e dignidade, havendo preferência na formulação de políticas sociais públicas e prioridade na destinação de recursos à proteção da infância e da juventude (art. 4.º).

As principais disposições do ECA, inclusive, referem-se aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, tais como liberdade, dignidade e respeito. A questão do ato infracional, como é denominada a conduta antijurídica praticada por pessoa menor de 18 anos, é abordada apenas no Título III do Estatuto, de caráter extrapenal e excepcional.

Nos termos da legislação vigente não é correto, portanto, falar-se em crime, mas em ato infracional; não em infrator, mas em adolescente em conflito com a lei; não em pena, mas em medida socioeducativa, sendo esta aplicada somente a adolescentes, inclusive os civilmente emancipados e maiores de idade que tenham praticado atos infracionais antes dos 18 anos.[26] Tais medidas têm finalidade pedagógica, mas visam também à responsabilização do adolescente.

Assim, composto de um aparato complexo e bem elaborado – que inclui, para além do supracitado Estatuto, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase, regido pela Lei Federal 12.594, de 18 de janeiro de 2012[27] –, o ordenamento jurídico brasileiro tem sido questionado em razão de proposta de reforma constitucional que pretende sujeitar adolescentes de 16 a 18 anos às mesmas sanções previstas no Código Penal e na lei penal extravagante, e sob o mesmo processo do Código de Processo Penal.[28]

Apesar destas importantes conquistas para o Direito da Criança e do Adolescente, o ECA vem sendo aplicado simbolicamente, sem atingir seu potencial pleno de assegurar proteção integral, atribuindo à criança e ao adolescente uma *cidadania de papel*.[29] Curiosamente, alheias às falhas na aplicação do ECA,

26. Às crianças (de até 12 anos) não se aplicam medidas socioeducativas, mas, sim, medidas exclusivamente protetivas, nos termos do art. 98 do ECA. Ainda de acordo com a legislação estatuária, jovens com até 21 anos estão sujeitos ao sistema socioeducativo em virtude de atos infracionais cometidos até os 18 anos.

27. A Lei, basicamente, dispõe sobre a execução do sistema socioeducativo, sendo supletivas as normas do Código de Processo Penal, de forma geral, e do Código de Processo Civil, com relação aos recursos.

28. O adolescente, na verdade, já está sujeito à legislação penal material e processual, analogicamente ao ECA e à Lei do SINASE.

29. As crianças e adolescentes são portadores de muitos direitos no ordenamento jurídico brasileiro, porém, meramente simbólicos, alicerçados em uma Constituição consagrada como cidadã, mas dotada de normas programáticas, a exemplo do seu art. 227, que determina que: "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 liberda-

a sociedade, as autoridades e a imprensa o acusam de ser brando e demasiado garantista, sob resquícios de uma ideologia *menorista.*[30]

Assim, em vez de exigir a concretização dos direitos previstos no ECA, a sociedade, os órgãos legislativos e a imprensa defendem um maior Estado Penal em detrimento da consolidação de um Estado Social, com atenção prioritária e proteção integral à criança e ao adolescente, tal qual disposto pela normativa internacional, constitucional, estatuária e legal afeta à criança e o adolescente.

2.2 Direitos menores, punições maiores

Embora irredutíveis,[31] os direitos já escassos das crianças e dos adolescentes sofrem tentativas reducionistas, sem respaldo nos princípios de um Estado Democrático de Direito. A proposta que está na pauta do Poder Legislativo, da imprensa e da opinião pública (PEC 171/1993) é, para boa parte da comunidade jurídica, inconstitucional,[32] uma vez que viola tratados internacionais.[33]

---

de e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". A fim de enunciar essa dicotomia entre o plano do *ser* e do *dever ser*, Fábio Freitas insere o conceito de "estadania" – ou cidadania de papel, cidadania simbólica, advindo de um contexto de ausência de cidadania no desenvolvimento histórico e contexto atual do Brasil, que em detrimento de um Estado garantidor de direitos, tal qual dispõe em sua Carta Magna, na realidade prática observa-se a negação de direitos constitucionais e anomia estatal (FREITAS, Fábio Fernando Barboza de. Para além da estadania: a cidadania como categoria Estratégica. *Polícia e democracia:* desafios para a educação em Direitos Humanos. 1. ed. Recife: Bagaço, 2002, p. 49-81).

30. SOUZA, J. C. Op. cit.

31. "(...) a normativa internacional de defesa dos direitos humanos é inequívoca quanto ao princípio da vedação ao retrocesso, em que a previsão e a efetivação dos direitos deve ser realizada de forma progressiva, cada vez mais abrangente. Nesse sentido, a redução da maioridade penal não poderia ser admitida sequer com o estabelecimento de uma nova Constituinte, sob pena de responsabilização internacional do Estado Brasileiro" (IBCCRIM. Editorial. Boletim n. 270. ano 23. maio 2015).

32. Há divergências na doutrina no entendimento quanto ao status de cláusula pétrea do princípio da proteção integral enquanto direito individual. Por outro lado, mesmo alguns autores que consideram a matéria da redução da idade penal como constitucional, entendem que a PEC 171/1993 é formalmente inconstitucional, uma vez que (ao arrepio do § 5.º do art. 60 da CF) foi aprovada em sessão legislativa de duvidosa legitimidade. Em que pese juridicamente possível, de acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a sessão foi acusada de "manobra" pelos parlamentes contrários à aprovação.

33. Versam sobre os direitos da criança e do adolescente a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – arts. XXV e XXVI; a Declaração dos Direitos da Criança

Sob a luz da Constituição, a redução da idade penal esbarra no art. 228, que estabelece a idade de 18 anos como limite ao poder punitivo penal, conferindo garantia de proteção à infância e à adolescência (art. 227, § 3.º, V, da CF/1988). O texto constitucional veda, ainda, a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4.º, IV).

A despeito do clamor popular e do atual Congresso Nacional conservador, Emílio Garcia Méndez[34] entende que o tema da delinquência juvenil se insere na opinião pública não como um crescimento do problema em si, mas como resultado de "campanhas de terror social".[35] Isso porque os atos infracionais,

(1959); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis (1966) – art. 24; o Pacto de San José da Costa Rica (1969) – arts. 4 e 19; as Regras mínimas das Nações Unidas para administração da justiça e da juventude – Regras mínimas de Beijing (1980); a Convenção sobre os Direitos da Criança (Dec. 99.710, de 21 de setembro de 1990); a Declaração Mundial sobre a sobrevivência, a proteção e o desenvolvimento das crianças nos anos 90 (1990); as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil – Diretrizes de RIAD (1990) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para proteção dos jovens privados de liberdade (1990).

34. MÉNDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e responsabilidade penal:* um debate Latino-Americano. Porto Alegre: AJURIS/ESMP-RS/FESDEP-RS, 2000. Para o autor argentino, que se ocupou em estudar o tema sob uma perspectiva latino-americana, "o ECA constitui uma resposta adequada, eficiente e concordante com os mais altos padrões internacionais de respeito aos direitos humanos. O ECA satisfaz o duplamente legítimo requisito de assegurar simultaneamente a segurança coletiva da sociedade com o respeito rigoroso das garantias dos indivíduos sem distinção de idade" (p. 10). No entanto, o autor ensina que, mesmo após a mudança de paradigma, "poucas transformações jurídicas enfrentaram e ainda enfrentam tantas resistências. Uma das tantas dificuldades encontradas para a implantação dos modelos de responsabilidade penal dos adolescentes na América Latina se manifesta, sobretudo, no variado significado ideológico das resistências que gera; embora seja muito importante reconhecer que boa parte delas contém um forte predomínio de posições corporativistas. Esse tipo de resistência demonstra que tanto o caráter arraigado da cultura da compaixão-repressão quanto o corporativismo, ou seja, a tendência de antepor os interesses setoriais a qualquer outra preocupação do bem comum, está 'democraticamente' distribuído em todo o espectro ideológico das instituições e dos movimentos sociais" (MÉNDEZ, Emílio Garcia. A dimensão política da responsabilidade penal dos adolescentes na América Latina: notas para a construção de uma modesta utopia. *Educação & Realidade*. v. 33. n. 2. Porto Alegre, jul.-dez. 2008. p. 22).

35. Conforme abordaremos na seção 3.1 deste trabalho, essas "campanhas de terror social" têm construído a imagem da criança e do adolescente em conflito com a lei como um inimigo, um perigo social. Ignorada sua condição – além de encontrarem-se em estágio de peculiar desenvolvimento, não raro encontram-se também em situação de vulnerabilidade e/ou risco –, os jovens em conflito com a lei são atualmente

ou seja, os crimes ou contravenções penais praticados por adolescentes, correspondem a menos de 10% dos fatos puníveis registrados, sendo os casos que envolvem violência, como visto, exceção, e não regra, em que pese a construção do adolescente como preocupante fonte de risco no imaginário popular.

No entanto, o clamor social tem pedido que sejam reduzidos os direitos já escassos, legitimando, assim, políticas criminais orientadas por um Direito Penal expandido.[36] Aliás, essa expansão do Direito Penal observada no ordenamento jurídico pátrio atual já vem sendo notada por meio do aumento de tipos penais, notadamente a partir dos anos 1990, quando grande parte das leis produzidas dispunha sobre sanções, penais ou administrativas, na parte final de seu texto.

Insta pontuar ainda que esse processo de expansão é observado quando o *jus puniendi* é exercido com vistas a responsabilizar o indivíduo por suas condutas antijurídicas contra um bem jurídico tutelado pela Política Sancionadora, ou seja, não apenas por meio do Direito Penal, mas também pelo denominado Direito Administrativo Sancionador e pelo Direito Infracional, por exemplo. Assim, o Direito Infracional é, na verdade, produto da expansão do Direito Penal, porém limitado à principiologia constitucional e estatuária. Os defensores do discurso reducionista sustentam, no entanto, que os adolescentes têm representado relevante ameaça aos bens jurídicos tutelados penalmente e devem, portanto, ser tratados por um "Direito Penal para menores", nos mesmos moldes do direito penal tradicional destinado aos adultos.[37]

A adesão em massa a essa ideologia social é fomentada, como veremos a seguir, por uma *cultura do medo*, terreno fértil para a propagação de *discursos reducionistas e expansionistas,*[38] à medida que tais discursos incutem na cons-

---

alvo de clamor por um Estado ainda mais penal, em detrimento de um Estado que deveria ser mais social, a fim de combater a questão da "delinquência juvenil" em suas raízes: a privação de direitos.

36. Ver SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 100. O professor espanhol relaciona o respaldo da sociedade à expansão do Direito Penal como reflexo da tendência da população de, diante da propagação da cultura do medo, colocar-se no lugar apenas da vítima, não demonstrando empatia pelo autor sobre quem recairia toda a punição desejada.

37. Tal mudança de paradigma, na verdade, seria um retrocesso, haja vista que o tratamento jurídico e social dado às crianças e aos adolescentes enquanto "adultos em miniatura" perdurou até o começo do século XIX.

38. Denominamos aqui *discursos reducionistas e expansionistas* aqueles reproduzidos pelos meios de comunicação de massa – via de regra, reduzidos, à medida que tratam uma questão complexa sob uma perspectiva limitada, clamando pela redução de direitos que já são "menores". Esses discursos são também expansionistas porque se

ciência coletiva a ideia de que é preciso mais punição. Nesse contexto, como veremos, a imprensa, histórica e hodiernamente, é agente relevante na construção cultural, inclusive no que tange ao adolescente em conflito com a lei, motivo pelo qual nos ocuparemos especialmente de sua influência nesse processo de construção social, pautada em *discursos de medo*.[39]

3. O "menor" no cerne do espetáculo midiático

A imprensa, sob a alcunha de "quarto poder", deveria, em tese, ser agente fomentador da construção da cidadania. Nesse sentido, os conceitos de função e utilidade social do jornalismo ganham força a partir do processo de redemocratização do Brasil, sendo que, atualmente, é comum que atue como ferramenta de efetivação de direitos.[40]

Historicamente, inclusive, a partir da revolução burguesa, observa-se que a imprensa passou a propagar discursos que não mais legitimavam um sistema penal baseado em processos inquisitoriais, bem como penas corporais, cruéis e desproporcionais. Naquele contexto de vigência de um sistema absolutista, alinhada com os pensadores jusfilosóficos da época, a imprensa clamava pela limitação do poder de punir.[41]

---

prestam a legitimar o agigantamento do Estado Penal em detrimento de um Estado Social falido, ou seja, coadunam com as denominadas *teorias expansionistas,* que defendem uma atuação mais rígida do Direito Penal com vistas a coibir a criminalidade moderna, exercendo controle sobre a dinâmica social de forma multifacetada, compatível com a "sociedade de risco", enunciada por Ulrich Beck (Ver SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Ed. RT, 2002; SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007). Sobre a sociedade de risco, ver MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, bem como as notas 49 e 63 do presente trabalho.

39. Conceito tratado, com propriedade, pelo sociólogo americano David Altheide (*Creating fear:* news and the construction of crisis. New York: De Gruyter, 2002). O autor defende que a ansiedade, desconfiança e disposição em tolerar limitações à nossa liberdade decorrem de um medo injustificado criado pelos meios de comunicação de massa. Defende, ainda, que a mídia é a principal contribuinte à propagação dos denominados *discursos de medo* que permeiam a cultura popular contemporânea.

40. ABREU, Alzira Alves de. Jornalismo cidadão. *Estudos Históricos*. n. 31. Rio de Janeiro, 2003. p. 25-40.

41. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade. ano 7. n. 12. Rio de Janeiro, 2.º sem. 2002. p. 271-288.

A história da imprensa no Brasil, em especial, é marcada por censura, sendo que nos tempos do Império, por exemplo, apenas a imprensa oficial era "livre". Assim, amordaçados, os meios de comunicação passaram a adotar um discurso defensivista social, com vistas ao controle penal da classe trabalhadora e dos desajustados sociais. Naquele momento, o discurso predominante na imprensa brasileira baseava-se na primitiva teoria lombrosiana, há muito superada no âmbito da criminologia.[42]

Hodiernamente, não se pode olvidar que as empresas jornalísticas, não raro integrantes de complexos midiáticos, estão inseridas na lógica de um mercado de consumo, motivo pelo qual seu produto buscará se adequar mais ao capitalismo do que ao seu papel social, no qual se inclui a isenção na prestação de informações. De outro lado, a imprensa funciona, muitas vezes, como "porta-voz" de discursos oficiais que legitimam a manutenção do *status quo,* que interessa à classe dominante. Assim, compromissada com o sistema neoliberal, o vínculo mídia-sistema penal legitima as ações punitivistas.[43]

No ponto, Abramo[44] afasta a lógica capitalista como única explicação para a atuação dos veículos de comunicação, nem sempre condizente com a realidade. Segundo o autor, a lógica do poder, mais do que a da lucratividade, norteia a mídia de massa (inclusive porque os empresários de comunicação poderiam alcançar maior poder econômico em outros ramos de atividade). Defende o autor que os órgãos de comunicação existem para exercer o poder indiretamente, e suas práticas de manipulação seriam dotadas de um significado político. Es-

42. Idem, ibidem.

43. "Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. O novo *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante: se na universidade um retribucionista e um preventista sistêmico podem desentender-se, na mídia complementam-se harmoniosamente. Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. Pouco importa o fracasso histórico real de todos os preventivismos capazes de serem submetidos à constatação empírica, como pouco importa o fato de um retribucionismo puro, se é que existiu, não passar de um ato de fé; neste último caso, talvez por isso mesmo o princípio da negação dialética do injusto através da pena nunca tenha alcançado um tão desnaturado sucesso. A equação penal – se houve delito, tem que haver pena – a equação penal é a lente ideológica que se interpõe entre o olhar da mídia e a vida, privada ou pública" (Idem, p. 272).

44. ABRAMO, Perseu. *Padrões de manipulação da grande imprensa*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

ses órgãos são, para Abramo, "entidades parapartidárias, únicas, *sui generis*"[45] que, ao comportarem-se como partidos políticos, representam interesses de um determinado segmento específico da sociedade, atuando como intermediários entre a sociedade civil e os detentores do poder.

Para Sales,[46] a criança e o adolescente, nesse contexto, estão sujeitos a dois fenômenos sociais: o da invisibilidade e o da visibilidade perversa. O primeiro, destinado aos menores de idade renegados à condição de marginais, literalmente invisíveis ao poder público, à imprensa e à sociedade. Já o segundo fenômeno ocorre quando o adolescente, no anseio pela visibilidade e projeção social, vislumbra a violência como uma forma de conquistar seu espaço e de ser reconhecido como sujeito, razão pela qual recorre ao ato infracional e, por consequência, sua vida é exposta e espetacularizada pela mídia.[47]

Assim, além da *espetacularização da violência*, inserida na *cultura de medo*[48] que deriva de uma *sociedade de risco,*[49] a imprensa cumpre também o papel de propagar os ideais capitalistas, como a ideia de que é necessário acumular bens materiais para se dignificar, sendo o adolescente alvo da denominada indústria cultural.[50]

---

45. ABRAMO, Perseu. Op. cit., p 46.
46. SALES, Mione Apolinario. *(In)visibilidade perversa*: adolescentes infratores como metáfora da violência. São Paulo: Cortez, 2012.
47. Idem, ibidem.
48. Em sua obra *Medo líquido* (Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008), o sociólogo Bauman se ocupa do sentimento de ansiedade intrínseco à sociedade pós-moderna, que enxerga no progresso novos tipos de medo, como o do ostracismo, de mudanças na estrutura social, da morte por evento natural, da violação da integridade física e patrimonial, entre inumeráveis outros. O autor relaciona a "fragilização" do sentimento de segurança à queda do Estado de Bem-Estar Social atrelado ao que ele chama de "globalização negativa", na qual as relações humanas se tornaram mais complexas e "perigosas", sem que o aparato estatal acompanhasse esses avanços, contendo os novos riscos advindos da sociedade pós-moderna. O medo do crime, nesse contexto, receberia especial atenção dessa sociedade amedrontada, haja vista que diante de uma realidade de medo difuso, o crime e o criminoso constituem ameaças controláveis, ou ao menos identificáveis, ao contrário das demais.
49. O sociológo alemão Ulrich Beck (*World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999.) enuncia o conceito de "sociedade de risco", na qual os riscos também se tornaram democráticos e globalizados. Isso porque novos tipos de crise surgem com a evolução nas relações humanas e comerciais, bem como da tecnologia. O ser humano viveria, assim, sob a constante sensação de estar cercado por diversos tipos de risco, como o de ataques terroristas, novas doenças, iminência de novas guerras e outros.
50. BACKES, C. O que consome o adolescente? Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Educação da Universidade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

Nesse contexto, no qual a mídia coaduna com ideais excludentes, os jovens acabariam por atingir o ideal capitalista por meio do ato infracional, conforme teoria da inovação de Merton.[51] Noutros termos, o adolescente em conflito com a lei reproduz os valores dominantes desse sistema, sendo instigado a "inovar" quanto aos meios empregados para atingir os fins, quais sejam, os atos infracionais.

De outro lado, o simbolismo de legislações como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que na prática não contam com aparato estatal suficiente, acaba por orientar políticas e ações públicas ineficazes ou mesmo contraditórias. Essa lacuna contribui para a "despolitização da causa da infância e juventude"[52] e predominância de discursos conservadores, sem respaldo nos princípios democráticos. Nesse sentido, o ECA, por si só, não produzirá efeitos na questão da juventude em conflito com a lei, a partir do momento em que a sociedade continuar a indignar-se apenas com sua ineficácia no combate aos atos infracionais, conformando-se com as violações dos direitos das crianças e dos adolescentes.

A imprensa, por seu turno, fomentaria, segundo análise de Sales, essa visão míope, propagando mitos referentes à questão do adolescente em conflito com a lei, como: (a) o mito do *hiperdimeniosamento*, ao expor de forma super-representativa os atos infracionais graves e de forma sub-representativa aqueles contra o patrimônio, que constituem maioria entre os praticados por adolescentes; (b) o mito da *periculosidade*, ao "vender" a ideia de que os adolescentes são importantes responsáveis por homicídios, estupros e barbáries, representando uma ameaça social; e (c) o mito da *impunidade*, ao informar os atos cometidos sem "educar" a população a respeito das medidas socioeducativas cabíveis, transmitindo a ideia de que o adolescente infrator não está sujeito a qualquer resposta do Estado. O último mito seria propagado tanto pela omissão dos veículos de comunicação sobre as medidas previstas no ECA e na lei do Sinase

51. MERTON, Robert K. *Sociologia:* teoria e estrutura. Trad. Miguel Maillet. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968. Merton desenvolveu sua teoria a partir de Durkheim, que relaciona o desvio à lacuna entre os fins culturais impostos pela sociedade e os meios proporcionados para atingi-los. Ou seja, a acumulação de capital como única possibilidade de sucesso contrasta com uma realidade em que poucos têm acesso a esse fim, enquanto aos demais cabe se conformar e perseguir esses fins pelos meios possíveis – ou ainda, abrir mão de persegui-los; rebelar-se, ser apático ou inovar. A inovação é, para Merton, o meio pelo qual os segregados buscam os fins sociais que não pelos meios legais.

52. SALES, M. A. Op. cit.

quanto pela valoração de tais medidas como brandas, ineficazes ou excessivamente protetivas em relação ao infrator.[53]

Ou seja, por meio dos diversos veículos de comunicação, o adolescente vem sendo construído como um "mito",[54] por meio de discursos de medo. Assim, o problema do tratamento da questão pelas políticas públicas iniciaria em uma "crise" de identidade do adolescente em relação retratado nos discursos predominantes.[55]

A imprensa, como meio de propagação desses discursos, sendo nosso objeto de estudo especificamente as versões on-line de alguns veículos, vem atingindo com alcance relevante o grande público. No entanto, não se pode ignorar que a propagação desses discursos está presente na mídia televisiva, de inquestionável penetração nas agendas sociais. Nesse contexto, destacamos dois jornalistas opinativos televisivos, ambos bastante populares e "formadores de opinião", que costumam proferir discursos incitando respostas à violência: José Luiz Datena e Rachel Sheherazade.

A título ilustrativo, o primeiro já declarou, referindo-se erroneamente à legislação vigente, que "estamos criando uma geração de bandidos de alta periculosidade, que são protegidos pelo Estatuto do Menor, que protege tão bem – ou até mais – que o menor abandonado";[56] ao passo que a segunda, ignorando

53. Essa abordagem axiológica pode se revelar explicitamente, com posicionamentos abertos de veículos de comunicação, como também pode se expressar nas entrelinhas, por meio de linguagem semiótica, por exemplo.

54. Sobre a construção social do adolescente como "monstro" através da cultura do medo, BUDÓ, Marília de Nardin. Op. cit.: "A difusão do medo seletivamente orientado contra alguns grupos sociais permite a adoção irrefletida de posturas punitivas que remontam à lógica medieval: poucos se interessam em saber que, ao contrário de serem os maiores assassinos, os adolescentes das classes pobres são as maiores vítimas de assassinato. Daí que a construção de uma percepção social que os identifica como algozes de uma sociedade pacífica se confunde com a das bruxas, assim como as posturas daí resultantes: fogueira é pouco para hereges impiedosos. A imaginação sobre a insegurança social e sobre quais são as suas verdadeiras causas vem orientando as políticas penais e os discursos públicos, e não estudos empíricos sobre o tema" (p. 50).

55. "Talvez nada caracterize melhor os problemas atuais do "Estatuto da Criança e do adolescente" (ECA) que aquilo que poderia denominar-se sua dupla crise de implementação e crise de interpretação. Em todo o caso, se a primeira crise remete (MÉNDEZ. Op. cit., p. 3).

56. DATENA, José Luiz. Estamos Criando uma Legião de Bandidos. Fala Datena, São Paulo, out. 2012. Disponível em: [www.band.uol.com.br/brasilurgente/conteudo.asp?ID=100000544257].

que o Estado Democrático não é pautado unicamente pela opinião da maioria, haja vista que é também um Estado de Direito, bem como que as funções da pena, mesmo quando destinada aos adultos, não se limitam à mera retribuição, declarou:

> Se 90% dos brasileiros são a favor da maioridade penal, então a quem servem os 11 senadores que votaram contra o projeto? (...) A rejeição da PEC prova que os senadores, parte deles – ou a maioria deles até – estão em discordância com os anseios da população. É sinal de que em matéria de justiça o Brasil segue na contramão de países civilizados e evoluídos insistindo no caminho do retrocesso e da impunidade. O argumento de quem defende a delinquência sem punição é que a redução da maioridade penal não acaba com a violência. Lógico! Essa não é a função da pena. Pena é castigo, pena é consequência. Pena é a resposta do Estado ao crime cometido. Ela serve para punir o criminoso e aparta-lo da sociedade para que enquanto ele estiver preso não volte a cometer novos crimes.[57]

Tais discursos tendem à negação de direitos, além de legitimar "práticas e pensamentos conservadores", fomentando o senso comum de impunidade em relação ao "menor delinquente", que deve ser segregado dos demais jovens e não deve ser visto como sujeito de direitos. Essa segregação é identificada como um *apartheid social* que renega os adolescentes advindos de estratos pobres à condição de marginais, de forma que sua realidade de exclusão, privação de direitos e vulnerabilidade os condiciona à situação de conflito com a lei.[58]

A reprodução de ideologia repressiva por meio das mídias de massa acontece, segundo Perseu Abramo, por meio de pelo menos quatro padrões de manipulação: (a) padrão de ocultação, que se caracteriza por "deliberado silêncio militante sobre determinados fatos da realidade",[59] sendo essa prática relacionada aos estágios iniciais da produção jornalística – a elaboração da pauta, momento em que se distinguem os "fatos jornalísticos";[60] (b) padrão de

57. SHEHERAZADE, Rachel. Retrocesso e Impunidade. Comentário veiculado ao vivo no SBT, em fevereiro de 2014, no telejornal SBT Brasil. Disponível online no blog da jornalista e no canal no Youtube do SBT: [www.youtube.com/watch?v=y_xffJ-dzWA].

58. SALES, M. A. Op. cit.

59. ABRAMO, P. Op. cit, p. 25.

60. Teorias bastante difundidas na ciência da Comunicação Social explicam a relação entre a produção jornalística e a percepção da realidade pela sociedade. Destacamos aqui que a *Teoria do Agendamento* (ou *Agenda Setting*, em inglês) entende que o re-

fragmentação, por meio do qual o fato escolhido como jornalístico é "despedaçado", sendo apresentado ao público os aspectos selecionados pelos órgãos da imprensa de acordo com sua linha editorial, de forma com que as particularidades do fato fragmentado sejam *descontextualizadas* e *distorcidas*, criando uma *realidade artificial*; (c) padrão de inversão,[61] observado em todas as etapas da produção jornalística, podendo ocorrer de diversas formas e contribuindo para a construção da já denominada realidade artificial; e (d) padrão de indução, caracterizado pela intersecção de todos os outros processos supracitados por meio da "hábil combinação dos casos, dos momentos, das formas e dos graus de distorção da realidade"[62] aliada à limitação das massas de "compre-

pertório de fatos que chegam ao conhecimento das massas é pautado pela grande imprensa, de forma a influenciar a opinião da população, uma vez que ao determinado fato não ser entendido como "jornalístico", ele é automaticamente excluído da agenda do público. Assim, a seleção dos fatos por meio de "critérios de noticiabilidade" influencia a percepção da realidade, sendo os meios de comunicação dotados de poder de propagar discursos convenientes às classes dominantes, visando assim a perpetuação do *status quo* em que aqueles detêm todo o poder – inclusive o da informação e da construção da realidade que lhes convém e respaldam seus atos. De acordo com essa teoria, os órgãos jornalísticos ou qualquer jornalista a quem caiba a função de determinar quais fatos são ou não jornalísticos, bem como aqueles que merecem mais destaque dentro daqueles que serão noticiados, denominam-se *gatekeepers,* tendo em vista que são verdadeiros "guardiões" de portões por onde apenas os "fatos noticiosos" podem passar, sob o crivo desse *gatekeeper* que é o jornalista.

61. ABRAMO, Perseu. Op. cit., esmiúça diversas formas de inversão: (i) inversão da relevância dos aspectos, na qual "o secundário é apresentado como principal e vice-versa; o acessório e supérfluo no lugar do importante e decisivo; o caráter adjetivo pelo substantivo; o pitoresco, o esdrúxulo, o detalhe, enfim, pelo essencial" (p. 29); (ii) inversão da forma pelo conteúdo, processo por meio do qual o texto jornalístico prevalece sobre o fato narrado e o "ficcional espetaculoso prevalece sobre a realidade" (p. 29); (c) inversão da versão pelo fato, por meio da qual a versão do órgão de imprensa ou de suas fontes, bem como "explicações opiniáticas" prevalecem sobre os aspectos objetivos do fato em si, destacando-se aqui o *frasismo*, caracterizado pelo "abuso da utilização de frases ou de pedaços de frases sobre uma realidade para substituir a própria realidade" (p. 30). Além do frasismo, o autor destaca o *oficialismo* como outro "extremo da inversão da inversão do fato pela versão" (p. 30), sendo que "a versão oficial da autoridade cujo pensamento é o que mais corresponda ao do órgão de imprensa" (p. 30) prevalece sobre os aspectos factuais. Por fim, a inversão ocorre mediante (d) inversão da opinião pela informação, por meio da qual "o *juízo de valor* é inescrupulosamente utilizado como se fosse um *juízo de realidade*, quando não como se fosse a própria exposição narrativa/descritiva da realidade" (p. 31).

62. Idem, p. 33.

ender a realidade real". A denominada *sociedade do espetáculo*, então, seria alimentada por uma "falsa realidade"[63] reproduzida pela mídia, que se comporta como verdadeiro porta-voz das classes dominantes, de forma a contribuir para a continuidade do *status quo*.

Para além da propagação de uma verdadeira "religião de mercado",[64] que incute no jovem a necessidade de atingir os ideais impostos pelo capitalismo para ser aceito – ou ao menos, enxergado pela sociedade –, a imprensa expõe a criança e o adolescente em conflito com a lei de forma a "maquiar" a realidade, colocando-os no cerne da questão da violência urbana, na figura de inimigo social que deve ser sujeito de punição, em detrimento do status simbólico de sujeito de direitos. Nesse contexto, os veículos de comunicação de massa atuam como agentes propagadores da denominada *política do medo* inserida na *sociedade do espetáculo*, na qual a violência e a criminalidade são retratadas de forma sensacionalista, figurando como "produtos postos para consumo".[65]

A denominada *estética da barbárie*, marcada pela reprodução de imagens chocantes ou títulos sensacionalistas e presente nos meios de comunicação de massa, conta com respaldo da população, observado nos índices de audiência. Dessa forma, o produto jornalístico, atendendo aos interesses da classe dominante, além de ofertar conteúdos violentos e sensacionalistas porque "dão ibope", foge de uma abordagem profunda, que denuncie as mazelas sociais nas

63. Sobre essa "falsa realidade" e medo desproporcional do crime, Marília de Nardim Budó (Vítimas e monstros: a construção social do adolescente do centro à periferia. *Revista Espaço Acadêmico* (UEM). v. 15. Maringá, dez. 2009. p. 41-52), recorre ao trabalho de Barry Glassner (*Cultura do medo*: por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos. Trad. Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2001), que observou que, nos Estados Unidos, o medo do crime aumenta em um contexto de queda no número de homicídios, da mesma forma que a guerra às drogas ganha adeptos que desejam a expurgação dessa grande ameaça social, em que pese o número de usuários estar diminuindo. A autora cita ainda o trabalho de Gabriel Kessler (*El sentimiento de inseguridad: sociología del temor al delito*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009), que se ocupou do tema do sentimento de insegurança, sem conseguir, no entanto, traçar um uma relação consistente entre o medo do crime e o risco de ser vítima.

64. Para SALES, M. A. Op. cit., vivemos atualmente crises moral e ética, diante da qual as religiões recuam e as mídias de massa propagam "um ufanismo da *sociedade do capital*" (p. 17), guiado por um modo de vida *ideal* pautado na lógica burguesa e no sucesso individual. Nesse cenário, as escolhas feitas pelos jovens marginalizados compõem um "escasso leque de possibilidades sociais e culturais" (p. 18) diante de suas realidades cercadas por "contradições urbanas de um capitalismo tardio" (p. 18).

65. BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2008.

quais os adolescentes se encontram inseridos, sendo, por outro lado, o objetivo dos veículos de comunicação causar perplexidade e indignação no receptor da notícia. Assim, inserido em uma *cultura do medo*, o cidadão cobra recrudescimento do sistema penal.[66]

Na verdade, a *cultura de medo*, manifesta no contexto de uma *modernidade líquida,*[67] está presente nas diversas estâncias sociais, perpassando não apenas a imprensa, mas fundamentalmente a família, a escola, a Igreja e os diversos equipamentos públicos, incluindo-se os membros das Polícias, Judiciário e Ministério Público.[68]

Dados os limites do presente trabalho, no entanto, a questão do tratamento da questão pelos meios de comunicação é objeto de especial análise, haja vista que se faz necessário que nos debrucemos sobre os discursos que "acabam por legitimar o ilegitimável".[69] Esses discursos, propagados pela imprensa, tenderiam a "exagerar a ameaça de crime e de promover o policiamento e punição como o antídoto. É provável que isso acentue o medo e, portanto, o apoio à lei e à ordem política",[70] conforme nos esforçaremos em demonstrar a seguir.

3.1 Análise dos discursos propagados pela imprensa acerca do adolescente em conflito com a lei

Prefacialmente, insta pontuar que o tema já foi objeto de relevantes estudos anteriormente. Nesse sentido, o trabalho de Budó[71] cita estudos que se ocuparam de tal objeto de estudo em outros países. Nos Estados Unidos, por exemplo, Altheide[72] analisou diversos jornais em circulação no país e verificou que a palavra "medo" é recorrente nos discursos midiáticos, fenômeno observado também na

66. BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2009.
67. O sociólogo denomina a pós-modernidade como "modernidade líquida", na qual tudo é instável, inseguro, manifestando-se no já mencionado "medo líquido". Ver: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 258.
68. BUDÓ, Marília de Nardin. Op. cit.
69. Idem, p. 31.
70. REINER, Robert. Media made criminality: the representation of crime in the mass media. In: MAGUIRE, M; MORGAN, R; REINER, Robert, (eds.) *The Oxford handbook of criminology*. Oxford University Press, Oxford, UK, 2012. p. 333.
71. BUDÓ, Marília de Nardin. Op. cit.
72. ALTHEIDE, David. Op. cit.

Europa. O sociólogo verificou ainda a recorrente relação entre crianças e adolescentes e a violência, sendo a pauta uma das favoritas do público da imprensa, seja na condição de "criança-vítima", seja na condição de "adolescente-monstro".[73]

No cenário nacional, destacamos publicação da Agência de Notícias sobre os Direitos da Infância – Andi como parte do projeto "Adolescentes em conflito com a lei na mídia brasileira".[74] O documento é resultado de uma extensa investigação sobre o tema, adotando como base de pesquisa o tratamento que 54 jornais de todo o país deram ao tema entre os anos de 2006 e 2010, totalizando um universo de 26.832 reportagens.

O primeiro ponto destacado pela pesquisa é que as reportagens não estão distribuídas de maneira uniforme pelo período de tempo analisado, mas concentradas em "alguns períodos específicos, em geral, impulsionada por episódios dramáticos".[75] É exemplo desse fenômeno o memorável caso do menino João Hélio, morto em 2007 de forma dramática após um assalto, tendo o fato um adolescente de 16 anos entre seus responsáveis. De acordo com a pesquisa, naquele período, os textos opinativos a respeito da redução da maioridade penal, até então correspondentes a 5,5%, passaram a representar 25,4% de todos sobre o tema, dos quais a maior parte sugere a necessidade de reduzir a maioridade penal, característica observada também nos textos não opinativos, por meio de ocultação de alguns aspectos fáticos e normativos, por exemplo, transmitindo a sensação de total impunidade.

A pesquisa revelou também que a maioria (mais de 60%) das notícias analisadas era factual, relacionadas a atos infracionais específicos, sendo que raramente (menos de 10%) houve reportagens investigativas que buscaram entender as causas que circundaram o fenômeno da juventude em conflito com a lei ou que tratassem de políticas públicas que visassem minorar o problema, por exemplo. Quanto às fontes ouvidas pelos jornalistas, a maioria (60%) era de policiais militares, ao passo que o adolescente só foi ouvido em 6,1% das reportagens analisadas. Juntas, instituições como a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e Conselhos Tutelares foram ouvidos em menos de 1% das publicações. Já as medidas socioeducativas foram citadas em apenas 16,3% das notícias analisadas.

73. BUDÓ, Marília de Nardin. Op. cit.

74. BRASIL. Adolescentes em conflito com a lei. ANDI – Comunicação e Direitos. Brasília, 2013.

75. Idem, p. 15.

Mais de um terço (34,3%) das reportagens se referira ao adolescente infrator de maneira pejorativa ou ultrajante. Também ao arrepio de vedação expressa pelo ECA, 26% das imagens que ilustraram as reportagens foram do próprio infrator, sendo que, dessas, cerca de 50% possibilitaram sua identificação. Por fim, destacamos a culpabilização do adolescente como causa do problema da famigerada "delinquência juvenil", presente em 43,2% das matérias analisadas, enquanto uma discussão sobre as causas só foi levantada em 0,8% da amostra. Com isso, a pesquisa concluiu que "mais do que nunca, a imprensa tem um importante papel no agendamento desse tema e na qualificação do debate público em torno de seus diferentes aspectos".[76]

Com base na pesquisa supracitada, identificamos resultados consistentes, sendo a proposta do presente trabalho complementar tais dados a partir de notícias mais atuais, por ser o produto jornalístico extremamente perecível. Procedemos, então, a uma pesquisa empírica atualizada, que pôde revelar novas conclusões, haja vista que nos encontramos em um momento peculiar, no qual a questão da redução da maioridade penal está em voga no Congresso Nacional, na sociedade e, naturalmente, na imprensa, em um contexto em que novos casos de atos infracionais graves ganham repercussão na imprensa.

Definimos, então, como período a ser analisado, o compreendido entre 01 de janeiro e 31 de agosto de 2015, concomitante à tramitação da PEC 171/1993 na Câmara dos Deputados. Os veículos escolhidos, em suas versões on-line, foram: Estadão, Revista *Veja* e G1. A amostra foi definida pela pluralidade de plataformas (jornal diário, revista e portal multimídia), bem como pela sua penetração nas massas. A diversidade de posicionamento também foi critério escolhido a fim de atingir maior fidegnidade, uma vez que a *Veja*, por exemplo, além de ser a revista de maior circulação no país, posiciona-se mais à direita, propagando, via de regra, ideologias conservadoras. Já o Estadão é conhecido por não evidenciar sua linha editorial, abordando o mesmo assunto sob diferentes perspectivas, e o G1 – reprodutor de conteúdo da TV Globo e de outros canais de comunicação unificados na plataforma on-line – representa o maior conglomerado midiático do país, que historicamente viu suas ideologias serem assimiladas com eficiência pela opinião pública.

A partir das palavras-chave "ato infracional", "menor infrator", e "delinquência juvenil", analisamos notícias e reportagens a fim de identificar o tipo de ato infracional cometido, o tratamento dado ao infrator e de que forma são

76. BRASIL. Adolescentes em conflito com a lei. ANDI – Comunicação e Direitos. Brasília, 2013, p. 96.

abordadas as medidas socioeducativas. Os textos opinativos, pesquisados por meio da palavra-chave "maioridade penal" também foram analisados quanto ao seu posicionamento (contrário ou a favor), bem como pela profundidade com que a questão foi tratada, ou seja, se o ECA e a lei do Sinase, por exemplo, foram abordados, bem como se lhes foi atribuído aspecto brando ou de impunidade.

Assim, por meio do método de análise de discursos, ou análise de conteúdo,[77] traçamos critérios objetivos. Separamos, para fins analíticos, os textos opinativos (dentre os quais se encontram editoriais dos veículos, colunas e entrevistas que abram espaço para a opinião de especialistas e autoridades) das notícias (matérias que relatam um ato infracional pela primeira vez) e reportagens, que trazem desdobramento de fatos já noticiados. No total, foram 29 textos opinativos e 415 factuais analisados, incluindo notícias e reportagens como textos factuais.

Entre os textos opinativos que se ocuparam especificamente da redução da maioridade penal, identificamos que 72,41% se posicionavam contra a redução e 24,14%, favoráveis.[78] Tal informação revela que os veículos de comunicação (com destaque para o Estadão[79]) tem dado cada vez mais voz a opiniões de ativistas dos direitos humanos e juristas que alertam para a inconstitucionalidade da redução.

No entanto, em que pese a amostra de textos opinativos do Estadão destoar dessa lógica e "alavancar" o percentual de posicionamentos contrários ou críticos à redução da idade penal, os demais veículos majoritariamente se posicionam a favor da redução. No entanto, a imprensa não se manifesta apenas por meio de discursos verbais, valendo-se de recursos semióticos que servem aos padrões de manipulação acima enunciados por Abramo. No ponto, a pesquisa buscou abarcar outros indicadores de "manipulação".

---

77. Denomina-se analise de conteúdo o método que busca empregar rigor científico ao analisar conteúdos jornalísticos, originário da Faculdade de Jornalismo de Columbia, nos Estados Unidos. Busca uma análise objetiva, que contemple também aspectos subjetivos, como as "entrelinhas" do texto jornalístico. Sobre a análise de conteúdo, ver: ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso*. Campinas, Pontes, 2001.

78. O artigo "Nem anjos nem demônios", de autoria do promotor da Infância e Juventude no estado de São Paulo, Fábio José Bueno (veiculado no Estadão), trata da questão de forma a problematizá-la, sem posicionar-se de forma favorável ou contrária à redução. Atribui-se ao artigo os 3,45% residuais.

79. Entre os 29 textos opinativos, 16 são do Estadão, 4 da *Veja* e 9 do G1. Dos 16 textos publicados pelo Estadão, 12 eram contrárias. Ou seja, das 21 matérias contra a redução, 12 foram veiculadas pelo Estadão.

Assim, com relação à nomenclatura adequada, por exemplo, observou-se que 45% dos textos analisados utilizaram adequadamente os termos criança e adolescente, sendo que 48,28% adotaram expressões como "menor infrator", "delinquente" ou "bandido".[80]

Entre as notícias e reportagens, 58,55% adotaram termos compatíveis com o ECA, como adolescente (56,14%), jovem (1,93%), além de estudante ou garoto (0,24% cada um). Entre as nomenclaturas inadequadas, estão presentes termos como "bandido", "criminoso", "traficante" e "assaltante", destacando-se "menor" como o mais utilizado (38,31%). A frequente incidência dessa denominação pode dever-se ao desconhecimento da restrição do ECA a esse respeito, e não necessariamente à intenção do jornalista em referir-se pejorativamente à criança e ao adolescente.

As medidas socioeducativas não foram citadas em 55,17% dos textos opinativos. Dos 44,83% que citaram as medidas previstas no ECA e na Sinase, 53,85% as consideram brandas. Já nos textos factuais (notícias e reportagens), 95,66% não citaram a existência das medidas cabíveis aos adolescentes infratores. Limitaram-se apenas ao noticiar o fato (ato infracional) e transmitindo, por meio da omissão, a ideia de que não haverá resposta jurídica ao fato, reforçando a noção de impunidade. Entre os que citaram as medidas previstas no ECA, 66,67% apontaram a sua insuficiência. Assim, notamos que os enunciados-*padrão de manipulação*, mais especificamente a *ocultação*, a *fragmentação* e a *indução,* estão presentes na maioria dos textos jornalísticos da amostra, inclusive os meramente factuais. Destacamos, a título ilustrativo, artigo da *Veja* sobre o caso do médico Jaime Gold, esfaqueado e morto na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio de Janeiro, transmitindo indignação e acusando o ECA de "assassino".[81]

As condições socioeconômicas e a estrutura familiar dos autores de atos infracionais foram ignoradas por 98,5%, sendo que, entre os textos que analisaram esse aspecto, 66,67% revelaram situação de vulnerabilidade do jovem em questão. A identificação do adolescente em conflito com a lei, vedada pelo

80. Por tratar-se de textos opinativos sobre a questão da maioridade penal especificamente, alguns não fizeram qualquer menção ao adolescente em conflito com a lei de forma individualizada (6,9%).

81. BRASIL, Felipe Moura. Caso da Lagoa 'encerrado': Comparsa de 15 anos atribui facadas ao de 16. Parabéns, ECA assassino! Vai um Extra aí?. *Veja*, 28.02.2015. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/cultura/caso-da-lagoa-encerrado-comparsa-de-15-anos-atribui-facadas-ao-de-16-parabens-eca-assassino-vai-um-extra-ai]. Acesso em: 15 set. 2015.

Estatuto vigente, foi observada em poucas reportagens, sendo a maioria da Revista VEJA, com quatro reportagens.

Entre os atos infracionais noticiados, análogos aos tipos penais, destaca-se o tráfico de drogas (25,1%), seguido de roubo (20,7%), homicídio (16,1%) e estupro (7,7%). Juntos, os quatro respondem por 69,6% de todos os atos infracionais noticiados. Tal levantamento conflita com as estatísticas oficiais, que apontam a maior frequência de infrações patrimoniais, enquanto homicídios praticados por menores de idade correspondem a cerca de 1% dos atos infracionais.

Sobre o alto índice de estupros veiculados, salientamos que, dos 32 textos analisados que tratavam de tal ato infracional análogo, 22 se referiam ao mesmo episódio – o estupro coletivo cometido por quatro adolescentes contra duas meninas no Piauí, fato que gerou grande repercussão nacional. Dias após, um dos autores, mesmo depois de confessar o ato infracional e delatar os comparsas, foi mantido no mesmo alojamento que eles, sendo morto pelos demais dentro de uma instituição onde estavam internados. Como uma das vítimas do estupro acabou morrendo dias depois, alguns textos qualificaram a tipologia do ato como homicídio e estupro, que representam 1,45% da amostra – quase todos os textos sobre o caso supracitado.

Um dos textos opinativos da Revista VEJA, inclusive, utilizou a trágica morte como pano de fundo para sustentar o discurso de ódio, medo e urgente retribuição do mal causado. O artigo, intitulado "Parabéns, defensores da maioridade penal: morre menina estuprada e espancada por grupo com menores no Piauí", acusou os defensores da manutenção da idade penal em 18 anos como partícipes da morte da garota – que teve, junto com as demais vítimas (ainda vivas) sua foto estampada, sendo possível seu reconhecimento e consequente exposição, em ofensa não apenas ao ECA como à própria legislação penal.[82]

Da mesma forma, o caso do médico esfaqueado na Lagoa Rodrigo de Freitas teve grande destaque entre as reportagens e gerou semelhante comoção nacional. No ponto, o convite à reflexão é no sentido de que, tratando-se de integrante da classe média alta carioca, a vida do médico parece valer mais do que a dos jovens negros vítimas do tráfico e da violência policial em favelas próximas à lagoa, haja vista a repercussão desproporcional, sendo que muitas das mortes dos jovens "marginais" sequer entram nas estatísticas oficiais e não provocam a mesma indignação na mídia e sociedade.

82. O art. 234-B do Código Penal, inserido pela Lei 12.015, de 07 de agosto de 2010, responsável pela reforma do título referente aos crimes contra a dignidade sexual, dispõe que tais crimes devem ser apurados em segredo de justiça, sendo que a intimidade do ofendido deve ser preservada.

Laudo outro, como buscamos aqui denunciar, quando os adolescentes são autores, e não vítimas de barbáries, adquirem a denominada "visibilidade perversa" no lugar da outrora invisibilidade, igualmente perversa, haja vista que se ignora situação de flagrante privação de direitos. Ou seja, fora da esfera simbólica, os adolescentes apenas são visíveis pelo Estado, pela imprensa e pela sociedade quando em situação de conflito com a lei.

4. Considerações finais

O adolescente em conflito com a lei tem figurado no centro dos debates sobre segurança pública, reformas legislativas (e constitucionais) e discursos expansionistas do Direito Penal. A parcela de quase 90% da população favorável à redução da maioridade penal, ao pedir por um Estado (mais) Penal, reduz uma questão complexa a uma solução simplista e meramente retributiva, em uma realidade de *cidadania escassa*, enxergando a criança e o adolescente marginalizados – invisíveis até a prática de ato infracional – como verdadeiro inimigo social.

No entanto, como se demonstrou, o adolescente em conflito com a lei está longe de ser o principal agente da criminalidade no Brasil – na verdade, estatisticamente, é predominantemente vítima. Não obstante, os adolescentes em condição de vulnerabilidade social, além de se encontrarem desamparados pelo Estado, são estigmatizados e punidos quase que com exclusividade. Ou seja, o Estado, além de não garantir um mínimo existencial e perspectivas de futuro, sendo omisso em políticas públicas preventivas, deseja incrementar suas ações punitivas direcionadas aos adolescentes, matriculando-os regularmente na escola do crime, em um processo de duplo etiquetamento.

Nesse contexto, verificamos aqui que o ato infracional ocorre, muitas vezes, em razão da falência das instituições e programas estatais, bem como da família e de toda a sociedade. Ou seja, deparamos com o perfil do adolescente em conflito com a lei no Brasil como um sujeito, via de regra, inserido em um cenário de flagrante desigualdade social, baixa escolaridade e situações de risco. Assim, dado que milhares de crianças e adolescentes no país permanecem vivendo sob essas condições, não é forçoso dizer que os objetivos do ECA estão longe de ser atingidos.

A questão da "delinquência juvenil", no entanto, envolve muitas outras nuances sociais, iniciada na atuação exclusivamente negativa do Estado em relação aos jovens marginalizados, negando-lhes direitos fundamentais e condições dignas, ao mesmo tempo que lhes impõe um ideal de vida que implica em acumulação de bens e padrão de vida elevado. A intervenção pós-delitiva é, muitas

vezes, o primeiro contato desses jovens com o Estado, que desobedece a seus próprios fundamentos, violando direitos sociais e princípios constitucionais, atuando seletivamente por meio de instituições Policiais, Judiciárias e Socioeducativas, conferindo-lhes a etiqueta de criminoso. Esta intervenção perpetua as condições socioeconômicas destes jovens, uma vez que o ambiente familiar e externo em que vivem é cercado pelo crime, mostrando-se muitas vezes como única alternativa de fuga da miséria ou alcance dos fins sociais impostos.

Lado outro, em que pese a evidente ausência de efetividade dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, que figura, estatisticamente, mais como vítima do que como responsável pela violência, a sociedade e a imprensa permanecem omissas, manifestando-se, quase que exclusivamente, pela necessidade de um Direito Penal para menores. À medida que o Estado é ineficiente para efetivar as disposições constitucionais, estatuárias e legais, discute-se o que nos parece ser o aspecto que menos demanda reformas entre os relacionados ao trato do adolescente em conflito com a lei.

Assim, observa-se a *redução* do debate de um tema complexo, limitando discussões que deveriam passar pelas raízes do problema da juventude em conflito com a lei, como se, ao diminuir a idade penal, fosse resolvido o problema. Esses discursos *reducionistas*, como vimos, são também *expansionistas*, à medida que "legitimam" e fomentam o processo de expansão do Direito Penal.

De outro lado, após análise dogmática do "Direito da Infância" e do "Direito Infracional" no ordenamento pátrio, foi possível concluir que estes estão adequados aos preceitos constitucionais, bem como alinhados à normativa internacional a respeito do tema. No mesmo sentido, a experiência profissional e empírica de uma das coautoras deste artigo na Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da comarca de Uberlândia demonstrou que, se observadas as disposições estatuárias e legais, o sistema socioeducativo pode ser eficiente e eficaz. Tal experiência também corroborou o teor das demais pesquisas aqui citadas, ou seja: o perfil do adolescente em conflito com a lei é relacionado à periferia e à privação de direitos, sendo o envolvimento com o tráfico, maioria entre os atos infracionais observados cotidianamente, quase uma consequência desse contexto.

Assim, observou-se que a imprensa, porta-voz de uma classe dominante a quem interessa a propagação de uma *cultura do medo*, fomenta a ideia de que o adolescente é perigoso e seus crimes, impunes. No entanto, não foi possível concluir que, de fato, a imprensa influencia a formação da opinião da maioria da população brasileira, favorável à redução da idade penal. Isso porque, em que pese os *padrões de manipulação* enunciados por Abramo terem sido observados, para além dos textos opinativos, dentre os quais apenas o Estadão se

posiciona de maneira mais crítica ao tema, observa-se que a opinião pública acerca da questão não sofreu importantes alterações em relação a períodos pesquisados anteriormente. Para chegar a um nexo causal entre os discursos da imprensa e a absorção dos temas pela opinião pública, seria preciso comparar diferentes pesquisas acerca do teor dos discursos propagados ao longo do tempo à opinião pública com relação ao tema ao tema ao longo do tempo.[83]

Assim, certos de que respondemos às perguntas suscitadas inicialmente e na expectativa de ter aberto convite à reflexão para outras, igualmente necessárias à compreensão do tema, nossa conclusão é no sentido de que, antes de se pensar em eventuais reformas constitucionais ou legislativas com relação à responsabilidade do adolescente, há que se concentrar os esforços sociais e estatais na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, e não na necessidade de puni-los ainda mais. Com urgência, é preciso desmitificar a imagem do adolescente em conflito com a lei, com vistas a uma compreensão real do tema e do contexto no qual se insere.

Propomos, portanto, que quando os *direitos de papel* destinados à juventude no Brasil tornarem-se uma realidade para um número consideravelmente maior de crianças e adolescentes e, ainda assim, esses representarem uma ameaça social, voltemos a falar em redução e expansão.

5. Referências bibliográficas

ABRAMO, Perseu. *Padrões de manipulação da grande imprensa*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

ABREU, Alzira Alves de. Jornalismo cidadão. *Estudos Históricos*. n. 31. Rio de Janeiro. p. 25-40, 2003.

ALTHEIDE, David. *creating fear:* news and the construction of crisis. New York: Aldine De Gruyter, 2002.

83. De maneira mais conclusiva (BARROS, Bruno Mello Corrêa de; PEREIRA, Marília do Nascimento. Ato Infracional midiatizado: a aposta da mídia televisiva como solução à violência através da redução da maioridade penal. XI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2014), entendem que, de fato, os detentores do poder – respaldados pela opinião pública, levada a acreditar que há um crescente e incontrolável aumento na criminalidade – propagam a urgência em recrudescer a atuação estatal punitiva, especialmente direcionada a segmentos específicos da população. Nesse contexto, a demanda de punição do adolescente em conflito com a lei pelo clamor popular "nada mais é que a opinião pública baseada na verdade distorcida pela mídia nacional" (p. 182).

ARAUJO, Fernanda Carolina de. A teoria criminológica do *labelling approach* e as medidas socioeducativas. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo, 2010.

BACKES, C. O que consome o adolescente? Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Educação da Universidade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

BARROS, Bruno Mello Corrêa de; PEREIRA, Marília do Nascimento. Ato Infracional midiatizado: a aposta da mídia televisiva como solução à violência através da redução da maioridade penal. XI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2014.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*. ano 3. n. 5 e 6. Rio de Janeiro. p. 77-94, 1998

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. ano 7. n. 12. Rio de Janeiro. p. 271-288, 2.° sem. 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2009.

_____. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2008.

_____. *Modernidade* **líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BECK, Ulrich. Risk society. *Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992.

_____. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999.

BRASIL. Panorama Nacional: A execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2012.

_____. Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – Levantamento 2011. Secretaria de Direitos Humanos (SDR), 2012.

_____. *Direitos em pauta:* imprensa, agenda social e adolescentes em conflito com a lei. Andi – Comunicação e Direitos, 2012.

_____. *Adolescentes em conflito com a lei*. Andi – Comunicação e Direitos, 2013.

BRASIL, Felipe Moura. Caso da Lagoa 'encerrado': Comparsa de 15 anos atribui facadas ao de 16. Parabéns, ECA assassino! Vai um Extra aí?. *Veja*, 28.02.2015. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/cultura/caso-da-lagoa-encerrado-comparsa-de-15-anos-atribui-facadas-ao-de-16-parabens-eca-assassino-vai-um-extra-ai]. Acesso em: 15 set. 2015.

BUDÓ, Marília de Nardin. Vítimas e monstros: a construção social do adolescente do centro à periferia. *Revista Espaço Acadêmico* (UEM). v. 15. Maringá. p. 41-52, dez. 2009.

CUSTÓDIO, Segundo André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*. n. 32. Santa Cruz do Sul. p. 22 a 43, jul.-dez. 2009.

DATENA, José Luiz. Estamos Criando uma Legião de Bandidos. *Fala Datena*. São Paulo, out. 2012. Disponível em: [www.band.uol.com.br/brasilurgente/conteudo.asp?ID=100000544257]. Acesso em: 26 jul. 2015.

Editorial. O Estado de São Paulo. jul.2006.

Editorial. Outros trechos de textos jornalísticos opinativos, em discussão mais atual, serão citados adiante. O Estado de São Paulo. 22 jul. 2006.

FREITAS, Fábio Fernando Barboza de. Para além da estadania: a cidadania como categoria estratégica. *Polícia e democracia:* desafios para a educação em Direitos Humanos. 1. ed. Recife: Bagaço, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HENRY, Paul. *A ferramenta imperfeita*. Campinas: EdUnicamp, 1992.

IBCCRIM. Editorial. Boletim n. 270. ano 23, maio 2015.

LARANJEIRA, Carlos António. A análise psicossocial do jovem delinquente: uma revisão da literatura. *Psicol. Estud.* v. 12. n. 2. p. 221-227, 2007.

LIMA, E. N.; TORRES, M. B.; ARAUJO, J. R. S. A espetacularização dos atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes: o papel da mídia televisiva. *Revista Anagrama* (USP). v. 7. São Paulo. p. 1-13, 2013.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade do risco e direito penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais. Prefácio de José Eduardo Faria. – São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34).

MÉNDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e responsabilidade penal:* um debate Latino-Americano. Porto Alegre: AJURIS/ESMP-RS/FESDEP-RS, 2000.

_____. A dimensão política da responsabilidade penal dos adolescentes na América Latina: notas para a construção de uma modesta utopia. *Educação & Realidade*. v. 33. n. 2. Porto Alegre. p. 15-35, jul.-dez. 2008.

MERTON, Robert K. Sociologia: teoria e estrutura. Trad. Miguel Maillet. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

NAKAMURA, André Luiz. A mídia e a difusão da violência urbana: o imaginário social permeado pela massificação midiática. 9 Interprogramas de Mestrado Faculdade Cásper Líbero. São Paulo, 2013.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso*. Campinas, Pontes, 2001.

_____. *As formas do silêncio*. Campinas: EdUnicamp, 1997.

POLGA, Vanessa da Silveira; PEREIRA, Adriane Damian. Ato infracional, exclusão social e mídia – ligando elos. 1.º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2012.

REINER, Robert. Media made criminality: the representation of crime in the mass media. In: MAGUIRE, M; MORGAN, R; REINER, Robert, (eds.) *The Oxford handbook of criminology*. Oxford University Press, Oxford, UK. p. 333, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general. t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

SALES, Mione Apolinario. *(In)visibilidade perversa*: adolescentes infratores como metáfora da violência. São Paulo: Cortez, 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SHEHERAZADE, Rachel. Retrocesso e Impunidade. Comentário veiculado ao vivo no SBT, em fevereiro de 2014, no telejornal SBT Brasil. Disponível on-line no blog da jornalista e no canal no Youtube do SBT: [www.youtube.com/watch?v=y_xffJ-dzWA]. Acesso em: 10 ago. 2015.

SILVA, Marília Márcia Cunha da. A produção da delinqüência juvenil – uma análise sociológica da aplicação das medidas socioeducativas a adolescentes em conflito com a lei no município de Nova Iguaçu, RJ. *Revista Sociologia Jurídica*. v. 4, 2007.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A efetividade dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Os jovens do Brasil: Mapa da Violência 2014. Secretaria-Geral da Presidência da República. Secretaria Nacional de Juventude e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Brasília, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A redução da maioridade penal e a relação da ressocialização prisional com os direitos humanos fundamentais, de Antonio Baptista Gonçalves – *RT* 912/305-324, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/207-225 (DTR\2011\4320);
- Juventude e violência: a maioridade penal e a ética da responsabilidade, de Maria Garcia – RDCI 62/240-266, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/717-750 (DTR\2008\735);
- O problema constitucional da redução da maioridade penal, de Josué Mastrodi e Jônatas Henriques Barreira – *RBCCrim* 125/103-138 (DTR\2016\24341); e
- Reduzir a maioridade penal não é solução, de Munir Cury – *RDIJ* 2/15-29 (DTR\2013\12542).