



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Editores responsáveis por essa edição:

Marcelo Dias Varella

Patrícia Perrone Campos Mello

Ardyllis Alves Soares

Jéffson Menezes de Sousa

Isabella Nunes Borges

Guilherme Francisco Ceolin Felipe Da Costa

De-Lorenzi Bruno

Tadeu Buonicore

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 13	n. 1	p. 1-457	abr	2023
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Brazilian Journal of Public Policy

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

CONSELHO EDITORIAL

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

EDITOR

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

EDITORES ADJUNTOS

Patrícia Perrone Campos Mello, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Ardyllis Alves Soares, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Jéffson Menezes de Sousa, doutorando pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

Isabella Nunes Borges, mestranda pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

EQUIPE TÉCNICA

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.rbpp.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.
– vol. 13, n. 1 (abr. 2023) - . Brasília : CEUB, 2023

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Sumário

FUNDAMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	14
EDITORIAL	16
AS RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E POLÍTICA CRIMINAL.....	20
Felipe da Costa De-Lorenzi, Guilherme Francisco Ceolin e Bruno Tadeu Buonicore	
1 Introdução	21
2 Breve panorama histórico	21
3 A complementaridade entre as áreas do Sistema Jurídico-Penal.....	26
4 Propostas de união e críticas	30
5 Exemplos	33
Referências.....	37
FINALIDADES E FUNÇÕES DO PROCESSO PENAL.....	43
Cornelius Prittwitz	
1 Introdução	44
1.1 Objetivo e função do processo penal na sociedade midiática	44
2 É necessário distinguir, de forma precisa e rigorosa, as finalidades (objetivos/tarefas) e a função do processo penal	44
3 A função do processo penal não é determinada normativamente — com base no conceito de função da ciência social, e não da jurídica —, resulta, na verdade, da análise do que o processo penal consegue realizar de forma observável.....	45
4 No entanto, o projeto que acaba de ser mencionado exige também maior clareza no debate sobre a finalidade e os objetivos (mediatos) do processo penal	45
5 O fato de a paz e a segurança jurídicas prevalecerem é determinado não apenas — e talvez não principalmente — pelo fato de o sistema de justiça criminal “funcionar” nesse sentido, ou seja, cumprir seus objetivos, mas também — e talvez principalmente — pela forma como os processos criminais são percebidos, o que nós — como sociedade — sabemos sobre os processos criminais	46
6 Os processos cotidianos e os processos retratados na mídia guardam pouca relação entre si	47
7 Surpreendentemente, muito (em processos cotidianos e extraordinários) permanece inalterado .	48
8 Contudo, ocorreram mudanças decisivas!.....	48
9 A sociedade midiática é a responsável pelas decisivas mudanças e deve ser estudada!.....	49
10 Inseridos na sociedade midiática, novos atores sociais (civis) descobriram por conta própria o uso do potencial punitivo da cobertura midiática do direito e do processo penal?	50
11 Considerações finais	50
Referências.....	50

O STATUS ONTOLÓGICO DOS ESTADOS MENTAIS	53
Carl-Friedrich Stuckenberg	
1 A distinção legal entre fatos e direito.....	54
2 Advertência: usos descritivos e normativos de termos da mens rea	55
3 O status ontológico dos estados mentais	56
3.1 Propriedades dos “estados mentais”	56
3.2 A visão jurídica tradicional: problemas e soluções.....	56
3.3 Crítica intrajurídica	58
3.4 Discussão	60
4 Considerações finais	65
 REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: PRISÃO, DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	68
Luís Roberto Barroso e Andre Luiz Silva Araujo	
1 Introdução	69
2 Parte I: Reflexões sobre o poder punitivo do Estado	69
2.1 Generalidades.....	69
2.1.1 O direito penal deve ser moderado, sério e igualitário.....	69
2.1.2 Entre o abuso e a proteção deficiente	70
2.1.3 Não se muda o mundo com direito penal	71
2.1.4 “Pune-se muito e mal”	72
2.1.5 A corrupção como problema crônico	72
3 Parte II: Alguns direitos e garantias penais na Constituição de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	73
3.1 Prisão e direito dos presos	73
3.1.1 Modalidades de prisão anteriormente ao julgamento	74
3.1.2 Prisão após o julgamento	76
3.1.2.1 Audiência de custódia e juiz de garantias	76
3.2 Direito à não autoincriminação.....	77
3.3 Presunção de inocência	80
4 Parte Final: Considerações críticas acerca do sistema punitivo brasileiro	82
Referências.....	84
 DIREITO PENAL	86
 A TENTATIVA NA OMISSÃO IMPRÓPRIA: UM ESBOÇO SOBRE A DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E INÍCIO DA EXECUÇÃO.....	88
Guilherme Góes e Janice Santin	
1 Introdução	89

2 A punibilidade da tentativa nos crimes omissivos impróprios.....	89
3 Delimitação entre atos preparatórios e tentativa nos crimes omissivos impróprios.....	93
3.1 Omissão na primeira possibilidade de intervenção	93
3.2 Omissão na última possibilidade de salvamento, na última possibilidade de êxito e na maior perspectiva de sucesso.....	95
3.3 Teorias do risco imediato ao bem jurídico	98
3.3.1 Critério do perigo conforme a representação do autor	98
3.3.2 Critério da existência objetiva de um perigo concreto do bem jurídico	100
3.3.3 Critérios alternativos do perigo iminente e do domínio dos acontecimentos.....	101
4 Reflexos processuais	104
5 Considerações finais	105
Referências.....	106

TUTELA PENAL DO CLIMA: DA IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO À AUTONOMIA DO EQUILÍBRIO CLIMÁTICO DIANTE DO BEM AMBIENTAL111

Marcelo Bauer Pertille

1 Introdução	112
2 O antropoceno como fim do mundo: elementos para a constatação da relevância das crises climáticas para o Direito.....	113
3 Em busca de padrões para a criminalização: a importância Teoria do Bem Jurídico-penal.....	116
4 Tutela penal do clima: equilíbrio climático como bem jurídico-penal	119
5 Considerações finais	127
Referências.....	128

POR UMA DETRAÇÃO COMPENSATÓRIA ENQUANTO DISPOSITIVO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL REDUTORA DE DANOS..... 131

Patricia Carlos Magno e Leonardo Furtado Carvalho

1 Introdução	132
2 O caráter aflictivo da pena e sua dimensão qualitativa	134
3 O caráter aflictivo da prisão provisória e a detração	139
3.1 Revisão bibliográfica	140
3.2 Revisão jurisprudencial.....	143
3.2.1 A detração nas penas restritivas de direitos.....	144
3.2.2 A detração das medidas cautelares diversas da prisão.....	145
4 Por uma detração compensatória: conceito, fundamentos e casuística	148
4.1 Fundamentos constitucionais, legais e convencionais	148
4.2 Casos específicos de detração compensatória.....	151
4.2.1. Prisão provisória e regime inicial distinto do fechado	152
4.2.1 Prisão provisória e penas restritivas de direitos	153

4.2.3 Prisão provisória e suspensão condicional da pena.....	154
5 Considerações finais	155
Referências	156
Bibliografia geral	156
Jurisprudência e documentos internacionais	158
DIREITO PROCESSUAL	160
DO PROCESSO-ROCCO AO PROCESSO-RISCO: O PARADIGMA NEGOCIAL TORNANDO DÉMODÉE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	162
Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak	
1 Introdução	163
2 A sociedade do risco e o eficientismo processual penal: a pressa como regra e a negociação como solução	164
3 O paradigma negocial no processo penal brasileiro: entre garantia e celeridade, venceu a pressa	166
4 O paradigma da negociação e seus problemas: ou como se saltou de rocco ao eficientismo	170
4.1 Os riscos do paradigma negocial	170
4.2 Da eficiência constitucional ao eficientismo: o que se busca com o novo paradigma?.....	172
4.3 A carência do paradigma negocial: prioridade para o eficientismo em detrimento do processo constitucional.....	174
5 Considerações finais	177
Referências.....	177
UM SISTEMA DE INFORMANTES? NOTAS SOBRE O DIREITO AO CONFRONTO E O ESTÍMULO A UMA JUSTIÇA CRIMINAL UNDERGROUND	181
Ruiz Ritter e Ricardo Jacobsen Gloeckner	
1 Breve Introdução.....	182
2 Um Sistema de Informantes: classificação de algumas categorias e análise das degenerações estruturais ao sistema de garantias processuais penais	184
3 O Direito ao Confronto e o Sistema de Informantes Como Meio de Prova	193
3.1 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Mutilação do Direito ao Confronto	198
4 Informantes, Colaboração Premiada e Luta Anticorrupção no Brasil.....	202
5 Considerações finais	207
Referências.....	209
A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	214
Felipe Lazzari da Silveira	
1 Introdução	215
2 A presunção de inocência como obstáculo ao arbítrio estatal sobre a liberdade dos cidadãos	217

3 O desprezo pela presunção de inocência como sintoma da racionalidade tecnicista-fascista arraigada no campo processual penal: apontamentos desde o Pacote Anticrime	219
4 A inconstitucionalidade da execução provisória da pena como decorrência automática da condenação pelo Tribunal do Júri	223
5 Considerações Finais	227
Referências	228
A FUNÇÃO GARANTISTA PROCESSUAL DOS PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS	232
Selma Pereira de Santana e Rubens Lira Barros Pacheco	
1 Introdução	233
2 As garantias processuais penais no contexto jurídico brasileiro.....	236
2.1 O axioma da jurisdição	237
2.2 O axioma da acusação	238
2.3 O axioma da prova	238
2.4 O axioma da defesa.....	239
2.5 O garantismo processual no contexto brasileiro	239
3 Crítica à Justiça Restaurativa como modelo de justiça antigarantista	242
4 Decisionismo processual e a função garantista dos princípios restaurativos	248
4.1 Os princípios da voluntariedade, consensualidade, imparcialidade e respeito aos direitos humanos em face da jurisdição e da acusação.....	249
4.3 Confidencialidade como garantia da prova e da defesa.....	257
4.4 Justiça Restaurativa, garantismo substancial e a compatibilidade quanto à finalidade política.....	260
5 Considerações finais	263
Referências.....	267
POLÍTICA CRIMINAL.....	271
POLÍTICA (PÚBLICA) CRIMINAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIAS: APORTES PARA UMA CONSTRUTIVA RELAÇÃO DE INTERDISCIPLINARIDADE	273
Marcelo Buttelli Ramos	
1 Introdução	274
2 A autonomização do saber político-criminal: da clausura positivista à abertura à interdisciplinaridade	276
3 Política Criminal, Política Penal e Política Social: marcos conceituais distintos, porém interrelacionados	278
4 Interdisciplinaridade expropriatória ou construtiva?	279
5 Os riscos de uma política criminal dogmatizada	282
6 Uma introdução ao conceito de política pública criminal	285
7 Considerações finais	288
Referências.....	290

POLÍTICA CRIMINAL: UMA POLÍTICA PÚBLICA RELATIVA À MATÉRIA CRIMINAL.....294

Strauss Vidrich de Souza e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger

1 Introdução	295
2 Políticas públicas e seus critérios de governança.....	296
3 Horizonte e limites do conceito de política criminal	298
4 Uma política pública relativa à matéria criminal	301
5 Considerações finais	305
Referências.....	305

MONITORAMENTO PRISIONAL NO BRASIL: EXPANSÃO INSTITUCIONAL EM TEMPOS DE AMBIGUIDADE NA POLÍTICA CRIMINAL.....308

Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Lúgia Mori Madeira

1 Introdução	309
2 Monitoramento prisional: definições e atores	311
3 Tendências da política criminal brasileira pós-1984.....	314
4 Trajetória institucional do monitoramento prisional no Brasil.....	320
4.1 Atores e instituições.....	321
4.2 Objetivos, instrumentos e ferramentas para o monitoramento prisional.....	325
4.3 Implementação do monitoramento prisional	328
5 Considerações finais	332
Referências.....	334

ABOLICIONISMO E HEGEMONIA NO CAMPO DE DISCURSIVIDADE DOS SABERES PENAIS344

Lucas Villa e Bruno Amaral Machado

1 Introdução	345
2 Hegemonia e teoria do discurso.....	346
3 As quatro dimensões da hegemonia no discurso abolicionista	348
3.1 A existência de uma situação de desigualdade de poder	349
3.2 O ultrapassamento da dicotomia universal/particular	350
3.3 A produção de significantes vazios.....	351
3.4 A impossível (porém irrenunciável) generalização das representações.....	354
4 Estratégias discursivas para um abolicionismo penal pós-metafísico.....	355
4.1 Ampliar o significado histórico do abolicionismo, para além do abolicionismo penal, identificando-o com outras conquistas.....	356
4.3 Fagocitar discursos que giram em torno de outros eixos.....	358
4.4 Aglutinar discursos dispersos em torno do ponto nodal, utilizando premissas compartilhadas.....	358
4.5 Redescrever o abolicionismo mediante diferentes protocolos de convencimento	360
4.6 Associar os discursos antagônicos a elementos discursivos negativos.....	361
4.7 Investir em micropolíticas de abolição e em mudanças institucionais.....	361

5 Considerações finais	363
Referências.....	364
OUTROS TEMAS	366
CLIMATE CHANGE AND BUSINESS DEVELOPMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF WAYS TO ACHIEVE SUSTAINABLE DEVELOPMENT	368
Mona Mahecha e Monika Punia	
1 Introduction	369
2 Corporate Social Irresponsibility	370
3 Greenwashing	371
4 Instances of Greenwashing	372
5 National Efforts	374
6 International Efforts	375
7 Conclusion and Suggestions.....	380
References.....	381
O PROGRAMA INOVAR AUTO E O ALCANCE DA IGUALDADE DE COMPETIÇÃO FRENTE ÀS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORITA E DO TRATAMENTO NACIONAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....	386
Keite Wieira	
1 Introdução	387
2 A indústria automobilística brasileira e a política brasileira do Programa Inovar auto.....	388
3 O princípio da não discriminação: as cláusulas da nação mais favorecida e do Tratamento Nacional.....	390
3.1 A cláusula da Nação Mais Favorecida.....	391
3.2 A cláusula do Tratamento Nacional.....	392
4 O caso DS472 (União Europeia versus Brasil) e DS497 (Japão versus Brasil): Programa Inovar Auto e a afronta às cláusulas da NMF e TN.....	394
4.1 O relatório do painel em relação ao caso Inovar Auto e às cláusulas da NMF e do TN.....	396
4.2 A decisão do Grupo de Apelação.....	397
Referências.....	399
PROTEÇÃO DE DADOS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO: O QUE FAZER COM DADOS DE ALUNOS?.....	403
Fabricio Vasconcelos Gomes, Marcelo Castro Cunha Filho e Victor Nóbrega Luccas	
1 Introdução	404
2 Metodologia	406
3 Resultados.....	408
3.1 Criação das categorias.....	408
3.1 Interessados.....	410

3.2 Inscritos em processos seletivos	411
3.3. Matriculados	413
3.4 Ex-alunos	415
4 Discussão dos resultados	416
4.1 Criação das categorias e dos regimes de proteção de dados	416
4.2 Discricionariedade da coleta dos dados	417
4.3. Discricionariedade na eleição de bases legais.....	418
4.4. Necessidade de interpretação de obrigações legais ou regulatórias à luz da LGPD.....	419
5 Considerações finais	419
Referências.....	420
THE NON-AFFILIATES IN CHINA’S POLITICAL PARTY SYSTEM: HOW TO PLAY A ROLE?	423
Di Zhou	
1 Introduction	424
2 Materials and Methods	426
3 Results: Historical Rationale, Systems & Mechanisms, Practices	427
3.1 The Historical Rationale for the “Partisanship” of non-affiliates	427
3.2 Systems and mechanisms to guarantee the function of non-affiliates.....	430
3.2.1 Definition of non-affiliates	430
3.2.2 Motivation for the reform Regulations and policy basis for political participation of non-affiliates.....	431
3.2.3 Primary channels and platforms for non-affiliates to play their role.....	432
3.3 The Actual Situation of the Role of Non-affiliates: A Case Study of W, the Capital city of H Province ...	433
3.3.1 General evaluation of the role of non-affiliates in W city and analysis of influencing factors.....	433
3.3.2 Primary obstacles to the role non-affiliates play in W city	434
4 Discussion	435
References.....	437
THE CHINESE ‘SHARP EYES’ SYSTEM IN THE ERA OF HYPER SURVEILLANCE: BETWEEN STATE USE AND RISKS TO PRIVACY	441
Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges	
1 Introduction	442
2 Digital technologies and surveillance.....	444
3 On the use of data for surveillance by States	447
4 ‘Sharp Eyes’, the (hyper)surveillance system in the Chinese context.....	449
5 Conclusion	451
References.....	452
NORMAS EDITORIAIS.....	455
Envio dos trabalhos:.....	457

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

Editorial

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

Dedica-se o presente Dossiê Temático à relação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, bem como aos aspectos de Política Criminal a ela referentes. Embora tais disciplinas sejam comumente estudadas como áreas independentes, possuem estreitas conexões que não podem ser ignoradas. Por um lado, o Direito Penal somente se efetiva por meio do processo, uma vez que a constatação da existência de um crime e a consequente imposição da pena dependem sempre de um processo penal válido, que esclareça o fato histórico supostamente criminoso e possibilite a aplicação das teorias do delito e da determinação da pena. Por outro lado, o Direito Processual Penal é um instrumento para a aplicação das normas materiais e, ademais, alguns institutos processuais acarretam intervenções sobre direitos fundamentais equiparáveis à pena (p. ex., a prisão preventiva) ou atuam como equivalentes funcionais da sanção criminal (p. ex., o acordo de não persecução penal).

Ademais, as decisões fundamentais acerca desses dois ramos dependem das Políticas Públicas adotadas na seara criminal. Portanto, o estudo das categorias do Direito Penal e do Direito Processual Penal, bem como das políticas que a elas se referem, não pode se abster de abordar e desenvolver os pontos de contato e os princípios e finalidades comuns desses dois ramos. Nesse sentido, o presente Dossiê é composto por trabalhos que abordam problemas jurídico-penais e político-criminais desde uma aproximação dessas disciplinas e que expõem as tensões e possíveis contribuições decorrentes dessa perspectiva. Para fins de apresentação, organizaram-se os trabalhos publicados em quatro seções temáticas: (1) fundamentos do sistema jurídico-penal, que comporta traduções e artigos de autores convidados, e (2) direito penal material, (3) processo penal e (4) política criminal, que distribuem os artigos recebidos e selecionados por blind-review em três principais eixos, de acordo com o seu enfoque preponderante.

O artigo que inaugura o Dossiê e abre a primeira seção é intitulado **As relações de complementaridade entre Direito Penal, Direito Processual Penal e Política Criminal**, escrito por nós, Editores especiais deste volume. O artigo tem o objetivo de oferecer um panorama introdutório das questões relativas à temática central do dossiê e indicar a ideia reitora do volume.

No segundo artigo do dossiê, **Finalidades e funções do processo penal**, de autoria do Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, analisam-se os objetivos normativos e sociais do processo penal e critica-se a espetacularização midiática do Direito Penal. O estudo relaciona aspectos dogmáticos com a influência de vetores político-criminais, os quais são potencializados por meio da midiática do fenômeno criminal. Trata-se de tradução, realizada por Bruno Buonicore e Guilherme Ceolin, de artigo publicado, originalmente, no periódico *Neue Kriminalpolitik*, Heft n. 3, Jahrgang 33, em 2021.

No terceiro artigo, **O status ontológico dos estados mentais**, escrito pelo Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, investiga-se o estatuto ontológico dos elementos subjetivos do delito, abordando a visão jurídica tradicional e as críticas a ela apresentadas e, igualmente, a influência de outros ramos da ciência nessa discussão, como a psicologia e a filosofia. Dessa interessante e profunda análise, com argumentos contundentes, o autor conclui inexis-

tirem razões convincentes para que o Direito não trate os estados mentais referenciados nos elementos subjetivos do crime como se fatos fossem. A tradução do texto inédito é de Tatiana Badaró, com revisão de Guilherme Ceolin.

No quarto texto, escrito pelo Ministro Luís Roberto Barroso e por André Araújo, intitulado **Reflexões sobre o sistema punitivo brasileiro: prisão, direito à não-autoincriminação e presunção de inocência**, os autores encerram a primeira seção do Dossiê ao tratar da legitimidade do poder punitivo no contexto brasileiro, com especial foco na jurisprudência da Suprema Corte, especialmente em relação a três temas que atravessam o Direito Penal e Processual Penal: (i) a prisão e o direito dos presos; (ii) o direito à não-autoincriminação; e (iii) a presunção de inocência.

Abre-se a seção de “Direito Penal” com o artigo **A tentativa na omissão imprópria: um esboço sobre delimitação entre atos preparatórios e início da execução**, em que Guilherme Góes e Janice Santin, com profundidade, tratam da diferenciação entre os atos preparatórios e o início da execução nos casos omissivos impróprios, bem como das repercussões processuais dessa distinção, tema pouco explorado entre nós e de grande utilidade prática.

No sexto trabalho publicado, intitulado **Direito Penal do clima: a autonomia do equilíbrio climático enquanto bem jurídico-penal**, escrito por Marcelo Pertille, aborda-se a possibilidade de tutela penal autônoma do equilíbrio climático, considerando-se os critérios de criminalização da Teoria do Bem Jurídico.

No texto de número sete, **Por uma detração compensatória enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos**, de autoria de Patrícia Carlos Magno e Leonardo Furtado Carvalho, considerando o marco jurisprudencial da ADPF 347, debruça-se sobre fundamentos constitucionais, internacionais e legais da chamada detração compensatória, defendendo-a enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos na execução penal.

Introduz-se a seção dedicada ao Processo penal por meio do artigo **Do processo-Rocco ao processo-risco: o paradigma negocial tornando démodé a constitucionalização do processo penal brasileiro**, de autoria de Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak. Os autores analisam como a sociedade do risco fomenta uma busca pelo eficientismo no processo penal mediante a adoção de mecanismos negociais pela legislação.

Inclui-se nesta seção também o artigo **Um sistema de informantes? Notas sobre o direito ao confronto e o estímulo a uma justiça criminal underground**, escrito por Ruiz Ritter e Ricardo Jacobsen Gloeckner, que se propõe a examinar o impacto no sistema de justiça criminal da utilização de um sistema de informantes confidenciais e de institutos correlatos como métodos de investigação, chegando à conclusão de que o uso dos informantes não constitui um paradigma de simples negociação entre iguais, mas, ao contrário, uma interação complexa entre agentes do sistema de justiça criminal e pessoas vulneráveis.

Segue-se o texto intitulado **A presunção de inocência e a inconstitucionalidade do artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal Brasileiro**, de Felipe Lazzari da Silveira, que problematiza os meandros da obrigatoriedade da execução provisória da pena, após a decisão de primeira instância, no procedimento do Tribunal do Júri, bem como seu conflito com a presunção de inocência, concluindo pela inconstitucionalidade daquele comando legal.

Encerra-se a seção dedicada a artigos cujo tema se centra no processo penal com o artigo **A função garantista processual dos princípios restaurativos**, dos autores Rubens Lira Barros Pacheco e Selma Pereira de Santana que investiga a relação entre as garantias processuais penais e os princípios restaurativos no ordenamento jurídico brasileiro, questionando se a Justiça Restaurativa, ao propor um modelo de justiça não punitivo, poderia fazer retroceder as conquistas do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

Por fim, a última seção, dedicada a artigos voltados primacialmente à Política Criminal, é inaugurada com o artigo **Política (pública) criminal, ciência do direito penal e criminologias: aportes para uma**

construtiva relação de interdisciplinaridade, de Marcelo Buttelli Ramos. O autor chama atenção para o fato de que, apesar de recorrentemente utilizado, o conceito de política criminal carece de precisão. Nesse contexto, objetiva compreender as potencialidades e limites desse conceito para atuar como espaço de reflexão e articulação de achados empíricos e desenvolvimentos teóricos.

No décimo terceiro artigo, intitulado **Política criminal: uma política pública relativa à matéria criminal**, de Strauss Vidrich de Souza e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger, analisam-se os conceitos de política pública e política criminal, a fim proceder a uma abordagem da última como ramificação da primeira, com a conclusão de que a elaboração de toda política criminal deve seguir critérios próprios de uma política de Estado, cujo objetivo deve ser a manutenção e a defesa de direitos fundamentais tidos como inegociáveis e norteadores da boa tomada de decisão estatal.

No artigo **Monitoramento prisional no Brasil: expansão institucional em tempos de ambiguidade na política criminal**, de Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Lígia Mori Madeira, descreve-se a trajetória institucional do monitoramento prisional no Brasil pós-redemocratização (entre 1984 e 2019), com foco em seus atores, instrumentos e na sua implementação, a fim de aprofundar os estudos sobre o monitoramento e controle das condições de encarceramento no Brasil.

O último artigo do Dossiê Temático, intitulado **Abolicionismo e hegemonia discursiva no campo dos saberes penais**, de Lucas Villa e Bruno Amaral Machado, tem por objetivo compreender que estratégias discursivas podem ser mobilizadas para empoderar o discurso abolicionista, colocando-o em condições de disputar hegemonia científica, influenciando, de forma mais efetiva, mudanças institucionais e políticas públicas voltadas para a solução de situações problemáticas fora da lógica do castigo.

Como as leitoras e leitores poderão perceber, os artigos ora publicados oferecem importantes análises de temáticas relevantes da Ciências Criminais e, sob perspectivas bastante distintas e nem sempre de forma explícita ou direta, oferecem contributos a uma compreensão conjunta do Sistema Jurídico-Penal. Assim, desejamos uma experiência acadêmica proveitosa e enriquecedora, com os votos de que o presente Dossiê possa auxiliar no tão necessário diálogo entre Política Criminal, Direito Penal e Direito Processual Penal, pois acreditamos ser este o melhor caminho para o desenvolvimento das diferentes searas que constituem as Ciências Criminais.

Guilherme Francisco Ceolin

Felipe Da Costa De-Lorenzi

Bruno Tadeu Buonicore



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

As relações de complementaridade entre direito penal, direito processual penal e política criminal

The complementarity of Criminal Law, Criminal Procedure Law, and Criminal Policy

Felipe da Costa De-Lorenzi

Guilherme Francisco Ceolin

Bruno Tadeu Buonicore

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

As relações de complementaridade entre direito penal, direito processual penal e política criminal

The complementarity of Criminal Law, Criminal Procedure Law, and Criminal Policy

Felipe da Costa De-Lorenzi*

Guilherme Francisco Ceolin**

Bruno Tadeu Buonicore***

Resumo

O Direito Penal, o Direito Processual Penal e a Política Criminal, apesar de apresentarem autonomia, são ramos complementares na abordagem do fenômeno jurídico do crime e indissociáveis quando se busca solucionar casos concretos em matéria criminal. Neste artigo, após um resumido panorama histórico acerca da unidade, autonomização e reaproximação das três disciplinas, abordamos os fatores que tornam imprescindível uma visão conjunta e, em seguida, expomos três das principais propostas e críticas a essa união; por fim, fornecemos exemplos de questões em que essa perspectiva teórica pode ser frutífera para a resolução de problemas práticos. Adota-se um enfoque descritivo e exploratório, a fim de introduzir a questão da integração entre os ramos e apresentar pautas para posterior desenvolvimento científico.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Processual Penal; Política Criminal; Sistema Integral.

Abstract

Criminal Law, Criminal Procedure Law, and Criminal Policy, despite being autonomous disciplines, are complementary branches in addressing the legal phenomenon of crime and inseparable fields when seeking to solve specific criminal cases. In this text, after a brief historical overview of these three disciplines' unity, differentiation, and reconciliation, we discuss the factors that make an unified perspective essential. Then, we present three important proposals and criticisms regarding this idea. Finally, we provide examples of issues where this theoretical viewpoint can be fruitful for solving practical problems. A descriptive and exploratory approach is adopted in order to introduce the subject of integration between these branches and to present topics for further scientific development.

Keywords: Criminal Law; Criminal Procedure Law; Criminal Policy; Integral System.

* Artigo convidado

** Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, com período de estágio doutoral na Universidade Humboldt zu Berlin, Alemanha. Professor Substituto na Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8132922711654157>. Email: felipe.lorenzi91@gmail.com

*** Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, com período de estágio doutoral na Universidade de Bonn, Alemanha. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4899801073812309>. Email: guilherme.f.ceolin@gmail.com

**** Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt, Alemanha. Professor Titular de Direito Penal no Centro Universitário de Brasília – CEUB. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7711285073938421>. Email: guilherme.f.ceolin@gmail.com

1 Introdução

Em artigo intitulado “Política Criminal, Direito Penal e Direito Processual Penal”, publicado em 1977, o processualista penal argentino Julio Maier defende a necessidade de coordenação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal em razão da inafastável conexão entre eles e da influência recíproca de um ramo sobre o outro, propondo que ambos atuem enquanto unidade de fins na política social.¹ Com isso, além de defender uma atuação conjunta do Sistema Jurídico-Penal, coloca em destaque a Política Criminal como abordagem normativa que, com base em conhecimentos obtidos por meio das ciências empíricas, manifesta-se na crítica aos conceitos jurídicos vigentes em vista dos resultados que produzem no mundo real e na proposta de novos conceitos que os substituam ou corrijam.² Na mesma linha, diversos outros autores — embora com diferentes abordagens e proposições — compartilham a opinião de que há uma estreita vinculação entre o Direito Penal material e processual, por um lado, e entre o Sistema Jurídico-Penal e a Política Criminal, por outro.

Neste artigo, buscamos demonstrar, de forma introdutória, a importância da discussão dos problemas da relação entre o Direito Penal, o Direito Processual Penal e a Política Criminal, bem como das perspectivas trazidas pela abordagem conjunta dessas disciplinas. Para isso, após um breve histórico acerca da relação entre Direito Penal, Direito Processual Penal e Política Criminal (*seção 1*), abordamos a relevância de uma visão conjunta (*seção 2*), algumas das principais propostas e críticas a essa união (*seção 3*) e, por fim, fornecemos exemplos de questões em que essa perspectiva teórica pode ser frutífera para a resolução de problemas práticos (*seção 4*).

2 Breve panorama histórico

O Direito Penal e o Processual Penal têm, desde seu nascimento, o mesmo objetivo político-criminal: fundamentar e limitar, pela razão, o poder estatal de punir. Contudo, a comunhão de objetivos não impediu que ambas as disciplinas tomassem rumos paralelos e alcançassem autonomia científica. De um ponto de vista histórico, esse processo pode ser precariamente cartografado em três períodos: o de unicidade científica entre o direito e o processo penal; a autonomização das disciplinas; e, recentemente, o esboço de uma reaproximação.

Até o final do século XVI, nas palavras de Hespanha, o Direito Penal era “o ramo mais tardio e mais pobre da dogmática do direito comum”³ e não apresentava uma clara autonomia disciplinar em relação ao Direito Processual Penal — ambos ainda tributários do Direito Privado: viam-se como “criminais”, indistintamente, todas as regras estatais relativas ao crime e à pena, independentemente de tratarem de definições e regras de atribuição de responsabilidade em abstrato ou do procedimento de persecução e julgamento em concreto.⁴ Explicações possíveis para esse estado da arte podem ser encontradas, de um lado, no baixo grau de desenvolvimento teórico do Direito penal nas fontes romanísticas e, de outro, na ausência de uma uniformidade das leis que tratavam da matéria criminal.

¹ MAIER, Julio B. J. Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. In: MAIER, Julio B. J. *Antología*. El Proceso Penal Contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 161-188, p. 163-166.

² MAIER, Julio B. J. Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (op. cit.), p. 168-169.

³ O diagnóstico é HESPANHA, António Manuel. *Como os juristas viam o mundo (1550-1750)*: Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: CreateSpace Independent Publishing Platform (Amazon), 2015, §§ 2126 e 2127.

⁴ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imoriais*: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. Almedina: São Paulo, 2012, p. 42.

O Direito Romano tratava as questões criminais externamente à ordem jurídica ordinária, relegando-as à competência de tribunais de natureza política ou à discricionariedade dos magistrados.⁵ A isso se soma o fato de que a legislação penal pré-iluminista era casuística e dispersa entre os Direitos canônico, comum, do reino e local. Isso dificultou o desenvolvimento de princípios dogmáticos a regular a matéria de modo geral e abstrato.

O Direito Penal começa a ser desenvolvido e percebido como uma disciplina independente do Direito Civil somente no período pós-clássico (séculos IV a VI).⁶ Mas é sobretudo no pensamento jurídico da Alta Idade Média, começando na Itália, que passa a prevalecer uma sistemática e um conjunto de conceitos próprios a essa disciplina. Desde o século XIV, a ciência jurídico-penal italiana inclinou-se à formação de uma parte geral do Direito Penal, ou seja, a uma emancipação sistemática em relação ao estudo dos delitos em espécie. Delinearam-se, desde então, conceitos como omissão, tentativa, formas de concurso de pessoas (autoria, instigação, auxílio e cumplicidade), imputabilidade, bem como as doutrinas do dolo e da culpa.⁷

Contudo, perdurava ainda o tratamento indistinto entre o Direito e o Processo Penal, que pode ser visto na *Constitutio Criminis Carolina* (1532)⁸ e, entre nós, nas Ordenações Filipinas (1603)⁹, em que as matérias do Direito Criminal eram apresentadas segundo uma *ordo legalia* que seguia a ordem temporal do processo: normalmente, inicia-se por questões estruturais da justiça criminal, passando-se a questões procedimentais, seguidas da regulação dos distintos delitos, e termina-se com o regime das provas e do sentenciamento.¹⁰

No âmbito doutrinário, esse discurso sem diferenciação clara ocorreu, inclusive, durante o Iluminismo. Por exemplo, Beccaria abordou temas de Direito Penal e Processual indistintamente¹¹; e até mesmo em auto-

⁵ “No próprio direito romano, as questões penais foram sempre tratadas fora da ordem judiciária ordinária, ou por tribunais especiais de natureza política (*quaestiones perpetuae*) ou por magistrados agindo como que administrativamente, segundo um trâmite processual especial, a que se chamava a extra ordinem cognitio, que se tornou no único processamento para estas questões no ano 342 da nossa Era. O facto de esta forma de cognição extraordinária conceder um extenso espaço ao arbítrio do juiz ainda atrasou mais a fixação de princípios dogmáticos nesta área. Isto explica que a dogmática penal fosse tão subsidiária da dogmática do direito privado e a teoria do *crimen* (como *delictum publicum*) tão dependente da teoria do *delictum (privatum)*. Esta pobreza das fontes romanísticas relativamente a um conceito autónomo de crime e de direito criminal explica também que o direito penal fosse uma disciplina tardia na evolução do direito comum, sendo os seus inícios datáveis do séc. XVI (principalmente com Tiberio Deciano; mas também com Giovanni Menochio, Julio Claro, Antonio Matteus, Prospero Farinaccio)”. HESPANHIA, António Manuel. *Como os juristas viam o mundo* (1550-1750) (op. cit.), §§ 2126 e 2127.

⁶ STEINBERG, Georg. *Geschichte des europäischen bis zum Reformationszeitalter*. In: HILGENDORF, Eric, et al (orgs.). *Handbuch des Strafrechts: Band 1, Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg: C. F. Müller, 2019, § 5, n.m. 9.

⁷ STEINBERG, Georg. *Geschichte des europäischen bis zum Reformationszeitalter* (op. cit.), n.m. 30.

⁸ O código é estruturado de acordo com o curso dos procedimentos: inicia com a descrição das competências e atribuições dos representantes do Estado (§§ 1-5), passando às regulamentações sobre o procedimento inquisitivo, *ex officio* (§§ 6-10), exceção legal ao procedimento acusatório (§§ 11-17). O texto então se concentra nas regras relativas aos elementos de prova mínimos necessários para a prisão e o início das investigações contra o acusado (“Anzeigung”, §§ 18-26), passando à regulação do emprego da tortura (§§ 27-32). Seguem-se regras sobre as provas exigidas para o processo de determinados delitos em espécie (§§ 33-47) - homicídio, infanticídio, roubo, furto, incêndio e feitiçaria, por exemplo. A seção seguinte regula como proceder após a confissão do acusado - *regina probationum* - em relação aos vários delitos, o tratamento das testemunhas, a reação a negações posteriores etc. (§§ 48-103). Posteriormente, as punições para os respectivos delitos são determinadas (§§ 104-129). Em seguida, dedicam-se seções especiais a dois delitos particulares, o homicídio (§§ 130-156), com uma regulamentação diferenciada da legítima defesa (§§ 139-146), e o furto (§§. 157-192), no contexto do qual são definidas regras específicas da autoria e participação (§ 177) e da tentativa (§§ 178). O diploma conclui com informações sobre a execução de sentenças (§§ 193-219). Com detalhes: STEINBERG, Georg. *Geschichte des europäischen bis zum Reformationszeitalter* (op. cit.), n.m. 35. Para consulta ao original: https://archive.org/details/bub_gb_TTs_AAAAYAAJ/page/n3/mode/2up.

⁹ Igualmente, seguindo ordem legal inspirada na sequência de atos processuais, notam-se, no Livro Primeiro, as regras relativas às competências e atribuições dos juízes e, no que diz respeito ao Direito criminal, no Livro III, a descrição de todo procedimento, desde a citação (título I) até à coisa julgada (título XCV); por fim, no Livro V, a regulação dos delitos e das penas (títulos I e seguintes), seguida do regramento da prisão (título CXIX e seguintes) e da execução das penas (título CXXXVII e seguintes).

¹⁰ A respeito desta *ordo legalia*, com mais referências e documentos históricos: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais* (op. cit.), p. 43-44.

¹¹ É o que se nota da própria estrutura expositiva de BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Editado por Renato Fabietti. Milão: Mursia, 1973 [1764], que intercala temas que hoje atribuímos distinta e autonomamente às disciplinas do Direito Penal e do Processual Penal: a mero título de exemplo, o debate sobre o fim da pena criminal (p. 31) é seguido do tema do testemunho (p. 32), todos antes da análise de determinados crimes em espécie (p. 56 e ss).

res contemporâneos a Feuerbach, como Karl Grolman, que tratava a noção de “corpo de delito” como sinônimo de “tipo” (*Thatbestand*), conceitos que são, atualmente, próprios de cada disciplina.¹² Esse tratamento unitário era também produto do debate político-criminal efervescente do período, no qual que o “problema penal” era tratado com cariz filosófico e de modo holístico, buscando-se uma reforma geral em todas as questões correlatas que hoje tenderíamos a atribuir, distintamente, ao Direito Penal ou ao Processual Penal.¹³

Esse sincretismo foi paulatinamente abandonado em pelo menos duas frentes intelectuais complementares: no plano científico, em virtude do refinamento conceitual e das necessidades metodológicas particulares de cada disciplina, e no plano legislativo, em razão do processo de codificação.

No âmbito positivo, a distinção entre as disciplinas ganha fôlego já no Código Penal de Leopoldo I da Toscana, de 1786 — a Leopoldina; e se estabelece com maior força no Código Penal de José II da Áustria, de 1787 — a Josefina¹⁴. Esse fenômeno se repete, em seguida, no Código de Instrução Criminal (1808) e no Código Penal (1810), ambos de Napoleão, no Código Penal Bávaro (1813) e, entre nós, no Código Criminal do Império (1830) e no Código do Processo Criminal de Primeira Instância (1832).

No âmbito doutrinário, o marco da autonomização da disciplina ocorre em especial com Feuerbach. Em seu *Lehrbuch*, nota-se já, claramente, a bipartição: “*La doctrina de la forma en que el Estado hace valer legalmente sus derechos emergentes de las leyes penales (proceso criminal) es, por cierto, una parte del derecho procesal, que permanece vinculada al derecho criminal en sentido estricto sólo por las necesidades que se derivan de la enseñanza académica*”.¹⁵

Nesse sentido, o Direito Penal passou a desconsiderar, em grande medida, as preocupações práticas quanto às formas de processar os infratores das leis criminais ou de executar suas penas. Essa divisão, em Feuerbach, foi tão profunda que o processo penal não é sequer representado como um dos saberes auxiliares do Direito Penal.¹⁶ Após a autonomização das disciplinas, a separação entre o Direito material e processual intensificou-se, em razão do refinamento do debate científico dentro de cada campo.

A dogmática penal, nos últimos dois séculos, tratou, grosso modo, de um mesmo grande objeto e desenvolveu terminologia técnica e esquemas argumentativos padronizados e duradouros. Em relação ao objeto, a dogmática cuidou das regras de aplicação das normas penais e da imputação de crimes, e, no seu discurso teórico, da legitimação, do fundamento e dos limites da autoridade do Estado para punir. A constância desse objeto permitiu que se desenvolvessem instrumentos conceituais e metodológicos nos moldes de uma teoria científica, ou seja, metalinguisticamente:¹⁷ termos técnicos como “tipo”, “dolo” ou “culpa”, apesar das controvérsias acerca de seus conteúdos, demarcam *topoi* argumentativos compartilhados por todos os participantes do debate. Também os padrões de argumentação, em grande medida, permaneceram constantes: prevenção *vs.* retribuição, subjetivismo *vs.* objetivismo, ontologia *vs.* normativismo, e assim por diante.¹⁸

Esse conjunto permanente de estruturas argumentativas permite aos penalistas lerem as doutrinas de Feuerbach ou de v. Liszt, na Alemanha, e de Costa e Silva ou de Hungria, no Brasil, como se estivessem em diálogo direto com tais autores, como participantes de um mesmo paradigma científico. Claramente, essa afirmação deve ser lida com prudência: como todas as áreas jurídicas, o Direito Penal esteve, naturalmente, sujeito a avanços e retrocessos. No entanto, isso não impede que se diga que a ausência de quebras revolucionárias e reformas fundamentais é um traço característico da disciplina.¹⁹

¹² QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais* (op. cit.), p. 42.

¹³ Nesse sentido: SONTAG, Ricardo. “A irresistível ascensão dos filósofos”. Teoria da legislação e o ‘problema penal’ em Jeremy Bentham. *Meritum*, v. 3, n. 1, p. 255-285, 2008, p. 256, com referência a Giovanni Tarello.

¹⁴ Para um estudo detalhado veja-se QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais* (op. cit.) p. 96-102.

¹⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007, § 4, p. 40.

¹⁶ Em detalhes: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais* (op. cit.) p. 197-198.

¹⁷ O diagnóstico é de KINDHÄUSER, Urs. Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip. In: KINDHÄUSER, Urs. *Analytische Strafrechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos, 2021, pp. 44-52, p. 44.

¹⁸ Próximo, KINDHÄUSER, Urs. Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzi (op. cit.), p. 44.

¹⁹ VORMBAUM, Thomas; BOHLANDER, Michael. *A Modern History of German Criminal Law*. 3. ed. Berlin: Springer, 2014,

O mesmo pode ser dito do Direito Processual Penal. Já em *Dei delitti e delle pene*, de Beccaria — apesar da inexistência de uma pauta especificamente processual enquanto ciência autônoma —, encontram-se princípios e diretrizes essenciais de garantia que servem como pontos de referência inescapáveis do debate processual até os dias de hoje, como as ideias de presunção de inocência, separação entre a função de acusar e de julgar, publicidade, celeridade etc.²⁰

Essas temáticas passam a constituir o objeto de uma disciplina autônoma somente a partir do século XIX. Até então, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos substantivos, estatuto incompatível com a hoje reconhecida independência do Direito Processual: a ação era confundida com o próprio direito subjetivo material em exercício e não se tinha consciência da existência uma *relação jurídica processual* que diferisse da relação jurídica material.²¹ Essa visão sincretista desvaneceu quando dos estudos sobre a natureza jurídica da ação e do processo, e com o surgimento das grandes teorias processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual separada do direito material.²²⁻²³

A Política Criminal, por outro lado, ainda luta por uma autonomia científica.²⁴ A tematização da busca pela melhor qualidade na elaboração das leis já havia sido objeto de estudo desde a Antiguidade, por autores como Platão ou por Cícero; e no Iluminismo, com muito afincio, por Montesquieu, Filangieri e Bentham, os quais estavam inseridos no processo histórico de codificação.²⁵ Esse interesse foi abandonado durante o positivismo jurídico e retomado com maior fôlego somente no período do Pós-Guerra.

Dentro do espírito do positivismo jurídico, a Política Criminal era compreendida de modo unilateral e tinha seu objeto restringido: cuidaria, exclusivamente, do interesse público na luta contra a criminalidade e teria por objeto somente o delinquente individualmente considerado;²⁶ em oposição à “política social” e ao Direito Penal e ao Processual Penal. A “política social” cuidaria das condições gerais e sociais do crime;²⁷ enquanto o Direito Penal e o Processual Penal tratariam das garantias e dos interesses individuais do delinquente frente ao poder estatal.

A ideia de que o Direito Penal e o Processual Penal não são opostos à Política Criminal, mas que devem incorporar as decisões político-criminais fundamentais, e que ela inclui não apenas finalidades de combate ao crime, mas também princípios que tutelam o cidadão em face do poder do Estado, ganha forças somente após a superação do positivismo e a consagração do Estado Constitucional de Direito²⁸, abrindo-se espaço para debates político-criminais em pelo menos dois enfoques:

p. 12 e ss. E, criticamente, GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?* In: BÄCKER, Matthias; BURCHARD, Christoph (orgs.). *Strafverfassungsrecht*. Munique: Mohr Siebeck, 2022, pp. 15-52, p. 18.

²⁰ Para o surgimento e desenvolvimento destas pautas, por todos: DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia del processo penale*. Pavia: Pavia University Press, 2013, p. 93 e ss.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 71.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo* (op. cit.), p. 71-72.

²³ Não pretendemos nos inserir no debate acerca da autonomia disciplinar do processo penal em relação ao processo civil. Para os dois lados do debate, veja-se: DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo* (op. cit.), p. 77, defendendo uma teoria geral do processo, aplicável a ambos os ramos do direito processual, civil e penal; e LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2019, item 1.6, n.p., defendendo a independência disciplinar do processo penal.

²⁴ Sobre o processo recente de autonomização da política criminal enquanto “nova disciplina”, cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004, p. 3-88.

²⁵ Para uma análise detida de cada autor relevante do período, com referências, veja-se: HILGENDORF, Eric. *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Strafrechts in der Aufklärung*. In: HILGENDORF, Eric, et al (orgs.). *Handbuch des Strafrechts: Band 1, Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg: C. F. Müller, 2019, § 6, n.m. 28-116.

²⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Senado Federal: Brasília, 2006 [1899], p. 112.

²⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Senado Federal: Brasília, 2006 [1899], p. 112.

²⁸ Por todos: ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1973, p. 10 e ss. Para uma crítica

(j) Um primeiro centrado na interpretação das leis pelo Poder Judiciário, buscando inserir, na dogmática jurídica, princípios de Política Criminal a auxiliar na aplicação da lei, culminando na criação de categorias dogmáticas destinadas a, inclusive, se oporem ao texto legal, como a função crítica ou extrassistemática do bem jurídico e o princípio da *ultima ratio*, com uma posterior e crescente aproximação da dogmática penal com o controle de constitucionalidade de leis.²⁹

(ii) Um segundo dirigido ao momento de elaboração legislativa, tendo como destinatário o legislador e marcando a retomada do projeto iluminista abandonado pelo positivismo.³⁰ Essa ideia central reaparece com objetos mais amplos e distintas abordagens e termos, como legisprudência, metódica legislativa, legística, e envolve estudos a respeito do procedimento legislativo,³¹ com crescente enfoque, em período recente, no

à proposta de Roxin de relação entre direito penal e política criminal, entendendo que ela oculta o conflito entre interesses coletivos e direitos individuais, ver: D'AVILA, Fabio Roberto. Os limites normativos da política criminal no âmbito da “ciência conjunta do direito penal” (Algumas considerações críticas ao pensamento funcional de Claus Roxin). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 3, p. 485-495, out. 2008, p. 488 e ss.

²⁹ Mais recentemente, falando em “postulados de política criminal constitucionalmente fundados” (*verfassungsrechtlich fundierte kriminalpolitische Postulate*): ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. Ed. München: C. H. Beck, 2020, p. 78, n.m. 94, e, na Itália, por todos: RECCHIA, Nicola. *Il principio di proporzionalità nel Diritto penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020, p. 24 e ss, distinguindo entre “*limiti politico-criminali*” e “*limiti costituzionali*” ao direito penal. Para o desenvolvimento do tema pode-se conferir, na Alemanha: LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996; APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998; STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998; KASPAR, Johannes. *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2014; WIECKHORST, Arno. *Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2017 e BRODOWSKI, Dominik. *Die Evolution des Strafrechts*. Nomos: Baden-Baden, 2023. Na Itália: BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato, in: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1973, v. 19, pp. 7-93; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 486 e ss.; DONINI, Massimo. L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali. *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, pp. 51-74, 2012 e o já citado estudo de Nicola Recchia. Em Portugal: COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 2, n. 2, pp. 173-205, 1992; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995; e CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do crime*. Da substancial constitucionalidade do Direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998; PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2011 e ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020. Na Espanha, veja-se: AGUADO, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi 1999 e LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidade y ley penal*. Madrid: CEPC, 2006.

³⁰ Para um histórico desse desenvolvimento, veja-se NIETO MARTÍN, Adán. Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental. In: NIETO MARTÍN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz; BECERRA MUÑOZ, J. (orgs.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Marcial Pons: Madrid, 2016, pp. 407-443, p. 410 e ss.

³¹ Na Alemanha, em especial, veja-se NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg: Rowohlt-Taschenbuch-Verlag, 1973; KARPEN, Ulrich. Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland. *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, p. 5-32, 1986; e, mais recentemente, STEINBACH, Armin. *Rationale Gesetzgebung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. Na Espanha, em especial: ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Editorial Civitas: Madrid, 1997, cujo modelo é aplicado ao direito penal por Díez Ripollés, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. Trad. Luiz Regis Prado. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016; veja-se também a proposta de PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La justificación de las leyes penales*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013. Para um panorama do debate italiano, veja-se PALAZZO, Francesco. La política legislativa y los controles de la ley en Italia. Díez Ripollés, José Luis et al. *La política legislativa penal en occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 139-177, 2005, p. 140-141. De uma perspectiva comparada, cf. OLIVER-LALANA, Ángel Daniel. Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates. OLIVER-LALANA, Ángel Daniel; MEßERSCHMIDT, Klaus. *Rational lawmaking under review: legisprudence according to the German Federal Constitutional Court*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016, p. 263. Em Portugal e no Brasil, é de grande influência a doutrina de Carlos Blanco de Moraes, como se pode notar em BARBOSA, Maria Nazaré Lins; MARINS, Camila Moraes Cajaiba Garcez; PIRES, Ieda Maria Ferreira. *Legística: estudos em homenagem ao professor Carlos Blanco de Moraes*. Almedina: Coimbra, 2020 e NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Alteridade: Curitiba, 2019, p. 187 e ss., com análise pormenorizada da produção brasileira. Veja-se também RAMOS, Marcelo Buttelli. *Política legislativa penal no Brasil: fundamentos e limites juspolíticos para a criminalização de condutas*. São Paulo: Marcial Pons (no prelo), com análise ampla dos autores mencionados.

direito constitucional³² e no impacto empírico das legislações.³³ Somem-se a essas as abordagens de outras ciências, com a Ciência Política, em especial ao tratar de métodos de avaliação de políticas públicas e de prestações de contas; e de ciências sociais, como a Economia, por meio da análise econômica do direito e, claro, a Criminologia.³⁴

Atualmente, após esse movimento histórico de afastamento decorrente da busca de uma autonomia científica, as disciplinas voltaram a se aproximar. Essa reaproximação não se deve mais à falta de clareza a respeito dos objetos de cada disciplina, como outrora. Ao inverso, é resultado da descoberta, sem perda analítica, da mútua imbricação entre os elementos do direito penal e do processo penal. É sobre as premissas dessa reconexão que se passa a expor.

3 A complementaridade entre as áreas do Sistema Jurídico-Penal

O Direito Penal estabelece normas que proíbem condutas sob ameaça de pena; a infração dessas normas por um agente culpável deve acarretar a sua punição. Porém, a verificação de que houve infração culpável da norma penal não é tarefa simples. A dogmática penal desenvolveu uma série de critérios para aferir se determinada conduta constitui um crime, os quais são desenvolvidos no âmbito da denominada teoria do crime. Assim, a verificação de que houve um crime de furto (art. 155 CP) não demanda apenas estabelecer que um sujeito subtraiu para si coisa alheia móvel, pois, apesar de alguém ter realizado uma conduta prevista em tipo criminalizador, será necessário verificar, por exemplo, que esse agente sabia que a coisa era alheia (agiu com dolo), que não estava em situação familiar inafastável de outro modo (se não atuou em estado de necessidade) e se era maior de 18 anos (se era imputável). E, ainda que haja crime, é possível que a conduta não seja sancionada em razão da presença de outras circunstâncias que afastem a punibilidade, como o fato de o agente ser filho da vítima do furto (causa pessoal de exclusão de pena — art. 181, II, CP) ou de ter se passado muito tempo desde a ocorrência do fato (prescrição).

Verificada a existência de uma infração culpável da norma penal e que, ademais, é punível, impõe-se a pena. Primeiramente, será aplicada a sanção pelo juiz, guiado pelas regras sobre sua espécie e medida, as quais são sistematizadas pela teoria da determinação da pena; posteriormente, será ela executada sob a supervisão do órgão competente, também com observância do regramento legal.

Contudo, é importante notar que a imposição da pena, como consequência jurídica do crime, não é um efeito imediato da existência, em si mesma, de uma conduta que infringe culpavelmente a norma penal. O crime é um fato histórico, o qual pode nem mesmo chegar ao conhecimento de outras pessoas — é possível, por exemplo, que a vítima que teve subtraído um relógio de pouco uso nunca perceba seu desaparecimento. O que efetivamente gera a punição é a constatação, por um órgão jurisdicional competente, mediante um processo penal válido, de que determinado sujeito infringiu uma norma penal de forma culpável e que essa conduta é punível.³⁵ O processo penal, portanto, insere-se nessa dinâmica em uma posição intermediária entre o crime, enquanto fato histórico, e a pena, como sua consequência jurídica.

Em um primeiro momento, não haverá um crime, mas tão somente uma suspeita (*notitia criminis*) e, a partir dela, desenvolver-se-á uma série de procedimentos voltados ao seu esclarecimento:³⁶ investigação

³² Vide nota 29.

³³ No Brasil, veja-se: FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017 e RAMOS, Marcelo Buttelli. *Política legislativa penal no Brasil* (op. cit.).

³⁴ Com mais referências, NIETO MARTÍN, Adán. Un triángulo necesario (op. cit.), p. 408-409.

³⁵ Semelhante, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 167.

³⁶ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal. Trad. Raguès i Vallès. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 91-128, p. 108-113; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El Sistema Integral del Derecho Penal: variaciones en torno a una idea. *Revista Electrónica de Derecho*

preliminar, oferecimento e recebimento/rejeição de denúncia, produção de provas em juízo, sentença, recursos, até o trânsito em julgado. O resultado desse processo pode ser, por um lado, a constatação de que o réu praticou crime (condenação); por outro, a de que o réu não praticou crime, de que não há provas suficientes para afirmar que o réu praticou crime ou de que o crime não é punível (absolvição). Em razão da presunção de inocência que rege o processo penal, a condenação demandará um *standard* de prova alto, o qual, não atingido, acarretará sempre a absolvição. E para que o resultado do processo seja legítimo, o processo deve ser válido, isto é, seguir o devido processo legal³⁷ — o juízo deve ser competente, o réu deve ter sido citado e estar representado por defensor, o procedimento legalmente previsto deve ser observado etc. Apenas no caso de condenação resultante de um processo válido que a pena poderá ser legitimamente aplicada e executada.

Dessa breve descrição do funcionamento do sistema jurídico-penal, resulta clara a existência de uma estreita relação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Por um lado, o Direito Penal somente se efetiva por meio do processo, uma vez que a constatação da existência de um crime e a consequente imposição da pena dependem sempre de um processo penal válido, que esclareça o fato histórico supostamente criminoso e possibilite a aplicação das teorias do delito e da determinação da pena. Sem o processo e a observância de suas regras, é impossível afastar a presunção de inocência que protege os cidadãos, constatar a existência de um crime e impor a pena prevista em lei. Em outras palavras: sem ele, o Direito Penal não alcança a realidade. Por outro lado, o Direito Processual Penal é um instrumento para a aplicação das normas materiais, pois está voltado a esclarecer, mediante um procedimento constitucionalmente legítimo, aqueles elementos por elas estabelecidos — é dizer: sem o Direito Penal, o processo carece de objeto.³⁸

A instrumentalidade do processo em relação ao Direito Penal deve ser vista não como a busca pela punição — com o que todo o processo que terminasse sem imposição de qualquer sanção seria disfuncional —, senão que pelo esclarecimento do fato histórico supostamente criminoso, independentemente do resultado que se obtenha (condenação ou absolvição), pois, qualquer que seja a conclusão, demonstra comprometimento do Estado com a averiguação de supostas infrações penais, tendo, por isso, efeito pacificador. Desde essa perspectiva, a atividade probatória assume papel central no processo penal.³⁹ Além dessa função esclarecedora — instrumental ao Direito Penal —, o processo penal cumpre uma importante função de garantia — subordinada especialmente ao Direito Constitucional —, protegendo o imputado contra abusos estatais mediante exigência de que o poder punitivo esteja subordinado a um devido processo legal.⁴⁰

Contudo, é preciso notar que o processo penal — que é regido pela presunção de inocência — acarreta em seu curso, inevitavelmente, intervenções sobre direitos fundamentais.⁴¹ O simples fato de ser criminalmente investigado ou processado é, por si só, uma intervenção sobre a honra e a autodeterminação infor-

Penal e Política Criminal, v. 5, n. 2, p. 1–13, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/78202>. Acesso em: 18 abr. 2023. p. 2-4.

³⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 35-37.

³⁸ Nesse sentido, MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, v. 1. p. 146-147; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 27-28; FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 93.

³⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El Sistema Integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 6-8. Relevante, nesse aspecto, o papel da verdade como um dos objetivos do processo penal. Cf. DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, ano 29, p. 71-132, mar. 2021.

⁴⁰ PASTOR, Daniel R. La suerte de la teoría de la pena en la imputación procesal (En tiempos de deformación de los principios básicos del enjuiciamiento). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevención y imputación*. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Proceso Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2017, p. 129-131; MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal* (op. cit.), p. 162-165.

⁴¹ Nesse sentido, GRECO, Luís. O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão. In: WOLTER, Jürgen; GRECO, Luís (Orgs.). *O inviolável e o intocável no Direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional dos poderes) diante da persecução penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 29 e ss.

macional; e essas intervenções podem ser mais intensas no caso de decretação de medidas investigativas ou cautelares, como as quebras de sigilo telefônico, bancário ou fiscal, o sequestro de bens e, em especial, a prisão processual. Ademais, atualmente, há institutos que permitem, sem sentença condenatória transitada em julgado, aplicação de medidas equivalentes a sanções penais,⁴² como é o caso, no Brasil, do acordo de não persecução penal, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Essas ingerências processuais sobre a esfera de direitos do indivíduo, que ocorrem antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória e, portanto, se chocam com a ideia de que a punição está condicionada a um devido processo legal, regido pela presunção de inocência, não podem ocorrer de forma irrestrita, demandando avaliação de sua legitimidade e estabelecimento de limites.

Além da influência recíproca entre Direito Penal e Direito Processual Penal, vale notar como a Política Criminal se insere nessa relação. Compreendida como subdivisão da Política Jurídica, a Política Criminal é o ramo responsável por discutir e determinar os objetivos sociais e os meios jurídicos utilizados pela Justiça Penal. Portanto, em um sentido amplo, pode ser entendida como a disciplina responsável por discutir e determinar a tarefa e as funções da Justiça Penal e suas diretrizes e limites, estabelecendo, com base nisso, um modelo determinado de regulação, o qual abarcará a demarcação do âmbito do penalmente relevante, a aplicação das normas penais por meio do processo penal, a prevenção da criminalidade e a superação das consequências do crime para suas vítimas.⁴³

Em uma visão clássica acerca da relação, a Política Criminal era compreendida, exclusivamente, como o interesse público na luta contra a criminalidade, opondo-se ao Direito Penal enquanto conjunto de regras e princípios que protegem o indivíduo.⁴⁴ Uma visão posterior buscou demonstrar que o Direito Penal deve incorporar as decisões político-criminais fundamentais, que incluem não apenas finalidades de combate ao crime, mas também princípios que tutelam o cidadão em face do poder do Estado.⁴⁵ A Política Criminal pode ser perspectivada de duas formas: por um lado, como a descrição do conjunto de decisões tomadas quanto ao modelo de Justiça Penal efetivamente adotado em determinado ordenamento jurídico; por outro, como a avaliação crítica do modelo adotado e a proposição de melhores alternativas para a Justiça Penal. No primeiro caso, trata-se de uma abordagem descritiva, especialmente da legislação penal e processual vigente e de seu escopo, que servirá como base para elaborações dogmáticas; no segundo, cuida-se de abordagem normativa, que poderá acarretar alterações no Direito Penal e no Direito Processual Penal.⁴⁶ Para esse último ponto de vista, caberia, ainda, fazer uma referência à Criminologia, que, se compreendida como o estudo empírico do fenômeno da criminalidade, em seus aspectos sociais, culturais, biológicos, entre outros, deverá servir como base para toda avaliação do modelo de Justiça Penal vigente e proposição de reformas.⁴⁷

Nesse contexto, o principal ponto a ser destacado é que a adoção de certas diretrizes políticas em matéria criminal afeta o Direito Penal e Processual Penal. Em um nível geral, pode-se notar que a opção por certo modelo de Direito Penal e por certa teoria da pena pode influenciar a estruturação do processo penal.⁴⁸ Assim, a escolha por um Direito Penal do fato, o qual pune comportamentos que objetivamente violam uma norma proibitiva — que veda uma conduta socialmente danosa — e não a personalidade, o modo de

⁴² DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 33-35.

⁴³ ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik*. Ein Lehrbuch. 2. ed. Heidelberg: Müller, 1980, p. 6-7.

⁴⁴ LISZT, Franz von. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. In: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. 2. Band. Berlin: Walter de Gruyter, 1970, p. 80.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (op. cit.), p. 10 e ss.

⁴⁶ Próximo, MAIER, Julio B. J. Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (op. cit.), p. 168.

⁴⁷ ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik* (op. cit.), p. 11-16.

⁴⁸ ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik* (op. cit.), p. 144; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal* (op. cit.), p. 28-29. A respeito das influências das teorias da pena sobre a admissibilidade de acordos no processo penal, cf. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal* (op. cit.), p. 286 e ss. Demonstrando certo ceticismo acerca da consideração das teorias da pena na estruturação do processo, PASTOR, Daniel R. La suerte de la teoría de la pena en la imputación procesal (op. cit.), p. 131 e ss.

vida ou meras intenções do autor, deve corresponder a um procedimento estruturado a fim de investigar o passado, para comprovar ou refutar a existência de uma infração da norma e possibilitar a decisão acerca da imputação de um fato a uma pessoa e da culpabilidade desta.⁴⁹

Por sua vez, a assunção da prevenção especial positiva como finalidade da punição deveria moldar o procedimento de forma a investigar a personalidade do réu e obter dados que possibilitem um prognóstico de seu comportamento futuro, a fim de estabelecer a sanção apropriada para o autor;⁵⁰ a adoção de uma teoria retributiva da pena impossibilitaria a valoração de comportamento processuais (confissão, colaboração premiada etc.) na determinação da pena, que são incompatíveis com a lógica de punição proporcional ao injusto culpável;⁵¹ e as funções de prevenção geral negativa e positiva poderiam favorecer uma redução dos standards probatórios em certos crimes, a fim de aumentar a probabilidade de imposição de pena e, por conseguinte, o potencial dissuasório da ameaça de punição, e de favorecer a confiança da população no sistema penal, que poderia ser afetada pela percepção de que o processo normalmente fracassa em condenar os culpados.⁵²

No que diz respeito a problemas específicos, é possível notar que uma mesma questão pode ser político-criminalmente abordada sob a perspectiva material ou processual, como bem demonstra o denominado princípio da insignificância.⁵³ Assim, as infrações penais insignificantes recebem tratamento material no Brasil (por construção jurisprudencial), sendo aplicada uma causa suprallegal de exclusão da tipicidade material em razão da irrelevância da ofensa ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal;⁵⁴ na Alemanha, ao revés, recebem tratamento processual, havendo arquivamento do processo sem imposição de qualquer condição — com base no princípio da oportunidade —, mediante requisição do Ministério Público ou decisão do tribunal, nesse último caso, a exigir consentimento do promotor e do réu (§ 153 do Código de Processo Penal alemão). E, a comprovar que é uma decisão de política criminal que altera a natureza do instituto, vale mencionar a Áustria, onde a insignificância possuía caráter penal, enquanto causa de exclusão da punibilidade regulada pelo § 42 do Código Penal austríaco, até 2008, quando esse dispositivo foi revogado e foi introduzido o § 191 no Código de Processo Penal austríaco, que adotou uma solução processual, muito semelhante ao modelo alemão.

Por fim, vale mencionar o fenômeno da “procedimentalização do Direito Penal”, que se refere à inserção no ordenamento penal de institutos que excluem o crime ou a punição mediante observância de determinado procedimento. Isso ocorre em âmbitos em que, pela importância dos interesses em conflito ou pela complexidade da área de regulação, torna-se difícil estabelecer, em abstrato, uma solução de validade geral, de modo que os legisladores a delegam para aqueles que atuam diretamente na situação dilemática, mediante observância de certas formalidades.⁵⁵ Exemplo disso é, na Alemanha, a exclusão da ilicitude do aborto com consentimento da gestante, desde que observadas o seguinte procedimento: interrupção da gravidez praticada por médico, em caso de gravidez de até doze semanas e com requerimento da gestante, mediante apresentação de certificado de consulta a um Órgão de Assessoramento sobre Conflitos Gestacionais (*Sch-*

⁴⁹ MAIER, Julio B. J. Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (op. cit.), p. 164-165; semelhante, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, p. 483-484.

⁵⁰ MARAFIOTI, Luca. Proceso penal preventivo desde la perspectiva italiana. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevención y imputación* (op. cit.), p. 146 e ss.; próximo, MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal* (op. cit.), p. 149.

⁵¹ DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal* (op. cit.), p. 291-297.

⁵² MALARINO, Ezequiel. Sobre el descuido de la prevención el la distribución del error en el juicio penal. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevención y imputación* (op. cit.), p. 251-253.

⁵³ Acerca das soluções materiais e processuais para a infrações penais insignificantes, ver ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik* (op. cit.), p. 119 e ss.

⁵⁴ Sobre o tratamento dado ao princípio da insignificância no Brasil, cf. DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: *Revista de Estudos Criminais*. n. 57, p. 205-243, abr./jun. 2015, p. 222-229.

⁵⁵ SCHWEIGER, Theresa F. *Prozedurales Strafrecht: Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 207-208.

wangerschaftskonfliktberatungsstelle) ao menos três dias antes da intervenção médica (§ 218a Abs. 1 do Código Penal alemão).⁵⁶

4 Propostas de união e críticas

Para além da descrição da existência de relações entre o Direito Penal e o Processual Penal, alguns autores projetaram modelos de efetiva integração teórica entre essas duas áreas. Essas propostas pressupõem, ainda que por vezes sem indicação expressa, determinadas ideias acerca do modelo de Justiça Penal mais adequado — portanto, uma certa concepção político-criminal. Destacaremos, a título de ilustração, três projetos com fundamentos distintos.

Ferrajoli, ao desenvolver seu modelo garantista de Direito Penal, adota uma visão conjunta do Direito material e do processual.⁵⁷ Embora não apresente explicações pormenorizadas acerca dessa união, o autor parte da ideia de que as garantias, tanto penais quanto processuais penais, decorrem de uma mesma ideia reitora que confere unidade ao sistema. Baseadas na tradição iluminista e liberal, configuram, em seu conjunto, um “esquema epistemológico” de identificação da infração penal que pretende conferir o máximo grau de racionalidade e confiabilidade ao juízo e, assim, reduzir a arbitrariedade no exercício do poder punitivo e na tutela dos direitos individuais. Essa ideia estaria composta de dois elementos, os quais correspondem a certo conjunto de garantias: por um lado, a definição legislativa do crime, segundo o princípio da estrita legalidade (convencionalismo penal), equivale a determinados princípios penais; por outro, a comprovação jurisdicional do crime, segundo o princípio da estrita jurisdicionalidade (cognitivismo processual), coincide com determinados princípios processuais.⁵⁸

A estrita legalidade⁵⁹ se refere à necessidade de definição formal do crime, que deve ser feita por lei, excluindo a punição de condutas imorais, socialmente lesivas ou naturalmente anormais com base em uma avaliação de cada situação concreta; e de definição empírica do crime, que deve se basear em características empíricas e objetivas do comportamento, e não relativas ao autor. A estrita jurisdicionalidade, por sua vez, diz respeito à imposição de que as hipóteses acusatórias tenham caráter assertivo e que seja apresentada prova empírica, de modo que seja possível a verificação ou refutação, vedando-se um juízo amplamente valorativo do julgador, que seria inevitavelmente discricionário. Apesar de a estrita legalidade e a estrita jurisdicionalidade constituírem um modelo ideal (utópico), irrealizável de modo integral em razão de diversas aporias, pode servir como parâmetro e fundamento de racionalidade de um sistema penal garantista que objetive restringir o arbítrio no exercício do poder punitivo.⁶⁰

Nessa linha, a unidade entre Direito material e processual no garantismo de Ferrajoli é demonstrada, ainda, pela lista dos dez axiomas principais que o compõem, os quais mesclam princípios penais e processuais: não há pena sem crime, sem lei, sem necessidade, sem ofensa, sem exterioridade (da conduta), sem culpabilidade, sem jurisdição, sem acusação (distinta do órgão jurisdicional), sem prova e sem defesa (ou contraditório).⁶¹ As garantias ligadas à existência de crime, lei, necessidade, ofensividade, exterioridade da

⁵⁶ SCHWEIGER, Theresa F. *Prozedurales Strafrecht: Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 29 e ss., com outros exemplos na sequência.

⁵⁷ Já na introdução de *Direito e Razão*, o autor faz constar a necessidade de tratar conjuntamente, em um plano teórico, os problemas penais e processuais. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 25.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 33-38.

⁵⁹ Ferrajoli diferencia a “mera” legalidade da “estrita” legalidade, referindo-se a primeira à simples exigência de lei para a criminalização de condutas, sem qualquer parâmetro limitador das condutas que podem ser criminalizadas, e a segunda, à exigência de definição do crime por lei somada a critérios materiais relativos à conduta (p. ex., ofensividade, exterioridade, culpabilidade etc.). Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 94-97, 378-381.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 34-40.

⁶¹ Os dez axiomas fundamentais do garantismo, dos quais derivam outros trinta e cinco, são: A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine iniuria; A5 Nulla iniuria sine actione; A6

conduta e culpabilidade são penais, ao passo que as exigências de jurisdição, separação entre acusador e julgador, prova e defesa são processuais. Cada uma dessas garantias é entendida como uma condição necessária — mas não suficiente — para a atribuição de pena no modelo de Direito Penal garantista. Assim, tendo em vista que a responsabilidade penal é definida pelo autor como “o conjunto de condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida a uma pena”, tanto as garantias penais quanto as processuais são condições para a responsabilidade penal.⁶² Nesse sentido, afirma que há uma relação de mútua implicação — lógica, teórica e teleológica — entre elas.⁶³

Por fim, o jurista italiano assevera que a opção pelo modelo garantista, em contraste com modelos autoritários ou irracionais, é uma “opção ético-política” em favor dos valores por ele tutelados,⁶⁴ o que traz à tona a dimensão da Política Criminal.

Freund propõe uma união entre as teorias do crime, da determinação da pena e do processo penal, por entender que esses ramos possuem uma finalidade em comum e que, por isso, devem ser vistos como partes de um sistema integral. Esse fim que os conecta seria prevenção geral positiva, de modo que todo o sistema jurídico-penal estaria voltado à proteção preventiva de bens jurídicos, a qual, no âmbito da verificação da prática de um crime e da aplicação da respectiva pena, manifestar-se-ia como a necessidade de reestabilização da norma de conduta violada por meio da infração.⁶⁵ Com isso, o autor adota claramente uma posição político-criminal em prol do pensamento consequencialista e da teoria da prevenção geral positiva, defendendo que “somente a pena necessária é uma pena justa”.⁶⁶

De acordo com Freund, a declaração de culpabilidade no processo serviria para caracterizar o conteúdo do comportamento infrator da norma de conduta, reforçando a ideia de que ninguém deve agir desse modo. A determinação judicial da pena, por sua vez, teria a função de quantificar a importância da infração dentro dos marcos abstratamente previstos, estabelecendo uma sanção adequada ao fato concreto. As possibilidades de reação à infração, por vezes, seriam ampliadas por institutos materiais como o perdão judicial e a suspensão condicional da pena.⁶⁷

Como o Direito Penal material não se efetiva sem um processo, as teorias do crime e da determinação da pena não poderiam ser construídas sem a consideração das dificuldades de sua aplicação prática.⁶⁸ Por outro lado, destaca Freund que, no início, não há um fato punível, mas apenas uma suspeita, e o processo será desencadeado e se desenvolverá com base nisso. Assim, também o tratamento conferido pelo sistema jurídico-penal a essa suspeita deverá ter por base a necessidade de pena para fim de reestabilização da norma (supostamente infringida). Desse modo, a importância do crime sob suspeita deve ser considerada como parâmetro para decisões no processo. Por exemplo, o início de uma investigação criminal pode utilizar *standards* probatórios distintos quando o crime em questão fosse um homicídio ou um furto; certos crimes insignificantes não justificariam o custo do processo, que deveria ser arquivado; e a escolha pelos fatos a serem processados — já que é impossível perseguir todos os crimes — deveria ter por base a gravidade do crime e a probabilidade de êxito nas investigações.⁶⁹

Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nullum iudicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione. A formulação utilizada no corpo do texto sintetiza esses axiomas em uma única proposição, que corresponde à tese 56 de Ferrajoli: *Nulla poena sine crimine, sine lege, sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 91-94.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 538.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 92.

⁶⁵ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 97-98.

⁶⁶ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 91-93, 126-128.

⁶⁷ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 98-101.

⁶⁸ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 106-107.

⁶⁹ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 108-113.

Também a utilização da prisão preventiva deveria ter como um de seus parâmetros legitimadores a gravidade do crime e a necessidade preventiva de uma reação institucionalizada já ao longo do processo, atuando como uma espécie de punição provisória em casos em que há elementos suficientes de convicção de que o réu praticou a infração.⁷⁰ E, ademais, institutos processuais poderiam ser integrados harmonicamente ao sistema se entendidos como formas de responder adequadamente a uma suposta infração, afastando a necessidade de pena e, portanto, o próprio injusto penal. Seria o caso de institutos como a suspensão condicional do processo, que — com o consentimento do imputado — estabelecem certas condições restritivas de direitos antes da decisão de mérito, tornando desnecessária a continuidade do processo.⁷¹

Wolter, por sua vez, busca construir um sistema que una teoria do crime, teoria de determinação da pena e processo penal com base em três eixos valorativos, os quais abarcariam as causas de exclusão do crime, de impedimento ou suspensão da persecução e de exclusão ou redução da pena. Propõe, para isso, um sistema dividido em três níveis: merecimento de pena do injusto culpável, que se refere às categorias do injusto e da culpabilidade enquanto desaprovação fundamental de uma conduta por lei; necessidade de pena do injusto culpável, que representa a categoria da responsabilidade, incluindo causas de exclusão do crime fundadas em razões preventivas que diminuem o desvalor do injusto e da culpabilidade; e a punibilidade do injusto culpável, que leva em conta considerações extrapenais e finalidades jurídico-constitucionais que não afetam o injusto e a culpabilidade.⁷²

Cada um desses três eixos do sistema representa valorações que, segundo o autor, afetam o crime, a aplicação da pena e o processo penal. No primeiro nível (merecimento de pena), constariam tanto causas de exclusão do crime quanto de afastamento da punição ou arquivamento do processo. Como exemplo — baseado no ordenamento jurídico alemão —, cita a posse de maconha, que abaixo de seis gramas acarretaria exclusão da tipicidade pela adequação social da conduta; acima disso, apesar de haver crime, poderia haver renúncia à pena ou arquivamento do processo por insignificância.⁷³ Da mesma forma, no segundo nível (necessidade de pena), entrariam causas de exclusão da necessidade preventiva de punição em razão de comportamentos concomitantes ou posteriores à realização do injusto culpável. Para ilustrar a extensão dessa valoração para diversos níveis do sistema, cita a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer acusação em casos em que presentes os requisitos sob os quais o tribunal poderia renunciar à pena.⁷⁴ Um mesmo fundamento, portanto, pode incidir na determinação da pena, afastando-a, ou no arquivamento do processo com base no princípio da oportunidade.⁷⁵ E o mesmo valeria para o terceiro nível (punibilidade), como no caso da prisão preventiva de duração próxima à da pena que pode ser aplicada em caso de condenação, que poderia acarretar arquivamento do processo ou renúncia à pena.⁷⁶

Todas as propostas buscam, com base em distintos parâmetros valorativos, compreender a totalidade do sistema do crime sob certos eixos comuns que perpassam crime, pena e processo penal, abandonando uma visão isolada desses fenômenos. No entanto, elas também são alvos de críticas.

⁷⁰ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 122-126.

⁷¹ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 116-119.

⁷² WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 31-89, p. 34-38.

⁷³ WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (op. cit.), p. 49-50.

⁷⁴ WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (op. cit.), p. 54-60.

⁷⁵ WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (op. cit.), p. 37-38.

⁷⁶ WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (op. cit.), p. 60-63.

A proposta de Freund, por exemplo, é criticada por colocar a prevenção geral positiva como núcleo unificador do sistema jurídico-penal, o que conduziria a uma sobrevalorização da racionalidade instrumental⁷⁷ e a violações de princípios tradicionais do Direito Penal e Processual Penal voltados à proteção dos imputados. Afirma-se, a título de ilustração, que sua teoria legitima a punição antecipada — antes do trânsito em julgado da condenação — por meio da prisão preventiva, a qual estaria justificada pela gravidade do crime supostamente cometido, em ofensa à presunção de inocência e ao princípio da culpabilidade.⁷⁸ A sistematização de Wolter, por sua vez, substituiria as tradicionais categorias do crime (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade) por novos conceitos, os quais demandariam um maior desenvolvimento teórico a fim de darem conta de todas as questões historicamente abordadas pelas teorias do crime e da aplicação da pena. Ademais, partiria de uma perspectiva negativa — explicando causas de exclusão e redução —, sem estabelecer, adequadamente, os fundamentos positivos de cada nível do sistema.⁷⁹

Não se pretende, neste artigo, avaliar profundamente os pontos fortes e as deficiências de tais propostas, tampouco elaborar uma concepção própria. Basta, contudo, perceber que representam tentativas de levar a cabo uma abordagem conjunta do sistema jurídico-penal, e nisso consiste seu principal mérito — independentemente de eventuais problemas que possam apresentar.

5 Exemplos

A fim de ilustrar como uma abordagem conjunta pode ser útil para compreender e enfrentar problemas jurídico-penais, lançaremos mão de dois exemplos: a justiça penal negociada e a prova dos conceitos dogmáticos.

1. A expansão dos acordos entre acusação e defesa que afetam a resolução do processo e as consequências jurídicas em matéria criminal (acordo de não persecução penal, transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada),⁸⁰ além de gerar conflitos com princípios processuais — devido processo legal, presunção de inocência, contraditório, legalidade processual etc. —, acarreta uma flexibilização das bases do Direito Penal e de construções oriundas da dogmática penal.⁸¹

Por um lado, a justiça negociada acarreta uma redução da importância da teoria do crime para a solução de casos penais.⁸² A teoria do crime é um método de aplicação de normas a fatos que tem por base a busca histórica por uma aplicação justa e uniforme da legislação penal. Para sua utilização, porém, faz-se necessário que sejam produzidas provas acerca das circunstâncias relevantes do fato e de seu autor. Essa lógica é afetada de duas formas. Primeiro, porque a incorporação de acordos traduz uma opção político-criminal por favorecer a eficiência processual em detrimento da resolução materialmente correta e juridicamente segura

⁷⁷ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 193-280, p. 278-280.

⁷⁸ DÍAZ CANTON, Fernando. Vicisitudes de la cuestión de la autonomía o dependencia entre el derecho penal y el derecho procesal penal. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 7, n. p., 2005; VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre Direito Penal e Direito Processual Penal. In: MOREIRA, Romulo Andrade (org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: JusPodvim, 2008, p. 471-473.

⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007, p. 263-265.

⁸⁰ O fenômeno da expansão da justiça penal negociada e seus efeitos são bem explicados por VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 150 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011, p. 74 e ss.

⁸¹ DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal* (op. cit.), p. 29-30.

⁸² Nesse sentido, DONINI, Massimo. Escenarios del derecho penal en Europa a principio del siglo XXI. Trad. Carmen Portaceli. In: MIR PUIG, Santiago; MIRENTXU CORCOY, Bidasolo (dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 50: negociação como um dos elementos de uma “flexibilização da dogmática”; HERRERA GUERRERO, Mercedes. *La negociación en el nuevo proceso penal: un análisis comparado*. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 230-1.

do caso em conformidade com as normas penais. Nos acordos, a estrita aplicação da lei penal pelos tribunais cede em favor de uma solução que é, em maior ou menor nível,⁸³ negociada pelas partes — e, portanto, não corresponde a um parâmetro fixo de valoração prévia e objetivamente estabelecido.⁸⁴ Segundo, porque um dos focos dos acordos é afastar uma profunda, controvertida e demorada produção probatória pelas partes, substituindo-a por uma resposta célere e consensual. Com isso, reduz-se a base fática sobre a qual a teoria do crime deverá incidir, dificultando a análise dos pressupostos do crime e da espécie delitiva. Por exemplo, será mais difícil, quando as circunstâncias fáticas estiverem menos esclarecidas, verificar se houve causalidade entre a ação e o resultado em uma lesão corporal e diferenciar um furto de um roubo — isto é, determinar se houve ou não violência ou grave ameaça na subtração. Ainda que a licitude dos acordos dependa, no direito brasileiro, do controle dos tribunais acerca da correta imputação dos crimes (vedação de *charge bargaining*), essa verificação fica inevitavelmente prejudicada pela natural redução do suporte probatório acarretada pelos institutos negociais.⁸⁵

Por outro lado, também a aplicação judicial da pena é afetada pela justiça negociada. Nela, decisão sobre a consequência jurídica de uma conduta penalmente relevante deixa de ter como principal parâmetro a punição proporcional à gravidade do fato e ao grau de culpabilidade do autor e passa a ser fortemente influenciada por um comportamento pós-delitivo do infrator (a escolha por fazer ou não um acordo) e pelo conteúdo do pacto entre acusação e defesa.⁸⁶ Pense-se, por exemplo, na possibilidade de perdão judicial decorrente da realização de uma colaboração premiada, que exclui a própria punição do crime.⁸⁷ Porém, mesmo em casos menos extremos, há uma modificação da qualidade e da quantidade da sanção, como quando se negocia, em um acordo de não persecução penal, o cumprimento de prestação pecuniária em um valor estabelecido pelas partes. Portanto, a sanção penal passa a ser orientada por novos fatores, estranhos à lógica clássica da punição, que estão ligados a comportamentos processuais, negociações e efeitos positivos para a Administração da Justiça.

2. A relação entre o direito e o processo penal, no que diz respeito ao dolo, abriga diversas discussões, cujos efeitos não são negligenciáveis e que demonstram a necessidade de abordagem conjunta entre o conceito de dolo e seus meios de prova.

A conclusão mais evidente a respeito da relação entre o conceito de dolo e a sua prova é que o primeiro determina o objeto da segunda. Se o dolo é compreendido como vontade e representação (adotadas as teorias do consentimento, do levar a sério o perigo, ou da indiferença, por exemplo⁸⁸), no processo, deverá restar comprovado que o agente agiu com o referido elemento volitivo, somado à correspondente representação. Por outro lado, caso se adote um conceito meramente cognitivo (teorias da possibilidade, da probabilidade ou do risco, por exemplo⁸⁹), a prova da vontade se torna desnecessária, devendo-se provar,

⁸³ As possibilidades e a amplitude da negociação variam muito de acordo com a cultura jurídica, a legislação nacional e a espécie de acordo. Para uma comparação entre os acordos sobre a sentença nos Estados Unidos, na Alemanha, na Itália e na Espanha, ver DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal* (op. cit.), p. 70 e ss.

⁸⁴ Próximo, SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. Trad. José Milton Peralta. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, jan. 2008, p. 8-9; SCHÜNEMANN, Bernd. *Vom Tempel zum Marktplatz*. Wie die Straffjustiz scheinbar die ökonomische Theorie des Rechts in Praxis, government in governance und Souveränität in Kooperation verwandelt hat. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 2013, p. 25.

⁸⁵ Semelhante, LOBO DA COSTA, Helena Regina. Ampliação dos acordos processuais penais, execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e o ocaso da dogmática penal como ciência prática. In: MALAN, Diogo et al. (org.). *Processo penal humanista*: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 104 e ss.

⁸⁶ DONINI, Massimo. Escenarios del derecho penal en Europa a principio del siglo XXI (op. cit.), p. 48-9; SANCINETTI, Marcelo A. Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio”, Buenos Aires, 2016, p. 9-10.

⁸⁷ Acerca dos problemas à aplicação judicial da pena ocasionados pela colaboração premiada, ver: DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei n.º 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, ano 27, p. 293-337, maio 2019, p. 307 e ss.

⁸⁸ Para uma análise detalhada das teorias volitivas, veja-se: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 85 e ss.; e MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 91 e ss.

⁸⁹ Para as teorias cognitivas: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo* (op. cit.), p. 195 e ss. e MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal* (op. cit.), p. 121 e ss.

em regra, somente o conhecimento do agente. Em termos técnicos: o conceito de dolo tem primazia e determina quais elementos fáticos poderão compor seu catálogo de indicadores.⁹⁰ Essa conclusão, contudo, é insuficiente frente a uma série de questões relevantes a respeito da complexa relação entre direito e processo relativas ao conceito de dolo.

A primeira dessas questões diz respeito à natureza do conceito legal de dolo. Há dificuldades envolvidas em nível conceitual ao se tentar traçar uma linha divisória entre o conceito material e a sua prova. Isso porque não existe uma diferença ontológica entre eles, mas semântica, fazendo essa diferenciação conceitual depender do referencial teórico adotado. Se considerarmos, de acordo com a visão tradicional, que os elementos conceituais do dolo (representação e vontade) são entidades empíricas, fatos psicológicos internos passíveis de serem provados — ainda que indiretamente por meio de indicadores —, a divisão entre conceito e prova é facilmente aceitável.

Entretanto, se entendermos, em concordância com uma série de autores contemporâneos em grande parte influenciados principalmente por Wittgenstein e Ryle, que vontade e representação não são estados mentais, mas qualidades de uma ação; ou, se compreendermos que, embora tais estados existam, eles são inacessíveis, chegaremos a outra conclusão.⁹¹ O tratamento dessa questão não é unívoco: por exemplo, alguns autores entendem os elementos conceituais do dolo como *conceitos disposicionais*;⁹² outros como elementos de um *conceito tipológico*⁹³, enquanto alguns buscam pela relevância do sentido social do comportamento⁹⁴ ou o “significado do dolo”.⁹⁵ O efeito dessas posições, contudo, é aproximado: estados mentais (por não existirem ou por serem totalmente inacessíveis) não podem ser “provados”, mas apenas “atribuídos/imputados”,⁹⁶ e as inferências a partir do comportamento observável a respeito do estado mental não seriam mais consideradas como pertencentes ao direito probatório, mas ao próprio conceito material de dolo.⁹⁷

Essa distinção produz diversos efeitos concretos. No curso de uma ação penal, temas de prova e de direito material atraem efeitos distintos no que se refere à competência jurídica e à extensão do direito ao recur-

⁹⁰ Nesse sentido: MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal* (op. cit.), p. 429 e ss. Observa o autor, ainda, que o conceito de dolo determinará se o catálogo será aberto ou fechado, a depender da teoria do dolo adotada (p. 437 e ss.).

⁹¹ Veja-se, com mais detalhes e referências: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. O status ontológico dos estados mentais, neste volume. Próximo: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Filosofia de la mente y prueba de los estados mentales: una defensa de los criterios de “sentido común”. *Quaestio facti*, n. 3, pp. 49-80, 2022.

⁹² Isto é, como sentenças condicionais hipotéticas que não denotam fatos internos, mas uma disposição ou um julgamento puramente atributivo, de modo que a definição conceitual e as regras de prova coincidem: MYLONOPOULOS, Christos. Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo: Eine strafrechtlich-rechtstheoretische Untersuchung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 99, n. 4, p. 685-722, 1989, p. 715 e ss e HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Trad. de María del Mar Díaz Pita. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 43, n. 1, p. 909-932, 1990, p. 925-926.

⁹³ SCHÜNEMANN, Bernd. De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo. Trad. de Mariana Sacher. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 417-435.

⁹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 205-273, e 323 e ss.

⁹⁵ No Brasil, veja-se CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e Linguagem*: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020 e a coletânea BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. 3ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

⁹⁶ Na já bem conhecida frase de Hruschka: “el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa”, HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.). *Imputación y derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2009, pp. 181-197, p. 195.

⁹⁷ De qualquer modo, como observado por STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarlehre für eine überationale Vorsatzdogmatik*. Berlin: De Gruyter, 2007, p. 386-389 (e no artigo publicado neste volume), importa advertir que essas questões até o presente momento têm dificuldade de alcançarem autonomia prática, pois qualquer subsunção legal sempre precisará de algum tipo de suporte fático que esteja de acordo com as regras gerais de experiência, o qual estará sujeito às regras probatórias independentemente de seu estatuto teórico. Para o dolo, esse suporte fático necessário sempre consistirá em relatos do próprio agente, em perspectiva de primeira pessoa; e comportamentos e circunstâncias externas observados e relacionáveis ao contexto da ação, em perspectiva de terceira pessoa. Nesse sentido, o debate sobre se consideramos os elementos do conceito de dolo como fatos internos, conceitos disposicionais ou meras atribuições, é pouco relevante, porque, em última análise, eles sempre serão o resultado da análise probatória desses dois tipos de dados. Também nesse sentido: CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada: uma análise dos precedentes dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais (2012-2019). *Revista de Estudos Criminais*, v. 20, n. 80, p. 91-138, 2021, p. 98, nota. 17.

so, bem como à possibilidade de aplicação do *in dubio pro reo*. De acordo com a visão tradicional, enquanto questões de direito — relativas ao conceito de dolo e sua correta interpretação — podem ser debatidas e reexaminadas em todas as instâncias recursais, as questões relativas à determinação fática — concernentes à sua prova — somente podem ser debatidas e reexaminadas em âmbito de primeiro e segundo grau, dado que os tribunais superiores, nas funções de julgar recursos, são incompetentes em relação a tais questões, sendo vedado o reexame de provas.⁹⁸ Além disso, às questões fático-probatórias, quando incerta sua determinação, é aplicável o *in dubio pro reo*, devendo ser o acusado absolvido. Já as questões de direito não sofrem o mesmo efeito, dado que o julgador, uma vez determinados os fatos, não pode deixar de declarar o direito adequado ao caso concreto (proibição de *non liquet*).⁹⁹

A segunda questão diz respeito às *dificuldades de prova dos estados mentais* e à maneira como isso influencia, em retroalimentação, o correto perfilamento de seu conceito material. Superada ou contornada a discussão sobre o estatuto ontológico dos estados mentais em âmbito conceitual, em nível prático-jurídico, em que, em grande medida, se adota uma espécie de realismo ingênuo a respeito daqueles¹⁰⁰, levanta-se o problema de os estados mentais não poderem ser reconstituídos de modo confiável em processos judiciais. Isso porque a base fática necessária para tanto sempre consistirá em apenas dois tipos de dados: confissões ou relatos do próprio agente, em perspectiva de primeira pessoa; e comportamentos e circunstâncias externas observados relacionáveis ao contexto da ação, em perspectiva de terceira pessoa. Os primeiros são pouco confiáveis porque há o interesse do acusado em tais declarações, que pode distorcer seu conteúdo; porque, mesmo que a declaração seja honesta, não é evidente que as pessoas sejam capazes de ter percepções acuradas de suas próprias representações e volições e expressá-las de modo intersubjetivamente compreensível; e porque, com o passar do tempo, a autorreflexão perde acurácia, dada a existência de alterações e ajustes de informações existentes no processo de resgate da memória (falsas memórias), entre outras razões. Além disso, no processo penal, os acusados não são obrigados a fornecer tais informações (*nemo tenetur se detegere*).¹⁰¹ Portanto, a rigor, sempre será possível ao agente negar ter agido com o estado mental correspondente ao dolo. Por isso, critérios externos e indícios probatórios em perspectiva de terceira pessoa são necessários. Ocorre que tais elementos externos igualmente encontram dificuldades epistemológicas e normativas, e até o momento inexistente consenso sobre quando será possível, com a confiabilidade necessária, concluir acerca de processos psíquicos com base em circunstâncias externas comprovadas.¹⁰²

As mencionadas dificuldades probatórias impactam o conceito de dolo, pois os conceitos de direito material somente podem ser compreendidos em totalidade quando inseridos em suas respectivas práticas processuais, o que decorre da exigência de racionalidade do discurso jurídico: qualquer conceito material deve levar em consideração, já em sua formulação, suas condições de aplicação.¹⁰³ Caso contrário, haverá o risco de que os conceitos materiais não sejam compatíveis com as práticas do direito probatório, o que poderá levar à ineficácia da norma penal ou a soluções probatórias emergenciais e distorções pelos tribunais que podem se distanciar da finalidade original da norma.¹⁰⁴

Nesse sentido, verifica-se que o conceito material de dolo não detém uma primazia lógica *absoluta* em relação a sua prova. Antes, reconhece-se a existência de um *círculo hermenêutico* que faz com que o conceito

⁹⁸ Cf. Súmula n.º 7 do STJ, e Súmula n.º 279 do STF.

⁹⁹ Nesse sentido, STUCKENBERG, Carl-Friedrich. O status ontológico dos estados mentais, neste volume. Também: CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada (op. cit.), p. 97-98.

¹⁰⁰ Sobre os limites da adoção de um realismo ingênuo no processo penal, com mais referências, veja-se DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, ano 29, p. 71-132, mar. 2021, p. 86-87.

¹⁰¹ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht* (op. cit.), p. 388.

¹⁰² HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie „bedingter Vorsatz“. *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, p. 440-449, 2019, p. 442.

¹⁰³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 192 e ss. e STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht* (op. cit.), p. 401 e ss.

¹⁰⁴ Mais detalhes em STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht* (op. cit.), p. 401 e ss.

não possa ser definido sem ajuda dos seus critérios de prova, mas, igualmente, que a escolha dos critérios de prova depende do conceito prévio a ser provado.¹⁰⁵ Isso significa que, da perspectiva da aplicação da lei, a fronteira entre o conceito substantivo de dolo as suas regras probatórias é fluida¹⁰⁶, de modo que a prova (provas circunstanciais, indícios probatórios) e os elementos de interpretação (critérios conceituais) podem ser parcialmente intercambiáveis, sem que isso reflita em qualquer diferença no resultado final. Contudo, em casos-limite, será preciso decidir quais critérios são indícios probatórios dispensáveis, dentro do catálogo existente, e quais são indispensáveis, por serem elementos demandados, necessariamente, pelo conceito.¹⁰⁷ Isso não significa, todavia, que um conceito de dolo deva ser considerado melhor que outro simplesmente por ser mais facilmente provável em uma ação penal. A eleição de conceitos deve primar, antes, pelo de maior legitimidade. A exigência de aplicabilidade e possibilidade probatória somente traça um parâmetro negativo mínimo: aquele conceito que é inaplicável dentro de uma disciplina eminentemente prática como o direito penal deve ser rechaçado.¹⁰⁸

Em ambas as situações, é possível visualizar como institutos processuais afetam a dogmática do Direito Penal e a estrita aplicação da lei penal. Isso, sem dúvida, produz problemas de difícil solução. Tais problemas podem ser vistos, por um lado, como demonstrações do enfraquecimento ou da pouca utilidade da dogmática penal; por outro, como o indicativo de um caminho a um novo desenvolvimento, com base em uma releitura dos papéis clássicos da teoria do crime e da determinação da pena, com inserção de novos elementos, que antes careciam de relevância.

Referências

- AGUADO, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020.
- APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Editorial Civitas: Madrid, 1997.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BARBOSA, Maria Nazaré Lins; MARINS, Camila Morais Cajaíba Garcez; PIRES, Ieda Maria Ferreira. *Legística: estudos em homenagem ao professor Carlos Blanco de Moraes*. Almedina: Coimbra, 2020.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Editado por Renato Fabietti. Milão: Mursia, 1973 [1764].
- BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato, in: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1973, v. 19, pp. 7-93.
- BRODOWSKI, Dominik. *Die Evolution des Strafrechts*. Nomos: Baden-Baden, 2023.
- BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. 3ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

¹⁰⁵ Nesse sentido, PUPPE, Ingeborg. Der dolus eventualis und sein Beweis, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 14, n. 7-8, p. 409-4011, 2019, p. 411: “Denn es ist zwar richtig, dass die Auswahl der Indikatoren den Sinn des indizierten Begriffs mitbestimmt, aber der Sinn dieses Begriffs bestimmt und legitimiert auch die Auswahl der Indikatoren. Wenn man will, kann man das einen hermeneutischen Zirkel nennen”.

¹⁰⁶ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht* (op. cit.), p. 401 e ss.

¹⁰⁷ PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 388.

¹⁰⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal* (op. cit.), p. 199.

- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e Linguagem: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada: uma análise dos precedentes dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais (2012-2019). *Revista de Estudos Criminais*, v. 20, n. 80, p. 91-138, 2021.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 2, n. 2, pp. 173-205, 1992.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do crime*. Da substancial constitucionalidade do Direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974
- FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal. Trad. Ragués i Vallés. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 91-128.
- FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 193-280.
- GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Demokratische Sonderstellung des Strafrechts? In: BÄCKER, Matthias; BURCHARD, Christoph (orgs.). *Strafverfassungsrecht*. Munique: Mohr Siebeck, 2022, pp. 15-52.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defensa de los criterios de “sentido común”. *Quaestio facti*, n. 3, pp. 49-80, 2022.
- GRECO, Luís. O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão. In: WOLTER, Jürgen; GRECO, Luís (Orgs.). *O inviolável e o intocável no Direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional dos poderes) diante da persecução penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Trad. de María del Mar Díaz Pita. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 43, n. 1, p. 909-932, 1990.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes. *La negociación en el nuevo proceso penal: un análisis comparado*. Lima: Palestra Editores, 2014.
- HESPANHA, António Manuel. *Como os juristas viam o mundo (1550-1750): Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa: CreateSpace Independent Publishing Platform (Amazon), 2015.
- HILGENDORF, Eric. Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Strafrechts in der Aufklärung. In: HILGENDORF, Eric, et al (orgs.). *Handbuch des Strafrechts: Band 1, Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg: C. F. Müller, 2019, § 6.
- HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie „bedingter Vorsatz“. *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, p. 440-449, 2019.

- HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. (coord.), *Imputación y derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2009, pp. 181-197.
- KARPEN, Ulrich. Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland. *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, p. 5-32, 1986;
- KASPAR, Johannes. *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KINDHÄUSER, Urs. Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip. In: KINDHÄUSER, Urs. *Analytische Strafrechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos, 2021, pp. 44-52.
- LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Senado Federal: Brasília, 2006 [1899].
- LISZT, Franz von. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. In: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. 2. Band. Berlin: Walter de Gruyter, 1970.
- LOBO DA COSTA, Helena Regina. Ampliação dos acordos processuais penais, execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e o ocaso da dogmática penal como ciência prática. In: MALAN, Diogo et al. (org.). *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Princípio de proporcionalidade y ley penal*. Madrid: CEPC, 2006.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2019.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, v. 1.
- MAIER, Julio B. J. Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. In: MAIER, Julio B. J. *Antología*. El Proceso Penal Contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 161-188.
- MALARINO, Ezequiel. Sobre el descuido de la prevención el la distribución del error en el juicio penal. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevención y imputación*. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Proceso Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2017, p. 251-253.
- MARAFIOTI, Luca. Proceso penal preventivo desde la perspectiva italiana. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevención y imputación*. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Proceso Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- MYLONOPOULOS, Christos. Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo: Eine strafrechtlich-rechtstheoretische Untersuchung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 99, n. 4, p. 685-722, 1989.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Alteridade: Curitiba, 2019.
- NIETO MARTÍN, Adán. Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental. In: NIETO MARTÍN, Adán;

- MORALES ROMERO, M. Muñoz; BECERRA MUÑOZ, J. (orgs.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Marcial Pons: Madrid, 2016, pp. 407-443.
- NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg: Rowohlt-Taschenbuch-Verlag, 1973;
- OLIVER-LALANA, Ángel Daniel. Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates. OLIVER-LALANA, Ángel Daniel; MEBERSCHIMIDT, Klaus. *Rational lawmaking under review: jurisprudence according to the German Federal Constitutional Court*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016.
- PALAZZO, Francesco. La política legislativa y los controles de la ley en Italia. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis et al (orgs.). *La política legislativa penal en occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 139-177.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2011.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La justificación de las leyes penales*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013.
- PASTOR, Daniel R. La suerte de la teoría de la pena en la imputación procesal (En tiempos de deformación de los principios básicos del enjuiciamiento). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevención y imputación*. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Proceso Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- PUPPE, Ingeborg. Der dolus eventualis und sein Beweis, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 14, n. 7-8, p. 409-4011, 2019.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais*: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. Almedina: São Paulo, 2012.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1999.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El Sistema Integral del Derecho Penal: variaciones en torno a una idea. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, v. 5, n. 2, p. 1–13, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/78202>. Acesso em: 18 abr. 2023.
- RAMOS, Marcelo Buttelli. *Política legislativa penal no Brasil: fundamentos e limites juspolíticos para a criminalização de condutas*. São Paulo: Marcial Pons (no prelo).
- RECCHIA, Nicola. *Il principio di proporzionalità nel Diritto penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020
- ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1973.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. Ed. München: C. H. Beck, 2020.
- SCHÜNEMANN, Bernd. De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo. Trad. Mariana Sacher. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 417-435.
- SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. Trad. José Milton Peralta. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, jan. 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Vom Tempel zum Marktplatz*: Wie die Strafjustiz scheinbar die ökonomische Theorie des Rechts in Praxis, government in governance und Souveränität in Kooperation verwandelt hat. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 2013.
- SCHWEIGER, Theresa F. *Prozedurales Strafrecht: Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.
- SONTAG, Ricardo. “A irresistível ascensão dos filósofos”. Teoria da legislação e o ‘problema penal’ em Jeremy Bentham. *Meritum*, v. 3, n. 1, p. 255-285, 2008.
- STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- STEINBACH, Armin. *Rationale Gesetzgebung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- STEINBERG, Georg. Geschichte des europäischen bis zum Reformationszeitalter. In: HILGENDORF, Eric, et al (orgs.). *Handbuch des Strafrechts: Band 1, Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg: C. F. Müller, 2019, § 5.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*. Berlin: De Gruyter, 2007.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre Direito Penal e Direito Processual Penal. In: MOREIRA, Romulo Andrade (org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: JusPodvim, 2008, p. 471-473.
- VORMBAUM, Thomas; BOHLANDER, Michael. *A Modern History of German Criminal Law*. 3. ed. Berlin: Springer, 2014.
- WIECKHORST, Arno. *Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2017.
- WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 31-89.
- ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik: ein Lehrbuch*. 2. ed. Heidelberg: Müller, 1980.

The logo for CEUB (Centro de Educação Universitária Brasileira) is displayed in a stylized, bold, white font against a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, seated stone statue in the foreground. The statue is holding a book and a quill. The building has a distinctive architectural style with a curved facade and large windows. The sky is blue with some clouds.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Finalidades e funções do
processo penal**

**Purposes and functions of the
criminal procedure**

Prof. Dr. Dr. h. c. Cornelius Prittwitz

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

Purposes and functions of the criminal procedure

Prof. Dr. Dr. h. c. Cornelius Prittwitz**

Resumo

Para analisar e oferecer uma crítica aos processos criminais de forma substancial, mostra-se necessário distinguir entre sua finalidade (legal), os “objetivos de longo prazo” desejados, que os processos criminais pretendem alcançar, e suas funções sociais. Tais funções não são definidas de forma normativa, mas resultam das consequências observáveis dos processos criminais. O objetivo dos processos criminais é o “melhor esclarecimento possível da verdade dentro da estrutura de um processo judicial” (Dölling), o objetivo final é alcançar a paz e a segurança jurídicas na sociedade. Na sociedade midiática, a percepção dos processos criminais mudou drasticamente. Isso dá origem a efeitos (funções) dos processos criminais que têm pouca relação com sua finalidade e objetivos de longo prazo e que, às vezes, provocam comparações com “teatro”, “circo”, “instrumento para apaziguar vítimas” e “tribunal histórico”, e nova “gestão da moral”. Essa percepção dos procedimentos criminais como um exercício altamente visível da autoridade do Estado tem o potencial de deslegitimá-lo.

Palavras-chave: Finalidade legal dos processos criminais; Objetivos de longo prazo; Novos “empreendedores morais”; Processos criminais na sociedade da mídia; Risco de deslegitimação da autoridade do Estado.

Abstract

In order to analyse and criticise criminal proceedings in a meaningful way, it is necessary to distinguish between their (legal) purpose, the desired “long-term objectives” which criminal proceedings are intended to achieve and their social functions. These functions are not defined in a normative way but result from the observable effect of criminal proceedings. The purpose of criminal proceedings is the “best possible truth-clarification within the framework of a judicial procedure” (Dölling), the ultimate aim is to achieve legal peace and security in society. In the media society, the perception of criminal proceedings has changed dramatically. This gives rise to effects (functions) of criminal proceedings which have little in common with their purpose and long-term objectives, and which sometimes invite comparisons with “theatre”, “circus”, “victim calming machine” and “historical tribunal” and new “moral entrepreneurship.” This perception of criminal proceedings as a highly visible exercise of state authority has the potential to delegitimize them.

* Artigo convidado

Publicação original: PRITTWITZ, Cornelius. Zwecke und funktionen des strafverfahrens. *Neue Kriminalpolitik*, v. 33, n. 3, p. 285-295, 2021. DOI: doi.org/10.5771/0934-9200-2021-3. Tradução de Bruno Buonicore e Guilherme F. Ceolin.

** Doutorado pela Universidade Goethe de Frankfurt e Mestrado em Harvard. Professor Sênior do Instituto de Ciências Criminais da Universidade Goethe de Frankfurt am Main. E-mail: prittwitz@jur.unifrankfurt.de.

Keywords: Legal purpose of criminal proceedings, Long-term objectives, New “moral entrepreneurs”, Criminal proceedings in the media society, Risk of delegitimization of state authority.

1 Introdução

No volume comemorativo para *Edda Weßlau, Monika Frommel*¹ compreendeu a sociedade midiática como o motor do populismo punitivo desenfreado e de vários contornos (*Frommel*, 2016). Na mesma oportunidade, por ocasião do que considero serem os crescentes julgamentos gigantescos na sociedade midiática, levantei a questão de compreender o que são, de fato, os julgamentos criminais e para que fins são conduzidos (*Prittwitz*, 2016). Gostaria de revisitar a questão das finalidades e das funções² dos processos penais “*em tempos de sociedade midiática*” (cf. *Prittwitz* 2008 e 2014), sem me centrar tanto nos julgamentos gigantes, em si, mas, primeiramente, considerando a sociedade midiática como pano de fundo e dando maior ênfase às funções.³ Espero que a jubilada se interesse por estas considerações, não somente porque os processos em causa ilustram e talvez reforcem os elementos punitivos e populistas do discurso de política criminal que ela critica, mas também porque ela própria está — empenhada em procurar publicidade — também midiática para defender suas posições antipunitivas e antipopulistas.

1.1 Objetivo e função do processo penal na sociedade midiática

Em seguida, as tarefas clássicas do processo penal serão confrontadas com sua realidade e funções na sociedade midiática em nove etapas, de forma temática e com fundamentação variável e detalhada.

2 É necessário distinguir, de forma precisa e rigorosa, as finalidades (objetivos/tarefas) e a função do processo penal

Se não se quiser permanecer, por um lado, em uma discussão improdutiva e muito acadêmica — também filosófica (*Ast*, 2018) — acerca das finalidades e das tarefas do processo penal e a relação dos seus vários fins declarados, e, por outro, em um debate muito político sobre a sua realidade e sua função na sociedade, devem-se distinguir, precisamente, as finalidades das funções.

Caso se compare o processo penal, seus objetivos e tarefas sob a perspectiva da lei, dos tratados dogmáticos e dos livros de estudo, ou mesmo da Wikipédia⁴, com a representação e a percepção das imagens esboçadas na mídia, rapidamente, pode-se ficar com a impressão de que o legislador perdeu o poder sobre a questão acerca da finalidade legítima do acontecimento estatal *processo penal*.

¹ Uma sincera dedicatória de felicitações à estimada, contestatária e independente colega, opositora intransigente de todo o endurecimento simbólico do direito penal e (desde os anos em que estivemos juntos em Frankfurt 1988-1992) uma amiga de muitos anos! A política criminal e a ciência da justiça penal devem-lhe importantes impulsos, posições claras e a defesa empenhada de princípios jurídicos fundamentais.

² Sobre os pontos comuns e as diferenças entre objetivos e funções *Ast* ZIS, 2018, 115. Cf. também *Prittwitz*, 1993, 168 f.

³ A questão parece continuar tão atual e multifacetada como sempre. Vale também a pena dar conta de uma notável dissertação recentemente publicada (orientada por *Heiner Alwart*), que, sob o título “Straf- theorien und Rechtswirklichkeit” (*Weyrich*, 2021) — o que não aponta imediatamente para o problema central deste artigo —, aborda, centralmente, a “dissolução das fronteiras do processo penal”.

⁴ É aqui assinalado e, na minha opinião, interessante porque, do ponto de vista dos estudos de mídia, não se pode esperar que essa fonte digital de informação, muito utilizada (e, portanto, formadora de opinião), forneça informações (de forma absolutamente confiável, concisa e informativa [com passagens sobre história jurídica e direito comparado]) de uma forma completamente “tradicional”, no sentido de ser orientada para o direito e para a ciência.

Tal impressão pode ser precipitada, porque é preciso distinguir entre a realidade que ocorre (mas que é dificilmente percebida) e a realidade que é claramente percebida (mas que raramente ocorre). Depois de uma longa e tradicional discussão sobre as finalidades da pena e do processo penal, há de se dizer adeus às teorias mistas, que, apesar de soarem bem, são pouco significativas.

3 A função do processo penal não é determinada normativamente — com base no conceito de função da ciência social, e não da jurídica —, resulta, na verdade, da análise do que o processo penal consegue realizar de forma observável

Somente se tal constatação for assumida, ou pelo menos sentida, no debate jurídico (penal e processual penal), haverá uma oportunidade para perguntar com firmeza até que ponto as funções observadas também podem ser finalidades, e se as finalidades normativamente estabelecidas funcionam de fato.⁵

Essa discussão foi de fato iniciada e de forma não surpreendente, menos por parte da criminologia empirista do que por parte da ciência normativa, da ciência jurídica.

Para além da já referida tematização explícita da relação entre finalidade e função, em *Ast* (2018), deve ser feita uma referência particular ao recente estudo jurídico de *Weyrich* (2021), que, sob o título “*Teorias do Crime e Realidade Jurídica*”, apresentou uma “crítica da dissolução das fronteiras do processo penal”⁶ e contrastou-a com as teorias do crime que têm sido discutidas há muito tempo. Com o atravessamento dos vetores econômicos, da mídia, as expectativas politizadas de reabilitação e a orientação para a vítima, a autora descreve os fatores mais importantes — e que se reforçam mutuamente — que moldaram a dissolução das fronteiras do processo penal.

Essas abordagens precisariam ser sustentadas criminologicamente se alguém ousasse embarcar no projeto grandioso e ambicioso de se recusar a seguir o modelo norte-americano de hipocrisia perfeita, no qual a prática da grande maioria dos processos criminais nega deliberadamente a orientação repetidamente reafirmada em relação a princípios como a busca da verdade e a própria justiça.

4 No entanto, o projeto que acaba de ser mencionado exige também maior clareza no debate sobre a finalidade e os objetivos (mediatos) do processo penal

A lei enuncia princípios, procedimentos processuais, direitos e obrigações sob a forma de parágrafos e estabelece, assim, o que é descrito como o “procedimento normal do processo penal reformado”.⁷ O livro de estudo (*Roxin/Schünemann*, 2017, § 1 marginal n.º 1) o resume como um “procedimento legalmente ordenado com a ajuda do qual a existência de uma infração penal pode ser determinada e, se necessário, a sanção prevista na lei pode ser estabelecida e executada”. Nessa base, o objetivo do processo penal é formulado como “(1) a decisão materialmente correta, (2) processualmente correta, (3) e pacífica sobre a responsabilidade penal do réu”.

Mas essa tríade eufônica mistura finalidades, objetivos a longo prazo e funções, impedindo, assim, uma discussão honesta sobre quais finalidades são realisticamente alcançáveis, quais funções devem ser observa-

⁵ A esse respeito, tendo declaradamente (também) em consideração outros fatores para além de *Murmann* (2004) e *Dölling* (2015).

⁶ Este é o subtítulo da obra de *Weyrich* (2021).

⁷ *Weyrich* (2021) com referência a *Fexer* (1994 2 e seguintes) e *Zabel* (2017, 449).

das e, caso necessário, criticadas, e se a realidade observada do processo penal coloca as finalidades normativamente estabelecidas e os objetivos em longo prazo do processo penal no estatuto insatisfatório de puras — e, além disso, não credivelmente exemplificadas — sentenças programáticas.

Começa-se pela coerência (ou incoerência) do ideal de processo penal, sugerido pela Constituição e pelo Código de Processo Penal e apresentado nos capítulos introdutórios dos manuais como “objetivo” ou “missão” do processo penal, sem que a linguagem revele se se trata de conceitos ideais ou de descrição orientada para a realidade do processo. Caso se tome à letra — na sequência do que precede — o que é consistentemente descrito como a missão do processo penal, ou seja, a produção de uma decisão materialmente correta (“verdadeira” e, por conseguinte, “justa”), que tenha sido alcançada em conformidade com as regras processuais, criando, assim, paz jurídica e segurança jurídica, então pode dizer-se que não é esse o caso.

Se se decide sobre a responsabilidade penal do arguido, torna-se imediatamente claro que não é preciso examinar a realidade processual para suspeitar de numerosos conflitos entre os objetivos processuais pelo que se levanta a suspeita de que — formulada dessa forma — se trata de uma formulação eufemística, que os esconde em vez de revelá-los. Isso é certamente discutido e problematizado na literatura sobre o processo penal.⁸ Deve-se concordar com as vozes que advertem que o objetivo da “melhor determinação possível da verdade no âmbito de um processo judicial” é a especificação mais clara (Dölling 2015, 686). Parece-me ambicioso, mas tem o potencial de se revelar realista; ao menos teorica e politicamente, em termos penais e praticamente (em processos de recurso) “acionáveis”. É desnecessário dizer que tal não significa renunciar à ambição de contribuir para a justiça, a paz jurídica e a segurança jurídica com a ajuda do direito penal (substantivo e formal). No entanto, a proximidade desses objetivos ainda mais “ambiciosos” de uma utopia pode e deve ser assinalada, quanto mais não seja para evitar o veredito de hipocrisia e para prevenir expectativas irrealizáveis.

A razão pela qual se realizam julgamentos penais no âmbito do Estado de Direito e, ao mesmo tempo, o objetivo (“objetivo distante”) que se persegue com os julgamentos penais consistem na paz jurídica e na segurança jurídica, que são fundamentos do Estado legítimo (democrático e constitucional).

5 O fato de a paz e a segurança jurídicas prevalecerem é determinado não apenas — e talvez não principalmente — pelo fato de o sistema de justiça criminal “funcionar” nesse sentido, ou seja, cumprir seus objetivos, mas também — e talvez principalmente — pela forma como os processos criminais são percebidos, o que nós — como sociedade — sabemos sobre os processos criminais

O que sabemos, sabemos-lo por meio dos meios de comunicação social (Luhmann). Uma vez que isto também se aplica ao processo penal, a questão de conhecer a imagem do processo penal que os meios de comunicação social transmitem à sociedade é de grande importância.

As leis inerentes aos meios de comunicação social numa sociedade livre, em que esses meios se movem, também, e necessariamente num mercado concorrencial, conduzem ao fato de que a normalidade do processo penal, se não se considerarem outros fatores que configuram a realidade do processo penal (ver a enumeração em Weyrich [2021]), não molde a imagem do processo penal que domina na sociedade.

⁸ Cf. especialmente Dölling 2015, 679 e ss., que por isso (684 e ss.) é claramente cético quanto ao objetivo processual de “restaurar a paz jurídica”. Também crítico é Murmann 2004, 65 e ss., que define o “objetivo jurídico” (80) do processo penal (análogo à tarefa do direito penal como “restauração do direito”) como a “restauração do direito sob condições de incerteza” (78).

Os processos penais extraordinários dão forma a essa imagem. São descritos como extraordinários pelos meios de comunicação social, que têm o poder de os definir (embora tenham de levar em conta as preferências conhecidas ou presumidas de seus consumidores, para serem bem-sucedidos no mercado); são atravessados por uma série de razões e apresentados ao público dessa forma.

Os meios de comunicação social⁹ caracterizam o julgamento criminal como um “circo” ou “palco” (Müller, 2015), ou também como um “mecanismo de apaziguamento da vítima” (Fischer, 2015), por meio de reportagens, às vezes, emocionais, sempre personalizadas (orientadas para o acusado ou para a vítima), raramente em qualquer caso factual e imparcial, mas também por meio do fato de oferecerem, voluntariamente, um palco às “partes interessadas”. A comparação do julgamento com o teatro (Jung, 2011) revela tantos pontos comuns para além dos altamente diferentes que se pode compreender que é tão “comum quanto tenaz” (Jung 2011, 1237).

Esses procedimentos excepcionais incluem:

- a proeminência pessoal dos acusados (por exemplo, os casos de Hoeneß, Ecclestone, Metzelder, Falk, Edathy, Kohl) ou das vítimas (Oetker, Reemtsma, von Metzler) de infrações penais;
- o carácter particularmente horrível ou cruel (mãe mata cinco dos seus seis filhos) ou estranho (caso dos canibais) do crime;
- os antecedentes políticos, reais ou presumidos, de um crime (caso do assassinato de Lübcke, o processo NSU, o ataque de Hallens a uma sinagoga, o tumulto de Hanau);
- acidentes graves no limiar da responsabilidade penal da política e da administração (pista de gelo de Bad Reichenhall, acidente com o teleférico no Lago Maggiore, queda da ponte em Gênova, pânico geral na Love Parade de Duisburg);
- importância histórico-política (frequentemente posterior), processos penais (julgamento de Auschwitz, guardas de campos de concentração [Demjanjuk, Gröning etc.]);
- fenômenos atualmente discutidos na sociedade (por diversas razões) e que são relevantes no âmbito do direito penal (escândalo do gásóleo, crise financeira de 2008, corridas de automóveis mortais e excesso de velocidade, eutanásia, aborto, assédio sexual; catástrofes e riscos ambientais).

6 Os processos cotidianos e os processos retratados na mídia guardam pouca relação entre si

Antes que a normatividade do processo penal seja açodadamente confrontada com a sua realidade ou, inversamente, a realidade seja *criticamente* confrontada com o modelo legalmente previsto, deve-se esclarecer ou reconhecer que termos com conotação negativa como “circo” ou “máquina de apaziguamento de víti-

⁹ É claro que se trata de uma confusão — analiticamente inadmissível e, portanto, talvez apenas perdoável numa introdução reconhecidamente polêmica — da “paisagem midiática”, que é colorida em todos os aspectos. Um estudo sério sobre a “representação do processo penal nos meios de comunicação social” (que não pode ser feito aqui) teria de distinguir não só a imprensa escrita, a rádio, a televisão e os (já não muito novos) “meios de comunicação social”, mas também os “fornecedores” e o público-alvo muito heterogêneos de cada um desses setores, por um lado, e os padrões de qualidade (independentemente da forma como devem ser determinados e avaliados), por outro. Sem poder justificar isso em profundidade, minha impressão é que os chamados “meios de comunicação social de qualidade” ajustam os seus padrões de qualidade para baixo sob a pressão economicamente ameaçadora da concorrência popular e populista.

mas” não se aplicam de forma alguma ao processo penal em geral, mas apenas a certos processos que se destacam por alguma razão e, portanto, acabam sendo muito retratados pela mídia e, por isso, tornam-se de grande conhecimento público.¹⁰

O grande número daqueles que trabalham na prática cotidiana do direito penal (seja qual for a sua função), que buscam diariamente alcançar o ambicioso objetivo supramencionado (de apurar a verdade da melhor forma possível no âmbito de um processo judicial) e se apegam à utopia de justiça, paz e segurança jurídica, ficarão chocados caso se fale dessa forma da função do processo penal; mas não deveriam, ainda que, às vezes, essas percepções generalizadas do processo penal acabem por atrapalhar seu ofício. Em regra, tais percepções não têm relação com seu trabalho, e suas atividades são de fato contribuições para um Estado de Direito funcional. Tais pessoas têm de conviver com o fato de que, em primeiro lugar, suas *próprias* atividades não são ou são pouco percebidas pelo público e, em segundo lugar, que alguns daqueles que, de alguma forma, estão envolvidos em processos penais, adentram “seus” processos carregando deles uma imagem irrealista (influenciada pelos meios de comunicação¹¹).

7 Surpreendentemente, muito (em processos cotidianos e extraordinários) permanece inalterado

Em verdade, houve menos mudanças do que se poderia supor à primeira vista. A justiça penal cotidiana, que passou despercebida ou pouco notada pelo público (com ou sem a ajuda dos meios de comunicação), há muito, tem-se realizado mais ou menos de acordo com o Estado de Direito — e teve pouca influência na percepção a respeito dos processos penais (e, além disso, na percepção do próprio direito penal) para além das pessoas diretamente por ele afetadas.

Por outro lado, os processos penais extraordinários (pela maioria das razões que acabam de ser mencionadas para sua excepcionalidade) têm, desde sempre, recebido maior atenção. Mesmo antes de se começar a falar de uma sociedade midiática, já havia meios de comunicação que cobriam processos penais extraordinários. O tom dessas coberturas (e o estado de espírito na sociedade) também tendia a ser punitivista e foi utilizado (pelos meios de comunicação e pela política, que lucraram com isso) de forma populista.

8 Contudo, ocorreram mudanças decisivas!

No entanto, sob a superfície supostamente calma da realidade inalterada que – diga-se de passagem – permitiu à guilda de cientistas jurídicos negociar essas questões de uma forma normativa mais ou menos invariável durante cerca de 150 anos, ocorreram mudanças decisivas. Essas mudanças têm relação com a sociedade midiática (*Mediengesellschaft*), que levou a uma explosão informacional e, com isso, alterou a percepção e a avaliação da sociedade a respeito dos processos penais. Por fim, mas não menos importante, na sociedade midiática (e só por ela possibilitado), surgem novos atores (novos e “atípicos gestores da moral”).

Caso se pergunte o que moldava a percepção e a avaliação dos processos penais antes do advento da sociedade midiática, com exceção daqueles que por acaso tenham experienciado o sistema de justiça criminal ou convivido, em seu ambiente social próximo, com acusados ou vítimas de crime, a resposta será de que elas eram fortemente influenciadas por suposições (mais ou menos justificadas) a respeito da legitimidade

¹⁰ Sobre esse processo: *Weyrich* 2021, 24 ss.

¹¹ Influenciado, em parte, pela cobertura da mídia de julgamentos reais, mas proeminentes, e em parte por filmes sobre crime e justiça (principalmente nos EUA).

do poder do Estado, incluindo o poder de punir, na forma como ele era demonstrado publicamente (e na aplicação e execução da pena).

Isso mudou drasticamente com o desenvolvimento da sociedade — em que (já) existiam os meios de comunicação — para uma sociedade midiática. Tal desenvolvimento só foi possível em razão do crescimento interconectado da globalização e da digitalização, de um lado, e da economia em rede desse mundo globalizado, de outro. Isso levou a uma explosão informacional que teve sorrateiramente o efeito de fazer com o que aquilo que sabemos seja cada vez mais moldado não pela nossa própria experiência, mas pelo que é transmitido pelos meios de comunicação.

9 A sociedade midiática é a responsável pelas decisivas mudanças e deve ser estudada!

Pode-se ler o termo “sociedade midiática” como uma mera *buzzword*¹² sociologicamente sem “estofos teórico”.¹³ Para os fins aqui perseguidos, a compreensão do termo deve, portanto, ser esclarecida (e tornada plausível).

O ponto de partida deveria ser a declaração, mais exagerada que sóbria (embora significativamente aguda), com a qual Luhmann introduz a sua “Realidade dos Meios de Comunicação de Massa” (Luhmann, *Realität der Massenmedien*, 1995). É irrelevante, contudo, se concordamos com sua afirmação de que “tudo o que sabemos sobre a nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo em que vivemos” o sabemos por meio dos meios de comunicação de massa (Luhmann 1995, 9); se preferirmos a formulação mais cuidadosa de Niggli, segundo a qual o termo “sociedade midiática ... (deveria) designa(r) uma sociedade cuja realidade é *primariamente*¹⁴ constituída, ou mesmo definida, pela mediação das informações pela mídia”¹⁵; ou, se seguirmos o Dicionário Duden, que define inequivocamente o termo, de acordo com a linguagem coloquial, como “sociedade moldada pela grande relevância dos meios de comunicação”¹⁶.

O que foi dito também se aplica, evidentemente, ao que nós, enquanto sociedade, sabemos ou pensamos saber sobre o direito e o processo penal. Tanto os aspectos que permitem que uma sociedade se torne midiática quanto as suas consequências para as instituições sociais e as pessoas que nela vivem são de interesse aqui. Embora os estudos sobre esse fenômeno, como vejo, estejam apenas começando, são de extrema urgência — não apenas em relação ao direito e ao processo penal. Se a “sociedade midiática” é a “megatendência da modernização”, é necessária uma análise empírica abrangente e holística.¹⁷ Importantes *insights* e teses podem ser reencontrados, não surpreendentemente, pelos penalistas.¹⁸

¹² Para uma „buzzword“, ela tem se mantido bem ao longo dos anos; cf., por exemplo, o volume „Kommunikation in der Mediengesellschaft“ de *Mettler-v. Meibom* (1994), que viu o „big bang da política midiática“ para a Alemanha nos projetos-piloto de TV a cabo da década de 1980.

¹³ <https://medien-wiki.de/mediengesellschaft>.

¹⁴ Ênfase C.P.

¹⁵ *Niggli* (2018), 13.

¹⁶ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Mediengesellschaft>.

¹⁷ As primeiras tentativas de reduzir essa lacuna estão em *Saxer* (2012).

¹⁸ Cf. instrutivo, plausível e assustador: *Niggli* (2018).

10 Inseridos na sociedade midiática, novos atores sociais (civis) descobriram por conta própria o uso do potencial punitivo da cobertura midiática do direito e do processo penal?

Mesmo antes que o debate científico sobre a sociedade midiática se estabelecesse academicamente, é inegável que o potencial específico do direito e do processo penal na sociedade midiática já havia sido descoberto, por conta própria, pelos novos atores sociais. *Scherer* (1986) denominou apropriadamente o fenômeno já em seu início, quando descreveu esses agentes como “gestores atípicos da moral”. Nesse processo — em parte lamentado, em parte conscientemente afirmado —, a clássica combinação de liberalidade, crença no progresso, posições “à esquerda” e “alternativas”, de um lado, e o ceticismo sobre o Estado e o direito penal, de outro, se perdeu. *Monika Frommel* esteve, desde o início até hoje, ao lado daqueles que lamentam essa perda.¹⁹

Com *Frommel* (2016), entra-se em outro e importante debate: se se rechaça esse novo uso do direito e do processo penal como uma espécie de populismo punitivo, ou se se vê, nesse uso, uma mudança de paradigma do direito penal, o qual, segundo aqueles que cada vez mais utilizam o direito penal para proteger a autodeterminação sexual, o meio ambiente e o clima, e o revisionismo histórico²⁰, está finalmente, embora tardiamente, interessado nos crimes reais.²¹ Independentemente da própria opinião sobre quão legítimo e, sobretudo, apropriado é esse uso (instrumentalização?) do direito e do processo penal, não se deve ignorar que o novo fardo sobre o sistema de justiça criminal (ao qual constantemente são adicionados novos fardos) cria turbilhões difíceis de calcular no fluxo do sistema de justiça criminal, que cada vez mais só pode resistir às pressões sociais por meio da suspensão de processos e de acordos.

11 Considerações finais

As tarefas do direito e do processo penal se assemelham, e as demandas sobre o sistema de justiça criminal (por parte do Estado e dos gestores típicos e atípicos da moral) estão aumentando, o que leva à sobrecarga do sistema. As correções de rumo são realizadas sem consideração aos princípios e aos interesses das pessoas especificamente afetadas. A sociedade midiática trouxe o mundo para dentro de nossas casas; mas perdemos de vista nossos semelhantes — não apenas aqueles submetidos a processos penais. O direito penal e o processo penal não conseguem solucionar esse problema, da mesma forma que não lidam com outros riscos sistêmicos. Por consideração às pessoas especificamente afetadas, os esforços para minimizar os danos e os perigos colaterais específicos da sociedade midiática para o sistema de justiça criminal devem continuar.

Referências

- Ast* Überlegungen zum Verhältnis von Zweck und Funktion im Strafrecht, in: ZIS (2018), 115–118.
- Dölling* (2015) Über das Ziel des Strafverfahrens, in: Fahl u. a. (Hrsg.), Ein menschen- gerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 679.
- Fezer* Vereinfachte Verfahren im Strafprozess, in: ZStW 106 (1994), 1.

¹⁹ *Frommel* (2016) e mais recentemente *Frommel* (2021).

²⁰ Cf., sobre as ambivalências inevitáveis *Prittwitz* (2010), 648.

²¹ Veja minha própria avaliação em *Prittwitz* (1993).

- Fischer* (2015) Wahrheit, Moral und Presse, in: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-12/nsu-prozess-zschaepfe-medien-fischer-im-recht>.
- Frommel* (2016) Punitiver Populismus, in: Herzog u. a. (Hrsg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, 495.
- Frommel* Die neue Strafbarkeit des Besitzes auf Kind gemachter Sexpuppen, in: Neue Kriminalpolitik 2 (2021), 150.
- Jung* (2011) Der Strafprozess aus rollentheoretischer Sicht, in: Heinrich u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 1233.
- Mettler-v. Meibom* (1994) Kommunikation in der Mediengesellschaft. Tendenzen-Gefährdungen-Orientierungen.
- Müller* (2015) Der Strafprozess ist kein Zirkus, FAZ vom 26. Mai 2015, 1.
- Murmann* Über den Zweck des Strafprozesses, in: Goldammer's Archiv (2004), 65. *Prittwitz* (1993) Strafrecht und Risiko.
- Prittwitz* (2008) Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft. Eine Skizze, in: Regina Michalke u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm, 575.
- Prittwitz* Notwendige Ambivalenzen, in: Strafverteidiger (2010), 648.
- Prittwitz* (2014) Kriminalpolitik in Zeiten wie diesen, in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main, 343.
- Prittwitz* (2016) Was sind und zu welchem Ende betreibt man Strafprozesse? Keine akademische Frage zu Mammutprozessen in der Mediengesellschaft, in: Herzog u. a. (Hrsg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, 253.
- Saxer* (2012) Die Mediengesellschaft. Eine kommunikationssoziologische Perspektive.
- Scherer* Atypische Moralunternehmer, in: Kriminologisches Journal (1986), 133.
- Roxin/Schünemann* (2017), Strafverfahrensrecht, 29. Aufl.
- Weyrich* (2021) Straftheorien und Rechtswirklichkeit. Kritik der Entgrenzung von Strafverfahren.
- Zabel* (2017) Die Ordnung des Strafrechts □ Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren.

The logo for CEUB (Centro de Educação Universitária Brasileira) is displayed in a stylized, bold, white font against a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white, multi-story building with a prominent central tower. In the foreground, a large, white, seated female statue is visible. The scene is set against a blue sky with scattered white clouds. The entire cover is framed by a dark red border with a subtle, repeating floral pattern.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O status ontológico dos estados mentais

The ontological status of mental states

Carl-Friedrich Stuckenberg

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

The ontological status of mental states

Carl-Friedrich Stuckenberg**

Resumo

O artigo investiga o status ontológico dos elementos subjetivos do delito. Para isso, expõe a visão jurídica tradicional a respeito das propriedades dos “estados mentais” e as críticas a ela apresentadas, abordando igualmente a questão relativa à influência de outros ramos da ciência, como a psicologia e a filosofia. Conclui-se que os termos relativos aos estados mentais são abstrações, construtos usados em operações teóricas de um método interpretativo, de modo que parece preferível dizer que eles são atribuídos ou imputados e não meramente declarados ou observados. Contudo, que apesar disso inexistem razões convincentes para que o direito não trate tais elementos como fatos, pois, na prática jurídica, é amplamente irrelevante se “intenção” ou “conhecimento” sejam entendidos como fatos psicológicos a serem provados ou construtos teóricos a serem atribuídos, uma vez que a base factual necessária sempre consistirá em apenas dois tipos de dados: as autodeclarações da perspectiva em primeira pessoa e o comportamento observado (no contexto) como interpretado da perspectiva em terceira pessoa, de modo que todas as inferências permissíveis serão realizadas independentemente do quadro teórico preferido e do status ontológico assumido.

Palavras-chave: elemento subjetivo do delito; psicologia; filosofia da mente; direito penal.

Abstract

The paper investigates the ontological status of mens rea. To do so, it presents the traditional legal view regarding the properties of “mental states” and the criticisms raised against it, also addressing the question of the influence of other branches of science, such as psychology and philosophy. It is concluded that mens rea terms are abstractions, constructs used in theoretical operations of an interpretative method so that it appears preferable to say that they are assigned, ascribed or attributed and not merely stated or observed. However, despite this there are no compelling reasons for the law not to treat mens rea terms like facts. In legal practice it is largely irrelevant whether e.g. “intent” and “knowledge” are understood as psychological facts to be proved or theoretical constructs to be ascribed because the necessary factual basis always consists of only two types of data: Self-reports from the first-person perspective and observed behavior (in context) as interpreted from the third-person perspective. As a result, all permissible inferences will be made regardless of the preferred theoretical framework and ontological status.

Keywords: mens rea; psychology; philosophy of mind; criminal law.

* Artigo convidado

Publicação original: Manuscrito inédito apresentado no workshop How Much Mind do We Need for Responsibility? Intentionality Between Mentality and Accountability, organizado pela Profa. Dra. Tatjana Hörnle e pelo Prof. Dr. Ralf Stoecker, em Bielefeld, Alemanha, no ano de 2015. Uma versão alemã abreviada foi publicada como contribuição para o livro em homenagem pelos 70 anos do Prof. Dr. Kindhäuser, de 2019. Tradução de Tatiana Badaró. Doutora em Direito pela UFMG. Professora de Teoria do Crime da Faculdade CEDIN. Advogada criminalista. E-mail: tatianambadar@gmail.com. Revisão de Guilherme Francisco Ceolin. Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Advogado criminalista. E-mail: guilherme.f.ceolin@gmail.com.

** Doutor em Direito (Uni-Bonn/Alemanha). Professor de Direito Penal, Direito Penal Internacional, Direito Processual Penal, Direito Penal Comparado e História do Direito Penal (Uni-Bonn/Alemanha). E-mail: stuckenberg@jura.uni-bonn.de

1 A distinção legal entre fatos e direito

Este tópico levanta uma questão que talvez apenas juristas fariam. Outras disciplinas podem se contentar totalmente em responder “sim” a ambas as partes da questão: sim, componentes da *mens rea*¹ como intenção e conhecimento são fenômenos psicológicos e, sim, esses são atribuídos a pessoas. Ainda assim, a pergunta inicial se refere à distinção fundamental que existe em todo sistema legal entre “fatos” e “aplicação da lei” a esses fatos. Nos tribunais, os fatos são estabelecidos de acordo com as regras do direito probatório e, se os fatos relevantes são suficientemente provados, o julgador irá subsumi-los às normas jurídicas relevantes a fim de responder à questão que estiver em causa no processo, tal como “o acusado é culpado do crime imputado?”. Portanto, pelo menos na visão da metodologia tradicional, o status ontológico de estados mentais como intenção ou conhecimento parece ser crucial: são fatos a serem provados ou são qualidades jurídicas estabelecidas pela aplicação das regras jurídicas a outros fatos comprovados, como um comportamento externo observável, e então atribuídas ou imputadas ao comportamento e eventualmente, à pessoa cujo comportamento está em questão?

Essa distinção não é uma mera sutileza conceitual desprovida de relevância prática. No processo penal, há algumas consequências ligadas à divisão conceitual entre questões de fato e questões de direito. No sistema anglo-americano, isso corresponde a uma divisão institucional do trabalho entre juiz e júri: o júri, na condição de apurador do fato, lida, exclusivamente, com a questão factual; enquanto os juízes cuidam da etapa normativa.² Em julgamentos por juízes e na maioria dos sistemas de *Civil Law*, juízes profissionais e leigos cuidam de ambas as etapas. Outra consequência da divisão é a diferença fundamental entre o funcionamento do processo probatório e a aplicação do direito penal material. O processo probatório tem o objetivo de chegar a uma constatação fática *verdadeira*, no sentido da ingênua teoria da correspondência. Essa operação pode falhar se não houver informações inequívocas suficientes para atender ao *standard* probatório aplicável, por exemplo, prova além de dúvida razoável ou *convicção íntima*, e o apurador dos fatos determinará um resultado de acordo com o ônus da prova atribuído.³ Se a determinação do dolo é uma questão de fato e não há prova suficiente disso, então o acusado se beneficiará da dúvida e não poderá ser responsabilizado pela prática dolosa do crime imputado. Se a determinação do dolo é uma questão de direito, não há espaço para dúvida factual; pode-se sempre chegar a uma conclusão normativa inequívoca; estejam os pressupostos da noção legal de dolo, em face das provas, presentes ou não. Essa conclusão não tem qualquer valor de verdade, mas é juridicamente sólida ou incorreta.⁴ Isso leva a outras consequências porque, em muitos sistemas jurídicos, erros judiciais em relação aos fatos e erros judiciais em relação ao direito são tratados de formas diferentes no que diz respeito ao recurso: um erro em relação aos fatos pode ou não levar à reforma da decisão ou a um novo julgamento, mas muitos tribunais de apelação analisam, apenas, erros em relação ao direito. Assim, os remédios disponíveis e os respectivos obstáculos que os recorrentes têm de superar podem diferir conforme o erro seja de fato ou de direito.⁵

¹ Nota da tradutora [N.T.]: A expressão latina *mens rea*, cuja tradução literal é “mente culpada”, é utilizada pelo direito penal anglo-saxão para se referir ao estado mental que a lei exige que a acusação seja capaz de atribuir ao agente para que ele possa ser condenado pela prática de determinado crime.

² Ver apenas Shapira-Ettinger, 28 Cardozo L. Rev. 2577 (2006–07).

³ Shapira-Ettinger, 28 Cardozo L. Rev. 2577, 2583 e s. (2006–07).

⁴ Shapira-Ettinger, 28 Cardozo L. Rev. 2577, 2583 (2006–07).

⁵ Shapira-Ettinger, 28 Cardozo L. Rev. 2577, 2584 (2006–07).

2 Advertência: usos descritivos e normativos de termos da *mens rea*

“Palavras são ferramentas”, de modo que, “no mínimo”, como diz Austin, “devemos usar ferramentas limpas [e] saber o que queremos dizer e o que não queremos”.⁶ Nesse sentido, parece útil notar que a questão sobre qual é a natureza da *mens rea* tem dois aspectos. O primeiro aspecto diz respeito ao fato notório de que vários termos legais, que, em uma determinada norma jurídica, figuram como premissas de consequências jurídicas, podem ser utilizados de duas formas: descritiva, diagnóstica ou explicativa e normativa ou valorativa.⁷ No sentido descritivo, *mens rea* ou termos da culpabilidade como “*intention*”, “*Vorsatz*” ou “*dolus*” parecem se referir a objetos do mundo real extralegal, estados mentais, fenômenos psicológicos. No sentido normativo, “intenção criminosa” se refere a todos os tipos de comportamento que são considerados tão condenáveis quanto a conduta intencional paradigmática.

Isso é mais evidente quando a lei utiliza ficções como “intenção normativa” (*constructive intent*) ou “intenção implícita” (*implied intent*), como a hoje abolida “malícia normativa” (*constructive malice*) da lei de homicídios inglesa e a ainda existente “malícia implícita” (*implied malice*), a qual equipara a intenção de causar lesões corporais graves à intenção de matar. Na mesma linha, uma doutrina proeminente do *ius commune* da Europa Continental tratava uma pessoa que intencionalmente feriu outra com uma arma letal *como se* ela tivesse a intenção de matar (“*tenetur ac si habuisset animum occidendi*”, “*aeque in dolo est ac si animum occidendi haberet*”⁸), quando a vítima morria posteriormente em razão do ferimento.

Esse tipo de uso normativo pode ser observado, também, com os ingredientes definidores da “*criminal intent*” ou “*dolus*”, tais como “conhecimento” e “vontade”, *scientia* e *voluntas/animus*. O direito inglês desenvolveu as noções de “conivência” (*connivance*), “cegueira deliberada” (*wilful blindness*) ou “conhecimento de segundo grau” (*knowledge of the second degree*)⁹, as quais têm equivalente nas noções de *ignorantia affectata*, *crassa et supina*, significando que “*ille, qui non vult scire, habetur pro sciente*”, as quais foram populares por centenas de anos no direito secular e também no direito canônico, em vigor até hoje (can. 1325 CIC 1983). O uso normativo é, ainda, mais frequente em conexão com “intenção” e “vontade”, ocorrendo tanto no discurso não jurídico quanto em atribuições legais, praticadas em julgamentos morais da vida cotidiana. Por

⁶ Austin, *A Plea for Excuses*, in: Proceedings of the Aristotelian Society, New Series vol. 57 (1956), 1, 7.

⁷ Duff, *Intention revisited*, in: Baker & Horder (eds.), *The Sanctity of Life and the Criminal Law* 148, p. 152–3, 170 (2013): atribuição de dolo “marca conclusões em lugar de premissas”; Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, p. 396 e ss. (p. 397): “O termo ‘intenção’ pode se referir tanto a um estado de intenção (independentemente de culpa) ou pode se referir a uma intenção de agir sob circunstâncias (...) que tornam um ato propriamente passível de culpa.”; Armin Kaufmann, *Festschrift von Weber*, p. 211 e s. (“O conceito de “*Vorsatz*” denota duas coisas: por um lado, uma constatação psíquica ..., por outro lado, a forma mais grave de injusto ... ou a forma mais grave da culpabilidade ..., ou seja, a *diferença valorativa fundamental em relação ao grupo dos delitos culposos*.” (italico adicionado)); vgl. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, p. 27.; Ross, 70 *Harv.L.Rev.* 812, 817. (1957); ver também Lübbe-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, p. 61.; Schünemann, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, S. 1, 55 e s.; idem., *Festschrift Roxin*, at 25 e s.; cf. Moore, *Placing Blame* 620 e ss. (1997/2010) (crítico). Este aspecto parece ter sido descoberto apenas recentemente em pesquisas sobre psicologia popular, resultados empíricos e sua interpretação ainda é controverso, ver e.g. Knobe & Mendlow, *The Good, the Bad and the Blameworthy: Understanding the Role of Evaluative Reasoning in Folk Psychology*, 24(2) *Journal of Theoretical and Philosophical Psy.* 252 e ss. (2004); Knobe, 130 *Philosophical Studies* 203–231 (2006); Pettit & Knobe, *The Pervasive Impact of Moral Judgment*, 24 *Mind & Language* 586 e ss. (2009); Shepard & Wolff, *Intentionality, Evaluative Judgments, and Causal Structure*, Proceedings of the 35th Annual Conference of the Cognitive Science Society 3390 e ss. (2013); contra Malle (nota 52 *infra*), p. 361; Guglielmo & Malle, *Can Unintended Side Effects Be Intentional? Resolving a Controversy Over Intentionality and Morality*, 36 *Personality and Social Psychology Bulletin* 1635 e ss (2010).

⁸ E.g. Baldus, VI C. de furtis et servo corrupto, l. si quis servo, n. 2; I C. de episc. et cl. l. si quis non dicam; IV C. mandati l. mandati; Carpov, *Practica nova*, pars I, qu. 3, n. 2 f.: „Quamvis vero Dd. communiter dolosum homicidium istud solum appellent, quod ex voluntate ac animo occidendi committitur ... Hoc tamen falsum esse, & dolosum homicidium quandoque absque voluntate & animo occidendi perpetrari, supra quaest. 1. n. 28. demonstratum fuit: Nimirum, quando quis nolens occidere pravo ac doloso animo alterum percutit, ex qua percussione postea mors sequitur. Percutiens namque animo vulnerandi, vel quovis modo laedendi, *aeque in dolo est ac si animum occidendi haberet*. ver Stuckenberg, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 538, 559 com mais referências.

⁹ Ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 383 e 546, com mais referências.

exemplo, a frase: “você queria, sim” — como o “*Tu l’as voulu, George Dandin, tu l’as voulu!*”¹⁰ de Molière — não constitui uma declaração de fato, mas uma expressão de culpa, um julgamento que atribui ou imputa responsabilidade a uma pessoa por um evento desagradável.

A confusão entre ambos os tipos de uso é a causa de muitas controvérsias infrutíferas sobre os termos da *mens rea*, pelo menos na doutrina alemã.

3 O status ontológico dos estados mentais

O segundo aspecto da questão inicial diz respeito ao problema específico de termos da *mens rea* como conhecimento, consciência, previsão, ciência e vontade, propósito, desejo, querer, intenção etc., quando eles são usados em sentido descritivo, ou seja, a sua aparente referência a “estados mentais”. A que esses termos se referem, se é que eles se referem a alguma coisa?

3.1 Propriedades dos “estados mentais”

Essa questão leva diretamente ao centro de um amplo debate sobre a natureza da mente e o problema mente-corpo, o qual é, atualmente, objeto tanto da filosofia da mente quanto das ciências cognitivas modernas. Eu não posso resumir a discussão, tampouco ousar dar qualquer resposta — isso é domínio dos filósofos entre nós — mas, como observado por Dennett, “a filosofia da mente é inevitável [...] assim que alguém afirma algo substantivo sobre algo mental”¹¹. É igualmente inevitável que minhas observações, na medida em que tocam questões filosóficas, sejam incompletas e superficiais, ao que devo pedir a sua tolerância.

O que há de especial nos fenômenos mentais? Tradicionalmente, e conforme uma compreensão leiga, é dito que as suas características são: consciência ou ciência, falta de extensão espacial, imaterialidade ou incorporeidade, intencionalidade no sentido de Brentano, ou seja, a sua direção a um objetivo, a sua privacidade e o infalível acesso introspectivo a eles. Embora isso represente sérios problemas para a filosofia e sua filha renegada, a psicologia, o direito parece ser quase completamente indiferente.

3.2 A visão jurídica tradicional: problemas e soluções

Por séculos e, aparentemente, em todos os lugares, os juristas presumiram que, para citar uma passagem famosa do discurso de Lord Bowen em um precedente cível do século XIX,

“... o estado mental de um homem é tanto um fato quanto o estado da sua digestão. É verdade que é muito difícil provar qual é o estado mental de um homem em um determinado momento, mas, se puder ser verificado, é tão factual quanto qualquer outra coisa”.¹²

A alegada existência de fatos internos corresponde ao dualismo religioso entre corpo e alma, bem como a sua variação secular, o dualismo entre corpo e mente da psicologia leiga ou popular. O dualismo religioso é ontológico, posição que, atualmente, costuma ser associada ao nome de Descartes e a seus esforços em solucionar esse enigma. É bem frequente que se acredite que a visão leiga também endosse um dualismo ontológico,¹³ o que eu penso ser impossível provar, mas plausível, uma vez que, mesmo em tempos seculares, os traços conceituais de doutrinas religiosas outrora dominantes ainda são visíveis. Penalistas são

¹⁰ Molière, *George Dandin*, I, 9.

¹¹ Dennett, *Brainstorms* xiv (1978/1981).

¹² *Edgington v. Fitzmaurice*, (1885) L.R. 29 Ch.D. 459, 483 (C.A.), *per* Bowen L.J.

¹³ Ver, contudo, Morse, *Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience*, in: Freeman (ed.), *Law and Neuroscience* 532 n. 5, 536 (2011).

também acusados de serem dualistas cartesianos¹⁴ — o que, certamente, é correto no que diz respeito àqueles que acreditam em almas imortais ou outros tipos de entidades desencarnadas, mas duvido que um comprometimento ontológico esteja necessariamente implícito às próprias normas jurídicas. Qualquer que seja o seu *status* ontológico, os termos da *mens rea* geralmente colocam dois tipos de problemas, o primeiro diz respeito ao direito penal material, especificamente a definição dos termos da *mens rea*; o segundo é um problema processual, o problema da prova.

Em qualquer ordenamento jurídico que conheça dois ou mais termos da culpabilidade, surge a necessidade de encontrar critérios que diferenciem esses termos ou, dito de outra forma, de defini-los com precisão, a fim de mantê-los separados na prática. Em muitos ordenamentos jurídicos, isso se provou extremamente difícil¹⁵ por várias razões: os termos da culpabilidade são comumente emprestados da linguagem cotidiana ou possuem um equivalente no uso cotidiano e sofrem de significativa imprecisão conceitual.¹⁶ Os termos são vagos porque a referência não é clara. Adicione a já mencionada confusão entre uso descritivo e normativo, bem como a consequente confusão entre determinação das fronteiras conceituais e julgamentos normativos a respeito da gradação da responsabilidade,¹⁷ e haverá combustível suficiente para manter as controvérsias doutrinárias vivas por séculos, principalmente quanto à noção de “*intention*”, “*Vorsatz*”, “*dolus*” e questões perenes como se efeitos colaterais previstos, porém indesejados, podem ser considerados como “pretendidos”, intencionados ou intencionalmente causados.

Contudo, o direito é uma disciplina prática e os mistérios teóricos podem e devem ser resolvidos para fins práticos pela legislação ou jurisprudência. Tribunais e juristas estão normalmente menos preocupados com a verdadeira natureza de algo e mais com o modo pelo qual ele pode ser provado. A avaliação da responsabilidade penal requer a avaliação retrospectiva do estado mental do acusado no momento do crime. Nos últimos 800 anos, desde Bartolus de Saxoferrato no século XIV até as Supremas Cortes nacionais ou Tribunais Penais Internacionais do século XXI, inúmeras observações sobre a prova de fatos internos foram registradas, todas concordando com o seguinte:¹⁸

— a comprovação de estados mentais internos é difícil porque eles não são diretamente observáveis, já que “o coração humano não tem janelas”¹⁹ ou algo semelhante; apenas três pessoas teriam conhecimento imediato dos processos mentais do acusado, a saber: Deus, o Diabo (ou nem mesmo ele²⁰) e o próprio acusado;

— a única prova direta é a confissão;

— caso contrário, a prova é indireta por inferência; escritos mais antigos consideram que a prova será substituída por presunções.

Apesar dessas lamentações frequentes, mas geralmente breves, parece que a demonstração de fatos internos não impôs nem impõe problemas particulares aos sistemas de justiça penal.²¹ Inúmeros tribunais, em todo o mundo, o fizeram por séculos e o fazem diariamente em inúmeros casos. Como isso é feito? Até a Revolução Francesa, o direito continental utilizou o chamado sistema da prova legal:

¹⁴ Shapira-Ettinger, 28 *Cardozo L. Rev.* 2577, 2579 e ss (2006–07).

¹⁵ Ver e.g. Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* 2, § 3.1, S. 73: “...ainda restam dúvidas sobre o significado jurídico das palavras da *mens rea*. É lamentável que, após mais de mil anos de desenvolvimento jurídico contínuo, o direito inglês ainda careça de definições claras e consistentes de palavras que expressem seus conceitos básicos.”; idem, 46 *Cambr. L.J.* 417 (1989). O mesmo é verdadeiro em relação a muitos ordenamentos jurídicos; para a confusão a respeito da noção francesa de intenção, ver Mercadal, *Rev.sc.crim.* 22 (1967), 1, 3 («confusão»), 19, 32 («noção protéiforme»).

¹⁶ Moore, *Law and Psychiatry*, S. 78–9; Wegner, *The Illusion of Conscious Will*, p. 20; Mercadal, *Rev.sc.crim.* 22 (1967), 1, 13., 18.; ver também Duff, *Intention, Agency, and Criminal Liability*, p. 44 et seq com mais referências; e os estudos de Ginther, Shen, Bonnie, Hoffman, Jones, Marois & Simons, 67 *Vand. L. Rev.* 1327 e ss (2014) sobre a compreensão dos jurados dos termos da *mens rea*.

¹⁷ Muito claro em Duff, (nota 7 *supra*), pp. 171–2, 177.

¹⁸ Para referências, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 68 et seq., p. 384 et seq.

¹⁹ Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen. Auf das Neue selbst aus dem Italiänischen übersezt und mit durchgängigen Anmerkungen des Ordinarius zu Leipzig Herrn Hofrath Hommel*, Breslau 1778, § VII, nota o.

²⁰ Y.B. 7 Edw. IV f. 2 (1487), in Pollock & Maitland, *The History of English Law*, vol. 2, p. 473.

²¹ Para mais referências, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 390 et seq.

assim como estabelecido na Bíblia, a comprovação cabal exigia os depoimentos de duas testemunhas qualificadas ou uma confissão voluntária que, naquela época, poderia ser facilitada pelo uso da tortura e a perspectiva de salvar a alma mesmo que o corpo morra. Provas circunstanciais eram proibidas.²² Na ausência da confissão, a intenção real ou *dolus verus*, a qual era necessária para punição corporal ordinária, não poderia ser estabelecida. Em vez disso, se aplicáveis as presunções, a intenção poderia ser presumida, mas esse *dolus praesumptus* originalmente somente permitia punição extraordinária e não corporal. Naquela época, presunções legais para quase tudo eram um dispositivo auxiliar comum quando o alto padrão de prova cabal não era atendido. Havia tratados em vários volumes sobre o Direito das presunções, todos contendo um longo capítulo sobre as presunções de dolo. A maioria dessas presunções eram bastante sensatas e continuam a existir atualmente como inferências factuais.

No continente, as presunções caíram em desuso no século XIX. O sistema de provas legais foi substituído pela íntima convicção do juiz que, por um longo tempo, foi considerada uma “caixa preta”, assim como a convicção interna do júri anglo-americano, a qual serviu como modelo. Ademais, o direito inglês reconheceu a presunção de acordo com a qual “presume-se que um homem desejava as consequências naturais de suas ações”²³ até 1967. Hoje, presunções de fato, que não são mais do que provas circunstanciais, substituíram presunções legais de dolo quase em todos os lugares, mas o mecanismo subjacente é o mesmo, isto é, uma inferência a respeito do “estado mental” extraída de fatos observáveis. Não é frequentemente discutido como essa inferência funciona exatamente: em geral, é dito que o apurador dos fatos avalia o estado mental de outra pessoa de acordo com a experiência geral da vida (“*Lebenserfahrung*”²⁴) ou por analogia com o seu próprio estado mental. Confissões não são raras em tempos modernos, mas os tribunais têm expressado dúvidas quanto à capacidade do próprio acusado de recordar corretamente os seus processos mentais.²⁵

3.3 Crítica intrajurídica

É um desenvolvimento relativamente recente que doutrinadores coloquem em questão a concepção legal tradicional sobre os estados mentais e a sua prova. Uma crítica inicial veemente foi articulada por Hans Kelsen, que dizia ser esse um dos maiores e mais graves erros na teoria legal ter ela confundido a unidade biológica-zoológica de “homem” com a unidade ético-jurídica de “pessoa” e, como consequência, ter confundido o fato psicológico de vontade humana com a noção jurídica de vontade.²⁶ Kelsen não negou que fatos psicológicos existam, mas que eles justifiquem a imputação de “culpa”, pois os estados mentais de outras pessoas são inacessíveis e somente podem ser presumidos.²⁷ Determinar os processos da mente não pode ser tarefa dos tribunais, porque isso é impossível.²⁸ Portanto, se a lei emprega palavras como “vontade” ou “intenção”, elas se referem a fatos externos que permitam fazer uma inferência a respeito dos fatos internos inacessíveis.²⁹ A posição de Kelsen parece contraditória, pois muitas coisas ou eventos que não podem ser diretamente provados são passíveis de prova indireta, o que ele admite quando fala sobre presunções (fatuais), de forma que, ao final, a sua posição não se diferencia da visão ortodoxa.

Sérios questionamentos à visão tradicional decorreram, posteriormente, da introdução de princípios centrais da filosofia analítica, especialmente do tipo de linguagem comum, na teoria jurídica. Assim, influenciados parcialmente pelo Empirismo Lógico de Carnap, mas principalmente pelo Behaviorismo Lógico de

²² Cf. artigo 22 da *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532.

²³ *D.P.P. v. Smith*, [1961] A.C. 290, 331 *et seq.* (H.L.); abolida pela seção 8 do *Criminal Justice Act* de 1967.

²⁴ E.g. *BVerfG NJW* 1993, 2165.

²⁵ *R. v. Caldwell*, [1982] A.C. 341; [1982] A.C. 341, 352; [1981] 2 W.L.R. 509; [1981] 1 All E.R. 961; (1981) 73 Cr.App.R. 13 (H.L.), *per* Lord Diplock.

²⁶ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed. 1923, p. 121–162, esp. 145 f.; *id.*, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, 2ª ed. 1928, p. 241 f.; de acordo: Felix Kaufmann, *Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, p. 55; Jakobs, *ZStW* 117 (2005), 247, 260.

²⁷ Kelsen, *Hauptprobleme* (nota 26 *supra*), p. 138 *et seq.*; similarmente Kaufmann (nota 26 *supra*), p. 71 e s. e 85.

²⁸ Kelsen, *Hauptprobleme* (nota 26 *supra*), p. 156.

²⁹ Kelsen, *Hauptprobleme* (nota 26 *supra*), p. 157; ver também Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 386 nota 2047.

Wittgenstein (nos últimos anos de vida) e de Ryle, bem como pela monografia de Anscombe, os escritos de Wright e outros, alguns juristas decidiram trocar o dualismo cartesiano pelo dualismo linguístico entre razões e causas, a fim de corrigir os erros categóricos do pensamento jurídico, expulsar o “fantasma da máquina” e dizer a todos que pode não haver nenhum “besouro na caixa”, mas apenas conversas sobre isso.³⁰ Nessa visão, intenção não é um estado mental que causa uma ação, mas a propriedade ou qualidade de uma ação ou, melhor, a sua descrição. A noção de intenção criminal foi, então, entendida como uma disposição, uma proposição hipotética a respeito do comportamento de uma pessoa quando presentes determinadas condições.³¹ Alguns autores preferem categorizar estados mentais, como intenção, como termos comparativos, termos de agrupamento ou termos teóricos que estão conectados por regras de correspondência a termos observacionais ou indicadores. As inferências a partir do comportamento observável a respeito do estado mental não seriam mais consideradas como pertencendo ao direito probatório, mas como partes da noção substancial de “intenção” etc.³²

Outros autores adotam diferentes abordagens, mas sustentam igualmente que estados mentais ou não existem ou são totalmente inacessíveis, motivo pelo qual eles não podem ser “provados”, mas apenas “atribuídos” ao agente por meio de uma interpretação normativa.³³ Alguns usam o rótulo *dolus ex re*, alguns enfatizam a relevância do sentido social de comportamento,³⁴ alguns insistem que uma “abordagem normativa” para determinar estados mentais se torna necessária por causa da ausência de alternativas viáveis.³⁵ Autores críticos compreendem estados mentais como o resultado de atos interpretativos, construções sociais constituídas na linguagem.³⁶ Outros questionam se a “leitura de mentes” exigida dos apuradores de fatos é suficientemente precisa para a determinação da responsabilidade penal.³⁷

Para completar o quadro, alguns poucos juristas usaram a alegada impossibilidade de “entrar na pele de outro homem” como um argumento de apoio para dispensar, completamente, a *mens rea*, como Lady Wootton.³⁸ Finalmente, a natureza dos estados mentais é amplamente irrelevante para aqueles que visam determinar a *mens rea*, como Oliver Wendell Holmes³⁹ e, se eu compreendo corretamente, Prof. Pérez-Barberá,⁴⁰ que questionaram o que um homem razoável, no lugar do acusado, ter previsto ou desejado.

Alguns filósofos se juntaram ao debate jurídico. Antony Duff rejeita o dualismo cartesiano como uma “teoria profundamente equivocada”⁴¹, assim como o argumento da analogia⁴² e sugere que intenções são idênticas a ações consideradas em seu contexto;⁴³ conhecimento efetivo e desconsideração⁴⁴ (*recklessness*)

³⁰ Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 77–93; Keeler, 1985 Wis.L.Rev. 435, 457 e ss.

³¹ Para referências, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), 84 nota 390 e Pérez Barberá, *El dolo eventual*, em 736–7, 743–4 (disposition); mas ver id., GA 2013, 454, 456 e s. nota 22; ver também Bung, *Wissen und Wollen im Strafrecht* 87 e ss. (2009); Hassemmer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* 183 ff. (2ª ed. 1990).

³² Mylonopoulos, *Festschrift Frisch*, 2013, ___ (9n40 e s., 14); id., *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, p. 101; Volk, *Festschrift Bockelmann*, 1979, p. 8, nota 80.

³³ Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, 1975, p. 6, 25 e ss.; id. *Festschrift Kleinknecht*, 1985, p. 191, 200 e ss.; ver também de Jong, 7 *Utrecht L.Rev.* 1, 30 (2011); similar: Puppe, *Vorsatz und Zurechnung* 39 e ss. (1992); Bung, *Wissen und Wollen im Strafrecht* 190–1 (2009); Roxin, *ZStW* 122 (2010), 672, 678.

³⁴ Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 205–273, 323.; id., GA 2004, p. 257, 264; para uma crítica, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 386–8, nota 2047.

³⁵ Shapira-Ettinger, 28 *Cardozo L. Rev.* 2577, 2578 (2006–07), referindo-se a Fletcher, *The grammar of Criminal Law*, vol. I, 2007, p. 319 e ss.

³⁶ E.g. Taslitz, 5 *Mich. J. Gender & L.* 1, 5 (1998).

³⁷ Heller, 99 *J. Crim. L. & Criminology* 317, 320 e ss., 349 e ss., 379 (2008–09).

³⁸ Wootton, *Crime and the Criminal Law*, 2ª ed. 1981, p. 78, 90; id., *Crime and Penal Policy*, 1978, p. 228.

³⁹ Holmes, *The Common Law*, 1881, ed. Boston 1963, p. 43., 45, 46., 61 e s.

⁴⁰ Pérez Barberá, *El dolo eventual*, p. 736–7, 743–4 (disposición); mas ver id., GA 2013, 454.

⁴¹ Duff, *Intention, Agency, and Criminal Liability*, p. 31, 119; Moore, *Placing Blame*, p. 433.

⁴² Duff (nota 41 *supra*), 120 e ss.; ver também Stegmüller, 1 *Wissenschaftstheorie* 422 e ss. (2ª ed. 1983); Grasnack, *Über Schuld, Strafe und Sprache* 121 (1987); Heller, 99 *J. Crim. L. & Criminology* 317, 325 ff. (2008–09); Keeler, 1985 *Wis. L. Rev.* 435, 441 e ss.

⁴³ Duff (nota 41 *supra*), p. 129–135; id., *Intention revisited* (nota 7 *supra*), 155 e ss.

⁴⁴ Nota da tradutora [N.T.]: Alguns dos fatos que o direito penal anglo-saxão classifica como hipóteses de *recklessness* são tratados pelo sistema do *Civil Law* como sendo culposos, enquanto outros são considerados dolosos. Por isso, evitou-se traduzir *recklessness*

também são mostrados em ações, de forma que a lei não atribui culpa a estados mentais subjetivos, mas a atitudes práticas⁴⁵. Michael Moore, por outro lado, adota uma posição naturalista ou realista e entende que a psicologia popular dos estados mentais é aproximadamente correta, que as pessoas têm, sim, intenções, crenças e assim por diante, as quais causam o comportamento⁴⁶.

Se eu não me engano, essas críticas praticamente não tiveram qualquer efeito na doutrina jurídica, muito menos na prática. As possíveis explicações são que juristas são apenas mentalmente preguiçosos ou acostumados a se apegarem a teorias mortas ou que a psicologia jurídica tradicional está correta ou, mesmo que não, que a lei não pode plausivelmente se livrar dela. Qual explicação está correta?

3.4 Discussão

Deixe-me iniciar minha breve discussão com um lembrete trivial: termos jurídicos são termos jurídicos. Eles são termos da arte empregados pela lei para propósitos legais. O sentido deles é determinado exclusivamente por considerações normativas, especificamente pela sua função em um dado esquema regulatório. Portanto, o direito é livre para definir “dolo” e seus ingredientes como julgar conveniente;⁴⁷ por exemplo, se efeitos colaterais previstos são alcançados pelo conceito legal de “dolo” — ou seja, merecem a mesma punição que casos paradigmáticos de dolo — ou não, essa é uma questão que não pode ser respondida analítica ou empiricamente⁴⁸, mas apenas por decisão legislativa ou jurisprudencial com base teórica coerente. Consequentemente, o significado *legal* de “intenção” ou “conhecimento” pode diferir do significado comum — considerando que algo como “significado comum” no sentido de um único significado unitário verificável no uso cotidiano realmente exista — e deve diferir porque a lei precisa de distinções mais nítidas do que a linguagem comum⁴⁹.

Isso implica que é também uma decisão legal se e em qual extensão argumentos de outras disciplinas recebem relevância legal. Isso não significa que a teoria jurídica deva se entregar ao esplêndido isolamento e à alegre ignorância. Pelo contrário, eu estou convencido de que a teoria jurídica deve estar *atenta* às concepções de disciplinas vizinhas, ainda que sem ceder à tentação da importação por atacado e não testada de teorias extravagantes. Deixe-me acrescentar que as “disciplinas vizinhas” relevantes aqui são não apenas a filosofia da mente e a filosofia da ação, mas também a moderna psicologia cognitiva (e eu não me refiro aos superestimados experimentos de Libet que são totalmente inúteis aqui), que, posteriormente à superação do behaviorismo, retomou as pesquisas sobre motivação, vontade,⁵⁰ e ação — existem até mesmo livros didáticos sobre psicologia da ação⁵¹ — e a psicologia social, especialmente a Teoria da Atribuição⁵², e pesquisas sobre conceitos populares de mente⁵³. O imenso interesse pelo funcionamento da mente humana e do cérebro nas últimas décadas tem, cada vez mais, obscurecido as linhas divisórias entre disciplinas da filosofia da mente e da ação, inclusive com a recente adição da filosofia experimental e da psicologia cognitiva e social, e

como “descuido” ou “imprudência”, como faz parte da doutrina em língua latina (ver: SALES, S. J. S. A codificação do dolo eventual no movimento para a reforma do Código Penal Italiano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 61, p. 499-531, 2012, p. 512, nota 37; LUCCHESI, G. B. *Punindo a culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 72, nota 49 e p. 73), preferindo-se o termo desconsideração (ver: DÍAZ PITA, M. del M. El dolo eventual. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 258-259).

⁴⁵ Duff (nota 41 *supra*), p. 162.

⁴⁶ Moore, *Placing Blame*, p. 636; id., *Intention, Responsibility, and the Challenges of Recent Neuroscience*, manuscrito não publicado, p. 10, 59.

⁴⁷ cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 110 n. 537 com mais referências.

⁴⁸ Contra Malle & Nelson, *21 Behavioral Sciences and the Law* 563, p. 564 (2003).

⁴⁹ Cf. de Jong, *7 Utrecht L.Rev.* 1, 24 (2011).

⁵⁰ E.g. apenas Frith, *The psychology of volition*, 229 *Exp. Brain Res.* 289 e ss. (2013).

⁵¹ Hommel & Nattkemper, *Handlungspsychologie* (2011).

⁵² E.g. Malle, *Attribution Theories: How People Make Sense of Behavior*, in: Chadee (ed.), *Theories in social psychology* 72 e ss. (2011); Weiner, *Attribution theory*, in: O'Connor & Sanders (eds.), *A Companion to the Philosophy of Action* 366 e ss. (2010).

⁵³ E.g. Malle, *Intentional Action in Folk Psychology*, in: O'Connor & Sandis (eds.), *A companion to the philosophy of action* 357 e ss. (2010).

as neurociências.⁵⁴ Há um vasto corpo de pesquisas publicadas e várias concepções muito específicas assim como concepções globais sobre como a mente funciona, o que é geralmente bastante controverso. Reconhecidamente, é difícil, se não impossível, para teóricos do direito, acompanharem esse enorme campo, mas algum esforço deve ser feito porque *Concept of Mind* de Gilbert Ryle, certamente, não é a última palavra sobre o assunto, como alguns juristas parecem acreditar.

No que diz respeito a *mens rea* ou termos da culpabilidade, a lei não está interessada em estados mentais como tais, mas como elementos de uma teoria da ação implícita que corresponde, amplamente, ao modelo popular de mente,⁵⁵ a qual é uma psicologia leiga, que explica a ação humana “como um pedaço de comportamento causado por um estado epistêmico e um estado desiderativo”,⁵⁶ na medida em que se assemelham, notavelmente, a modelos desenvolvidos em teorias filosóficas da ação como o “modelo-desejo-crença” que é, por sua vez, um descendente do silogismo prático de Aristóteles. Logo, as diferentes formas de atribuição legal e leiga de responsabilidade representam as combinações possíveis de diferentes estados epistêmicos (conhecimento, previsão, consciência, ignorância etc.) e estados derivativos (intenção, propósito, indiferença etc.).

A finalidade da teoria legal da ação não é a explicação, mas a atribuição, de forma que o seu objetivo não é a descrição exata do processo de ação humana, mas apenas a avaliação da evitabilidade individual da conduta proibida e, dependendo da doutrina penal predileta, da malícia individual, do caráter etc. Em outras palavras, o modelo legal de ação não é o equivalente de uma teoria científica e sim uma ferramenta valorativa no processo de determinação da responsabilidade penal. A questão, então, é se o instrumento é ou não preciso.

Embora os proponentes da visão jurídica tradicional tenham acolhido um dualismo ontológico de estilo cartesiano de duas essências, corpo e mente, essa posição tem sido corretamente considerada insustentável, contemporaneamente, por causa de seus sérios e numerosos problemas, os quais foram expostos por séculos de criticismo filosófico. Igualmente, obsoleta é a posição da antiga psicologia das faculdades (*Vermögenspsychologie*) que alegava que termos mentais como “vontade” se referiam a faculdades específicas da mente, “seres reais na alma”, ou *Seelenvermögen*, e havia sido devidamente criticada a partir do século XVII por Locke, Buchanan e muitos outros.⁵⁷ Relacionada a isso está a “falácia descritiva”⁵⁸, ao supor que, em virtude de existir uma palavra, ela deve designar, necessariamente, algo em particular⁵⁹. A distinção⁶⁰ de palavras como “vontade” sugere uma falsa precisão e uma falsa unidade do objeto referencial. Os termos mentais, de fato, fornecem exemplos primordiais do “encantamento de nossa inteligência por meio de nossa linguagem” (Wittgenstein). Mesmo hoje, parece não ser fácil para os juristas imaginarem que “vontade” e, por consequência, “intenção” podem ser palavras com uma variedade de diferentes usos para diferentes propósitos, embora filósofos como Buchanan⁶¹ ou Nietzsche tenham observado que a “vontade” pode ser

⁵⁴ Ver apenas Prinz, *Empirical Philosophy and Experimental Philosophy*, in: Knobe & Nichols (eds.), *Experimental Philosophy* 189, 204 e ss. (“The end of disciplines?”) (2008).

⁵⁵ E.g. Malle & Nelson, *Judging Mens Rea: The Tension between Folk Concepts and Legal Concepts of Intentionality*, 21 Behavioral Sciences and the Law 563 (2003); Nadelhoffer, *Intentions and Intentional Actions in Ordinary Language and the Criminal Law* (2005).

⁵⁶ Ferguson, *Common Sense*, 164 e s.; ver também Morse (nota 13 *supra*), p. 529 e ss.

⁵⁷ Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (4^a ed. 1700), livro II, cap. XXI, §§ 6, 17, S. 236 e s., 242; Buchanan, *The Philosophy of Human Nature* cap. XV, S. 298 (1812); cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 146 com mais referências.

⁵⁸ Termo de Austin, *Other Minds* (Proceedings of the Aristotelian Society, supp. vol. XX (1946)), citado em id. *Philosophical Papers*, 2^a ed. 1970, p. 103.

⁵⁹ Fletcher (nota 7 *supra*), p. 451-2; id., (nota 35 *supra*), p. 56; Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, p. 14, 45; cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 111 com mais referências.

⁶⁰ Ver Dennett, *Real Patterns* (88 Journal of Philosophy 27 (1991)), in idem, *Brainchildren, Essays on Designing Minds* p. 113 e s. (1998); id., *When Frogs (and Others) Make Mistakes*, in *The Intentional Stance*, p. 112 e ss. (1987).

⁶¹ Buchanan (nota 57 *supra*), *The Philosophy of Human Nature* 298–299 (1812).

“algo *complicado* que é unitário apenas como uma palavra”⁶². Os psicólogos modernos concordam.⁶³ O mesmo se aplica aos termos para estados epistêmicos como “conhecimento” ou “crença”, e.g.:

“O conteúdo empírico de atribuições de crença é então heterogêneo ao extremo e os mecanismos fisiológicos envolvidos não são menos assim. A heterogeneidade está mascarada sob uma uniformidade linguística: o conectivo ‘acredita que’ seguida por uma sentença subordinada.”⁶⁴

A psicologia moderna pode oferecer pouca assistência nesse sentido. A chamada psicologia da vontade (*Willenspsychologie*), do século XIX e início do século XX, já não tinha um conceito claro de “vontade” que fosse, em qualquer aspecto, comparável ao uso popular e filosófico do termo.⁶⁵ Em seu livro de 1926, *Vorsatz, Wille, Bedürfnis* (Intenção, Vontade, Necessidade), o psicólogo alemão Kurt Lewin recomendava “evitar totalmente o termo ‘vontade’ por causa da sua ambiguidade”.⁶⁶ Enquanto estados mentais caíram em desuso teórico durante o reinado do behaviorismo skinneriano nas décadas de 1950 e 1960, pesquisas sobre a estrutura da motivação, do controle da ação (voluntária), da cognição e do processamento de informações etc. foram retomadas ao final dos anos 1980 e compõem, contemporaneamente, um campo próspero, mas os seus resultados estão frequentemente tão distantes dos conceitos leigos da vida cotidiana, do direito ou da filosofia moral que são de pouca ajuda para fins legais.⁶⁷ Por outro lado, termos mentais do senso comum são, ainda, amplamente usados, mas apenas como termos *funcionais*.⁶⁸

Outro desafio à visão tradicional dos estados mentais diz respeito a sua privacidade e ao suposto acesso introspectivo infalível e intuitivo a eles. Durante séculos, a introspecção serviu como método comum de investigação filosófica e psicológica, mas sua confiabilidade tem sido questionada ou negada por tanto tempo quanto. Nós temos experiências, sensações e estados fenomenais conscientes, que hoje são rotulados de *qualia*, bem como pensamentos conscientes⁶⁹, mas está longe de ser claro do que exatamente temos consciência e por que isso deveria ter qualquer valor explicativo. Conferir Rorty:

“Não conhecemos mais ‘a natureza da mente’ pela introspecção de eventos mentais do que conhecemos ‘a natureza da matéria’ pela percepção de tabelas. Conhecer a natureza de algo não é uma questão de tê-lo diante da mente, de intuí-lo, mas de ser capaz de proferir um grande número de proposições verdadeiras sobre ele”.⁷⁰

Também foi sugerido (Hume) que a atenção aos estados internos altera esses mesmos estados e que interpretamos nossas sensações de acordo com hábitos adquiridos de resposta conceitual.⁷¹ Em todo caso, é importante distinguir o relato verbalizado, relativo à introspecção, da própria experiência; além disso, a verbalização — que usa os termos das teorias da psicologia popular implícitas — inevitavelmente altera o conteúdo dessa experiência⁷² e os advogados criminalistas sabem que um interrogador habilidoso pode, facilmente, levar um réu despreparado a admitir a intenção⁷³. Há, também, evidências notáveis de que nos-

⁶² Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*, Nr. 19, in 5 Sämtliche Werke 32 (Kritische Studienausgabe/KSA, Giorgio Colli & Mazzino Montinari ed., 2ª ed. 1988): “Wollen scheint mir vor Allem etwas *Compliciertes*, Etwas, das nur als Wort eine Einheit ist.” (itálico no original).

⁶³ Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 147 n. 749.

⁶⁴ Quine, *States of Mind*, 82 *Journal of Philosophy* 5, 6 e s. (1985).

⁶⁵ Narziss Ach, *Über den Willensakt und das Temperament* 1 (1910): “Em nenhuma área da psicologia há maior confusão e indeterminação conceitual do que na da vontade.”; Wilhelm Wundt, *3 Grundzüge der physiologischen Psychologie* 221 (6ª ed. 1911): “Em nenhuma área da psicologia a tendência de basear afirmações sobre o conteúdo dos processos mentais não nesses próprios processos, mas em alguma antecipação popular ou filosófica, desempenha um papel maior e mais fatídico do que na doutrina da vontade.”

⁶⁶ Lewin, *Vorsatz, Wille, Bedürfnis* 85 (1926).

⁶⁷ Para uma pesquisa, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 118–145.

⁶⁸ Cf. Hommel & Nattkemper (nota 51 *supra*), p. 52.

⁶⁹ Para os níveis de consciência, ver Baumeister, Masicampo & Vohs, *Do Conscious Thoughts Cause Behavior?*, 62 *Annual Rev. of Psychology* 331, 333 e s. (2011).

⁷⁰ Rorty, 53 *Synthese* 323, 331 (1982).

⁷¹ P. M. Churchland, 78 *Journal of Philosophy* 67, 70 (1981).

⁷² Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 394 n. 2082.

⁷³ Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 395 n. 2082 *in fine*.

soos julgamentos sobre nossas próprias ações são baseados em inferências⁷⁴ que são falíveis ou, às vezes, constituem meras confabulações.⁷⁵ Finalmente, os processos inconscientes, por definição, não podem ser acessados pela introspecção — isso se torna relevante porque a maioria das ações humanas parece ser realizada inconscientemente, de modo que o “conhecimento em primeira pessoa da intencionalidade” tem sido chamado de “ilusão”⁷⁶, assim como a “vontade consciente”⁷⁷.

Há uma série de modelos psicológicos de ação, todos os quais são mais complicados do que o modelo linear desejo-crença comum à teoria do direito penal, à psicologia popular e à filosofia da ação. Há muito se supõe que uma ação inteiramente consciente é uma exceção rara e que a maioria dos movimentos corporais (até 99,44%⁷⁸) é iniciada inconscientemente.⁷⁹ Em relação aos vários modelos concorrentes sobre como a iniciação e o controle do comportamento funcionam em detalhes, apontarei apenas um, o chamado *Modelo de Fases de Ação*, originalmente desenvolvido por Heckhausen e, posteriormente, aprimorado por Gollwitzer e outros,⁸⁰ que fornece uma descrição abrangente de realização de objetivos e postula quatro diferentes fases de ação consecutivas da persecução de objetivos: fase pré-decisória, pré-atuante, atuante e pós-atuante, que são marcadas por tarefas distintas que devem ser cumpridas e mentalidades congruentes que são ativadas, ou seja, procedimentos cognitivos típicos que promovem a conclusão bem-sucedida da tarefa, como mentalidades deliberativas e implementais. É dito que a implementação apresenta quatro problemas próprios: começar a perseguir o objetivo, permanecer no caminho certo, parar e não se esforçar demais.⁸¹

Não muito diferente da refinada Teoria de Planejamento da Ação, de Michael Bratman⁸², Gollwitzer distingue “intenções de meta” que especificam o que se deseja alcançar e “intenções de implementação” que especificam, antecipadamente, quando, onde e como se pretende alcançá-lo. Essas “intenções” são concebidas como construções teóricas⁸³ e não como entidades reais. Com base em extensas evidências empíricas, assume-se que a execução de um comportamento especificado, em uma intenção de implementação, exibe características típicas de *automaticidade*, como imediatismo, eficiência e falta de intenção consciente. As intenções de implementação não são a única técnica de autorregulação instrumental na realização de objetivos, simulação mental ou simulação de processo, por exemplo, é considerada outra. Os processos automáticos ou inconscientes desempenham um papel central em todos os modelos modernos, devido a sua maior precisão e velocidade, bem como à eficiência energética.⁸⁴ A controvérsia atual é se os processos conscientes desem-

⁷⁴ Ver também Frith, 229 Exp. Brain Res. 289, 202 e ss., 296 (2013).

⁷⁵ Parece consolidado hoje que a introspecção não é, como Bretano ainda pensava, incorrigível, mas, ao contrário, oferece pouco ou nenhum acesso direto aos processos cognitivos de ordem superior. Para referências, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 89 n. 417 e *ibid.* pp. 72 n. 331, 78 n. 349, 80 n. 361, 89–90 n. 417; Schwitzgebel, *The Unreliability of Naïve Introspection*, 117 Philosophical Review 245 e ss. (2008).

⁷⁶ Gopnik, *How we know our minds: The illusion of first-person knowledge of intentionality*, 16 Behavioral & Brain Sciences 1, 2 e ss., 10 e ss. (1993).

⁷⁷ Daniel Wegner, *The Illusion of Conscious Will* (2002); cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 139–145.

⁷⁸ Bargh, Reply to the commentaries, in: Wyer (ed.), *The automaticity of everyday life: advances in social cognition* 231, p. 243 (1997).

⁷⁹ Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 123 e ss. com mais referências; ver também Hirstein & Sifferd, 20(1) Consciousness and Cognition 156, <9>(2011): “Não é a consciência que está fazendo o trabalho mental crucial, são os processos executivos.”

⁸⁰ Maglio, Gollwitzer & Oettingen, *Action Control by Implementation Intentions*, in: Clark, Kiverstein & Vierkant (eds.), *Decomposing the will* 221 e ss. (2013); Faude-Koivisto, Wuerz & Gollwitzer, *Implementation Intentions: The Mental Representations and Cognitive Procedures of If-Then Planning*, in: Markman, Klein & Suhr (eds.), *Handbook of Imagination and Mental Simulation* 69 ff. (2009); Ajzen, Czascch & Flood, *From Intentions to Behavior: Implementation Intention, Commitment, and Conscientiousness*, 39 Journal of Applied Social Psychology 1356 e ss. (2009); cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 126 e s.

⁸¹ Gollwitzer, Parks-Stamm & Oettingen, *Living on the Edge: Shifting Between Nonconscious and Conscious Goal Pursuit*, in: Morsella, Bargh & Gollwitzer (eds.), *Oxford Handbook of Human Action* 603, p. 604 (2009); Gollwitzer & Oettingen, *Implementation intentions*, in: Gellman & Turner (eds.), *Encyclopedia of behavioral medicine*, part 9, 1043 e ss. (2013).

⁸² Bratman, *Intention, Plans, and Practical Reason* (1999).

⁸³ Faude-Koivisto, Wuerz & Gollwitzer (nota 80 *supra*), p. 77; cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 121 n. 584.

⁸⁴ E.g. Gollwitzer, Parks-Stamm, & Oettingen (nota 81 *supra*), p. 603 e ss., 614 e ss.; cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 128–139.

penham realmente um papel causal ou são meros epifenômenos⁸⁵ ou se a maior parte do comportamento humano vem de uma mistura de processos conscientes e inconscientes trabalhando juntos⁸⁶.

Pesquisas empíricas sobre ações criminosas são escassas, pois obviamente não pode haver estudos em que os participantes matam seus cônjuges, roubam transeuntes sob a mira de arma ou molestam crianças. Pode-se especular que crimes graves não raramente envolvem ações não rotineiras e, portanto, conscientes.

Não é possível, tampouco necessário, entrar em maiores detalhes aqui porque, embora ainda não exista uma teoria de ação abrangente e empiricamente testada, espero que tenha ficado suficientemente claro que o modelo legal de ação é simples demais para fornecer quaisquer pistas sobre os mecanismos reais que produzem o comportamento.⁸⁷ Da mesma forma, o realismo leigo dos conceitos jurídicos de estados mentais tem pouca ou mesmo nenhuma validade descritiva. Não existem *coisas* ou *faculdades* como “a vontade”, “vontades”, “intenções” ou “crença” que possam, de alguma forma, ser observadas, medidas ou comprovadas. Em vez disso, esses termos são *abstrações, construtos lógicos, termos funcionais*, usados em um modelo de processamento de informações do comportamento humano, incluindo o nosso, para fins de interação social.

Qual é a consequência disso? Se o modelo legal de ação e a visão tradicional dos estados mentais não se qualificam como versões simplificadas de teorias científicas — isso é uma coisa ruim? Isso pode e deve ser curado? —, estou inclinado a argumentar que não é uma coisa ruim e que há pouca esperança e nenhuma necessidade de curá-la. Uma vez que a psicologia implícita do direito penal é uma variante da psicologia popular, ela não pode ser eliminada por uma compreensão superior⁸⁸ porque essas concepções integram nossa própria experiência em primeira pessoa; isso independe de a psicologia popular ser entendida como uma “teoria-teoria” análoga a uma teoria científica ou uma “teoria de simulação” que interpreta outras mentes em analogia com a própria.⁸⁹ Os seres humanos parecem estar programados para produzir, constantemente, explicações intencionais de seu ambiente,⁹⁰ animadas ou não (“confabulações”). Além disso, a psicologia popular provou ser viável e adaptável⁹¹ — o *homo sapiens* é um sucesso evolutivo⁹² (muito em detrimento de outras criaturas neste planeta, no entanto).⁹³ Para fins de atribuição, para prever, explicar e reagir a formas *padrão*⁹⁴ de comportamento humano, a psicologia leiga é adequada, assim como a física popular, embora totalmente falha, é suficiente para as demandas da vida cotidiana macroscópica, já que maior complexidade e precisão não são necessárias nem estão facilmente disponíveis.⁹⁵ Para serem funcionais, para serem compreendidos, os conceitos legais devem permanecer próximos da psicologia popular.⁹⁶

⁸⁵ Bargh, *Our Unconscious Mind*, Scientific American 32 e ss. (January 2014); Baumeister & Bargh, Conscious and Unconscious, in: Sherman, Gawronski & Trope (eds.), *Dual Process Theories of the Social Mind* 35 e ss. (2014); Baumeister, Masicampo & Vohs, *Do Conscious Thoughts Cause Behavior?*, 62 Annual Rev. of Psychology 331 e ss. (2011); Huang & Bargh, *The Selfish Goal: Autonomously operating motivational structures as the proximate cause of human judgment and behavior*, 37 Behavioral & Brain Sciences 121 e ss. (2014); Hommel, Consciousness and action control, in: Egner (ed.), *Handbook of Cognitive Control* (in print); id., *Dancing in the dark: no role for consciousness in action control*, 4 frontiers in psychology, article 380 (June 2013); id., *Consciousness and Control*, 14 J. Consciousness Stud. 155 e ss. (2007); see also Hommel & Nattkemper (nota 51 *supra*), 52 e ss.

⁸⁶ Baumeister & Bargh (nota 85 *supra*), p. 46.

⁸⁷ Cf. Stoutland, *The Real Reasons*, in: Bransen & Cuypers (eds.), *Human Action, Deliberation and Causation* 56 (1998).

⁸⁸ Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 156 e ss. com amplas ref.; Fodor, *Psychosemantics: The Problem of Meaning in the Philosophy of Mind* xii (1987); Morse (nota 13 *supra*), 551 e s.; Sifferd, 25 Law & Philosophy 571 e ss. (2006).

⁸⁹ Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 157 n. 798.

⁹⁰ Kuhl, *Motivation und Persönlichkeit* 34–5 (2001), referindo-se a Nisbett & Wilson, 84 Psychological Review 231 ff. (1977) e Wegner & Wheatley, 54 American Psychologist 480 e ss. (1999).

⁹¹ Cf. Malle (nota 53 *supra*), p. 357.

⁹² Morse (nota 13 *supra*), 552 e s.

⁹³ cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 156 e ss.

⁹⁴ Cf. Ross & Nisbett, *The Person and the Situation* 8 (1991): “Nossas ideias intuitivas sobre as pessoas e os princípios que governam suas respostas ao ambiente são geralmente adequadas para a maioria dos propósitos do trabalho e da casa; mas eles são seriamente deficientes quando devemos entender, prever ou controlar o comportamento em contextos que estão fora de nossa experiência mais habitual...”

⁹⁵ Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 156 n. 797.

⁹⁶ De Jong, 7 Utrecht L.Rev. 1, 16, 24 (2011); ver também Finkelstein, 2 Ohio State J. Crim. L. 579 (2005).

Além disso, parece, como Daniel Dennett argumentou,⁹⁷ que o comportamento de sistemas complexos como os seres humanos pode ser explicado e previsto em vários níveis logicamente independentes ou por diferentes “perspectivas”. A *perspectiva* física olharia para as propriedades físicas ou bioquímicas do sistema e a *perspectiva funcional ou de design* tentaria, em um nível mais abstrato, isolar as funções de certos processos cerebrais; esta é a perspectiva adotada por alguns neurocientistas que afirmam que o correlato neuronal da “vontade” pode estar localizado no córtex pré-frontal dorsolateral.⁹⁸ Diversamente, a *perspectiva intencional* pressupõe que o sistema possui certas informações e certos objetivos que ele tenta atingir de forma racional. O ponto de vista intencional pode ser adotado por razões pragmáticas, desconsiderando-se como as operações do sistema são implementadas fisicamente e mesmo se alguém estiver convencido de que o sistema não tem nenhum “estado mental” (naturalístico), como nos exemplos dos computadores de xadrez, termostatos ou amêijoas, citados por Dennett⁹⁹. As psicologias jurídica e popular são instâncias primárias de uma perspectiva intencional que serve, então, como base para um quarto nível ou *perspectiva pessoal/moral*¹⁰⁰ de atribuição de aprovação e censura. As teorias psicológicas modernas parecem oscilar entre a perspectiva do design e a perspectiva intencional.

4 Considerações finais

O que isso significa para a pergunta inicial? *Mens rea* é um fenômeno mental? A resposta depende de quais são as qualidades definidoras do “mental”, se a consciência é necessária ou se a intencionalidade/direcionalidade (Brentano) é suficiente. Se você está procurando entidades ontológicas obscuras ou pequenos *homúnculos* que estejam no controle, a resposta é “não”. Na perspectiva intencional, a resposta por definição é “sim”. A *mens rea* é atribuída? Novamente, do ponto de vista intencional, a resposta é “sim”, porque os termos da *mens rea* são abstrações, construtos usados em operações teóricas de um método interpretativo, de modo que parece preferível dizer que eles são atribuídos, imputados ou designados e não meramente declarados ou observados.

Qual é a consequência para o direito? A determinação da *mens rea* é uma questão de fato ou de direito? Alguns trabalhos¹⁰¹ contrastaram a interpretação ou atribuição com a investigação dos fatos, de forma que alguém poderia ser tentado a pensar que o direito probatório se preocuparia, apenas, com fatos observáveis, ao passo que — especialmente porque a “interpretação” *stricto sensu*, por exemplo, de contratos é comumente considerada uma questão de direito — a interpretação ou atribuição de fatos seria uma atividade normativa. Contudo, observação *versus* interpretação/atribuição é uma falsa dicotomia, já que observação é sempre mais ou menos “carregada de teoria”,¹⁰² motivo pelo qual o elemento interpretativo como tal dificilmente pode ser determinante da classificação legal. Somente se os termos da *mens rea* forem entendidos como disposições, parece plausível considerar os condicionais hipotéticos constitutivos como pertencentes, também, ao direito material. As disposições saíram de moda na filosofia há algum tempo e por boas razões¹⁰³. Se os

⁹⁷ Dennett, 68 *Journal of Philosophy* 87. (1971) = in *Brainstorms* 3 e ss.; id., *Mechanism and Responsibility*, in: Watson (ed.), *Free Will* 154 e ss. (1982); id., *True Believers*, in: *The Intentional Stance* 15 ff. (1987); id., *Three Kinds of Intentional Psychology*, in: *The Intentional Stance* 49. (1987); primeiramente em *Content and Consciousness* 40 e ss. (2nd ed. 1986); ver Beckermann, *Analytische Einführung* 307. (2nd ed. 2001); Bieri, *Intentionale Systeme: Überlegungen zu Daniel Dennetts Theorie des Geistes*, in: Brandtstädter (Hrsg.), *Struktur und Erfahrung in der psychologischen Forschung* 208 ff. (1987); para uma crítica, ver Baker, *Saving Belief* 150 e ss., 155 e ss. (1987).

⁹⁸ Hommel & Nattkemper (nota 51 *supra*), 34.

⁹⁹ Dennett, *Intentional Systems* (nota 97 *supra*), p. 3, 5 f., 7 f., 16 e ss.; ver também id., *Real Patterns*, 99 *Journal of Philosophy* 27 (1991), in id., *Brainchildren* 95 e ss., 113 (1998); id., *True Believers* (nota 97 *supra*), p. 13, 22–3.

¹⁰⁰ Cf. Dennett, *Mechanism and Responsibility* (nota 97 *supra*), at 157 e ss.; ver também Moore, *Act and Crime* 132–3 (1993/2010); id., *Placing Blame* (nota 7 *supra*), 404 e ss.

¹⁰¹ E.g. Shapira-Ettinger, 28 *Cardozo L. Rev.* 2577, 2589 f., 2595 e s. com mais referências (2006–07).

¹⁰² Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 44 n. 196.

¹⁰³ Cf. only Dennett, *Three Kinds of Intentional Psychology* (nota 97 *supra*), p. 58; Bratman (nota 82 *supra*), p. 9; ver também Stuckenberg (nota 8 *supra*), 91–2 com mais referências.

termos da *mens rea* forem entendidos como termos teóricos ou construções lógicas, as regras que governam a operacionalização de tais termos serão logicamente distintas dos próprios termos e podem ser categorizadas como regras probatórias. Isso tem a vantagem de ser compatível com o realismo leigo e generalizado do direito e, provavelmente, passaria também pelo realismo científico. Portanto, parece que não há razões convincentes para que o direito não trate os termos da *mens rea* como fatos.

Não obstante as diferenças entre questões de fato e de direito estabelecidas no início, na prática jurídica, é amplamente irrelevante¹⁰⁴ se, por exemplo, “intenção” é entendida como um fato psicológico a ser provado ou construto teórico a ser atribuído, pois a base factual necessária sempre consiste em apenas dois tipos de dados: as autodeclarações da perspectiva em primeira pessoa e o comportamento observado (no contexto) como interpretado da perspectiva em terceira pessoa. Em todo caso, inferências permissíveis e talvez uma confissão determinam a descoberta da *mens rea*, independentemente do quadro teórico preferido e do status ontológico. Possíveis diferenças refletem as contingências do direito positivo, como quem é o apurador do fato e se inferências errôneas são recorríveis como questões de direito ou de fato, como erro processual ou material etc. Por último, deve-se notar que é controverso se a distinção entre fato e direito realmente repousa em diferenças ontológicas, epistemológicas ou analíticas entre os conceitos ou se é meramente funcional¹⁰⁵ e, nesse caso, o *status* ontológico dos termos da *mens rea* seria completamente irrelevante para propósitos legais.

¹⁰⁴ Stuckenberg (nota 8 *supra*), 386–389.

¹⁰⁵ Cf. apenas Allen & Pardo, 97 Nw. U. L.Rev. 1769 e ss. (2002–3); *id.*, 7 Int’l J. Evidence & Proof 153 e ss. (2003); Kirgis, 8 Int’l J. Evidence & Proof 47,47–50 (2004); *id.*, 64 Ohio St. L.J. 1125 e ss. (2003).



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Reflexões sobre o sistema punitivo brasileiro: prisão, direito à não autoincriminação e presunção de inocência

Reflections on the brazilian punitive system: prison, right to non-self-incrimination and presumption of innocence

Luís Roberto Barroso

Andre Luiz Silva Araujo

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Reflexões sobre o sistema punitivo brasileiro: prisão, direito à não autoincriminação e presunção de inocência*

Reflections on the brazilian punitive system: prison, right to non-self-incrimination and presumption of innocence

Luís Roberto Barroso**

Andre Luiz Silva Araujo***

Resumo

O objetivo deste artigo é explorar o funcionamento do sistema penal brasileiro, apresentando críticas e possíveis pontos de aprimoramento. Ao longo do texto, os autores tratam de medidas voltadas a evitar a incidência do direito penal, dos desequilíbrios punitivos e das consequências da corrupção crônica. Também examinam direitos e garantias penais previstos na Constituição de 1988, assim como na jurisprudência do STF, percorrendo: as distintas modalidades de prisão, o direito à não autoincriminação e à presunção de inocência. Em conclusão, afirmam a ineficiência do sistema penal brasileiro, por ser incapaz de prevenir, de ressocializar, de retribuir adequadamente. E defendem a necessária renovação da política criminal brasileira, a partir de um esforço conjunto dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de modo a alcançar um direito penal subsidiário, moderado, republicano e eficiente.

Palavras-chave: política criminal; prevenção; retribuição; ressocialização; corrupção.

Abstract

The objective of the article is to explore the functioning of the Brazilian criminal justice system, presenting criticisms and possible points for improvement. Throughout the text, the authors address measures aimed at avoiding the incidence of criminal law, punitive imbalances, and the consequences of chronic corruption. They also examine the rights and criminal guarantees provided for in the 1988 Constitution, as well as the jurisprudence of the Supreme Court (STF), covering: the different modalities of imprisonment, the right to non-self-incrimination and the presumption of innocence. In conclusion, they affirm the inefficiency of the Brazilian penal system, as it is incapable of preventing, of re-socializing, and of adequately retributing. They defend the necessary renewal of Brazilian criminal policy, based on a joint effort of the Legislative, Executive and Judiciary branches, in order to achieve a subsidiary, moderate, republican and efficient criminal law.

* Artigo convidado

** Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduação em Direito pela UERJ. Mestre (Master of Laws) pela Yale Law School. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Senior Fellow na Harvard Kennedy School.
Email: gmlrb@stf.jus.br

*** Assessor do Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal. Ex-assessor dos Ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera, UNIDERP, com Formação para o Magistério Superior. Condecorado com o Diploma do Mérito do Servidor do Supremo Tribunal Federal.
Email: gmlrb@stf.jus.br

Keywords: criminal policy; prevention; retribution; ressocialization; corruption.

1 Introdução

O presente artigo é dividido em três partes. Na Parte I, apresentamos uma reflexão geral sobre o poder punitivo do Estado e suas vicissitudes no Brasil contemporâneo. Na Parte II, faz-se uma exposição didática, acompanhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de três temas críticos para o direito penal e processual penal: a prisão e o direito dos presos; o direito à não autoincriminação; e a presunção de inocência. A Parte Final traz uma conclusão crítica sobre a desarrumação e os descaminhos da justiça penal no Brasil.

2 Parte I: Reflexões sobre o poder punitivo do Estado

2.1 Generalidades

2.1.1 O direito penal deve ser moderado, sério e igualitário

O direito penal existe para a proteção de valores sociais e de bens jurídicos relevantes. Entre eles se incluem a vida, a integridade física, a liberdade sexual, a propriedade privada, o patrimônio público e inúmeros outros. Cabe-lhe, também, assegurar os direitos fundamentais do acusado, que incluem, entre muitos, a presunção de inocência, o direito de não ser preso arbitrariamente e o devido processo legal. A lei penal define condutas que são vedadas e estabelece sanções para a violação das regras que institui.

Essas sanções ou penas variam em gravidade e podem ser privativas de liberdade, multas, interdição de direitos e prestação de serviços comunitários, entre outras. Sem ingressar em debates mais sofisticados e sutis, é possível registrar que a doutrina reconhece algumas finalidades próprias que são atribuídas às sanções penais, a saber: (i) retribuição; (ii) prevenção específica; (iii) prevenção geral; (iv) ressocialização e (v) restauração. Não é o caso de aprofundar cada uma delas. Faz-se apenas o registro de que boa parte da doutrina — acompanhada pelos autores dessas linhas — considera que o papel mais importante e desejável da pena criminal é funcionar como mecanismo de prevenção geral: as pessoas não cometerem crimes pela probabilidade de virem a sofrer consequências negativas pelos seus atos.

O direito penal precisa ser moderado, sério e igualitário. *Moderado* significa que se deve evitar a expansão desmedida do seu alcance, seja pelo excesso de tipificações, seja pela exacerbação desproporcional de penas. *Sério* significa que sua aplicação deve ser efetiva, de modo a desempenhar o papel dissuasório da criminalidade, que é da sua essência. *Igualitário* significa que a aplicação da lei não deve distinguir entre pobres e ricos, poderosos e comuns. Pode parecer óbvio, mas esse último atributo é o mais difícil de implementar no Brasil, onde fatores de classe, compadrio e outras disfunções fazem com que muitos se sintam acima da lei, enquanto outros tantos não conseguem sequer a proteção das leis. Temos um sistema que é duro com os pobres e manso com os ricos. Embora essa distorção seja particularmente grave entre nós, o problema talvez seja mundial.

2.1.2 Entre o abuso e a proteção deficiente

Nenhum ramo do Direito mexe com as paixões humanas como o direito penal. É inevitável que seja assim. A liberdade é um dos valores e bens jurídicos mais valiosos na existência de qualquer pessoa. O poder de restringi-la, por isso mesmo, deve ser cercado de todas as cautelas. Poucas áreas na atuação estatal são mais passíveis de abuso do que o poder de punir. Aliás, em grande medida, a história da humanidade tem sido a imposição de limites ao poder punitivo do Estado. Por outro lado, a proteção deficiente de valores e bens jurídicos relevantes, bem como a impunidade, atrasam o processo civilizatório dos povos. O equilíbrio entre os direitos fundamentais dos acusados e os interesses legítimos da sociedade é delicado e complexo, sobretudo nos países em desenvolvimento.

O sistema punitivo ou de persecução penal no Brasil desenrola-se em quatro etapas. A primeira tem início na *Polícia*, em que a investigação criminal é conduzida por meio do *inquérito policial*. A segunda etapa transcorre no *Ministério Público*, que, reputando suficientes os elementos colhidos pela autoridade policial, apresenta a *denúncia*. A terceira fase é processada perante o *Poder Judiciário*: o juiz recebe a denúncia, ocasião em que se instaura a *ação penal* contra o réu, e supervisiona a produção da prova. Ao final da instrução, ele proferirá uma *sentença* que, transitada em julgado, será executada. Então, tem início a quarta e última etapa, que é o cumprimento da pena no âmbito do *sistema de execução penal*. Se se tratar de decisão condenatória a pena privativa de liberdade, a execução penal se dará dentro do sistema penitenciário.

A Constituição de 1988 restabeleceu as prerrogativas do Judiciário e fortaleceu, significativamente, o Ministério Público. Independência judicial e autonomia do Ministério Público, portanto, não são problemas no Brasil contemporâneo. Deixando para outra ocasião o debate sobre nosso sistema processual arcaico e ineficiente, os problemas do sistema têm se concentrado na porta de entrada — a Polícia — e na porta de saída — o Sistema de Execução Penal. A Polícia, sobretudo nos Estados, é frequentemente mal remunerada, mal treinada e mal equipada. Sem condições de atuação baseada em técnica e inteligência, não é incomum que seja violenta. O número de homicídios no país é um dos mais altos do mundo e o índice de elucidação é bastante baixo.

Também o advogado desempenha função essencial à Justiça, na dicção expressa da Constituição¹. Cabe a ele representar o acusado (ou a parte demandada, nos casos não criminais), realizando sua defesa técnica e assegurando o contraditório. O advogado é parcial por dever de ofício: se aceitar a causa, tem a obrigação, nos limites da lei e da ética profissional, de atuar com plenitude no patrocínio do interesse para o qual foi constituído. Ele não tem autorização para mentir, embora caiba-lhe apresentar a versão dos fatos dada por seu cliente. O papel do advogado é o de sustentar, entre teses jurídicas e argumentos alternativos, aqueles que aproveitam a parte que lhe cabe defender. Do lado oposto, outro advogado — ou, no processo penal, o órgão do Ministério Público — apresentará o ponto de vista contraposto. A Justiça é a síntese dialética resultante do exame das provas e da consideração dos argumentos e das teses jurídicas em disputa.

Juízes, por sua vez, como evidente, não podem ter lado. Ao contrário, entre teses de fato e de direito contrapostas, cabe a eles encontrar a verdade possível. Na interpretação do direito penal, cabe ao juiz buscar o delicado equilíbrio referido acima, sopesando os direitos fundamentais do acusado com o interesse da sociedade na eventual aplicação da punição. O juiz é, também, guardião dos direitos fundamentais da próxima vítima: manter alguém preso, muitas vezes, significa evitar um novo homicídio, um novo roubo, um novo estupro, um novo desvio de dinheiro. Servir à justiça significa, no geral da vida, desagradar algum dos advogados (seja o de defesa, seja o de acusação). Às vezes, ambos. Juiz criminal jamais vai ganhar prêmio de popularidade.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

A esse propósito, aliás, é próprio prestar desde logo um esclarecimento: a interpretação constitucional, nas sociedades complexas contemporâneas, envolve muitas vezes algum grau de criatividade para atender a demandas que sequer foram imaginadas pelo constituinte ou pelo legislador. Essa lógica, todavia, não vale para a aplicação da lei penal: aqui subsistem, intactos, princípios como a reserva legal e a interpretação estrita. Não se criam tipos nem penas por interpretação judicial. No campo penal não há qualquer espaço para ativismo judicial. Muito menos para atender ao clamor público ou ouvir a voz das ruas. Nem tampouco para opções ideológicas. Para citar um exemplo recente: se um fazendeiro faz um disparo contra indígena que invadiu a sua propriedade estando armado, o que cabe saber é se, de fato, houve a invasão indevida e se a reação foi proporcional. Não interessa se a convicção do juiz é pró-índio ou se ele é um ruralista empedernido.

2.1.3 Não se muda o mundo com direito penal

Não se muda o Brasil nem o mundo com direito penal, processos e prisões. A construção de um país fundado em justiça, liberdades individuais e igualdade exige:

- a) *educação de qualidade* desde a pré-escola, para permitir que as pessoas tenham igualdade de oportunidades e possam fazer escolhas esclarecidas na vida;
- b) *distribuição adequada de riquezas*, poder e bem-estar, para que as pessoas possam ser verdadeiramente livres e iguais, e se sentirem integrantes de uma comunidade política que as trata com respeito e consideração; e
- c) *debate público democrático e de qualidade*, no qual a livre circulação de ideias e de opiniões permita a busca das melhores soluções para as necessidades e angústias da coletividade.

Nessa perspectiva, o sistema punitivo está longe de figurar no topo da lista dos instrumentos mais importantes para realizar o ideário constitucional de igualdade, pluralismo e tolerância. Talvez por isso mesmo, ele tenha sido largamente negligenciado no Brasil desde a redemocratização. A verdade, porém, é que no atual estágio da condição humana o bem nem sempre consegue se impor por si próprio. A ética, o ideal de vida boa precisa de um impulso externo também. Entre nós, no entanto, um direito penal seletivo e absolutamente ineficiente em relação à criminalidade de colarinho branco criou um país de ricos delinquentes. O país da fraude em licitações, da corrupção ativa, da corrupção passiva, do peculato, da lavagem de dinheiro sujo.

O sistema punitivo deixou de cumprir o seu papel principal, como mencionado anteriormente, que é o de funcionar como meio de *prevenção geral*: a total ausência do temor de punição potencializou os comportamentos criminosos. As pessoas na vida tomam decisões baseadas em incentivos e riscos. Se há incentivos para a conduta ilícita — como o ganho fácil e farto — e não há grandes riscos de punição, a sociedade experimenta índices elevados de criminalidade. Em passagem que se tornou clássica, Cesare Beccaria assentou que é a certeza da punição, mais do que a intensidade da pena, o grande fator de prevenção da criminalidade. Não é necessário o excesso de tipificações, tampouco a exacerbação desmedida da pena. O sistema punitivo pode e deve ser moderado. Mas tem que ser sério.

Ninguém deseja um Estado policial, uma sociedade punitiva, um direito penal onipresente. É preciso assegurar o direito de defesa e o devido processo legal. Mas, de outra parte, impõe-se desfazer a crença de que devido processo legal é o que não acaba nunca; e de que *garantismo* significa que ninguém nunca seja punido, não importa o que tenha feito. O país precisa de um Estado de justiça. Uma sociedade justa não pode conviver com a empresa que ganha a licitação porque deu propina para o administrador que conduzia o certame. Ou com o político que exige vantagem indevida do empresário como condição para não interferir negativamente na sua atividade econômica. Ou com o banqueiro que ganha no mercado financeiro porque tem *inside information*. Ou com o fiscal que achaca o contribuinte, ameaçando-o com injusta autuação. Ou com o fundo de pensão de empresa estatal que torra o dinheiro dos seus segurados em projetos inviáveis, porque o dirigente recebeu uma vantagem. Este não é um país justo. Este é um país triste e desonesto.

2.1.4 “Pune-se muito e mal”

Um dos lugares comuns quando se analisa o sistema penal brasileiro é a afirmação de que se pune muito e se pune mal. E, ainda assim, a proposição é verdadeira e fácil de demonstrar. A sociedade brasileira tem duas grandes aflições nessa matéria: violência e corrupção. E, não obstante isso, mais da metade das pessoas que estão presas no sistema penitenciário — e já nos aproximamos do número de um milhão de internos — lá não estão por qualquer dessas duas razões. De acordo com os dados recorrentes do Depen, estas são as estatísticas de pessoas presas por crimes violentos: 25% por roubo; 10% por homicídio; 5% por crimes sexuais; 3% por latrocínio (roubo seguido de morte); e 1% por violência doméstica. A soma desses percentuais dá 44%. E isso num país em que há cerca de 50 mil homicídios por ano. Por outro lado, 28% dos internos do sistema penitenciário lá estão por delitos associados a drogas. É o maior percentual de todos.

A política de drogas do Brasil precisa ser revisitada e repensada em um debate amplo e sem preconceitos. Tal discussão deve levar em conta algumas premissas fáticas, a saber: (i) droga é algo ruim e o papel do Estado é desincentivar o seu uso, tratar os dependentes e combater o tráfico; (ii) a guerra às drogas fracassou e, quase cinquenta anos depois, nem o consumo nem o tráfico foram abalados; e (iii) a política de criminalização assegura aos traficantes o monopólio de um negócio extremamente rentável. A finalidade de uma política de drogas deve ser: (i) quebrar o poder do tráfico, sobretudo aquele que exerce sobre as comunidades pobres, onde funciona como poder político e econômico; (ii) acabar com o hiperencarceramento inútil de jovens primários e de bons antecedentes, que têm as vidas destruídas, saem da prisão muito mais perigosos do que entraram e são prontamente substituídos pelo tráfico. Uma discussão aberta das experiências de descriminalização que têm sido implementadas mundo afora precisa, urgentemente, entrar na agenda brasileira.

Retomando a narrativa. Como visto, nem metade dos presos do sistema estão encarcerados por crimes violentos. Porém, no tocante à outra aflição da sociedade, o percentual é ainda mais chocante: não aparece na estatística o número de pessoas presas por corrupção e crimes do colarinho branco em geral. Vale dizer: é menos de 1%. Pelos dados do sistema penitenciário, não há corrupção significativa no Brasil. Tragicamente, a estatística não corresponde à realidade. Cabe lembrar que no Índice de Percepção da Corrupção – IPC, da Transparência Internacional, ocupamos um desonroso lugar, próximo da 100ª posição. Esse dado e a ocorrência de dezenas de milhares de homicídios por ano no país não são dissociados. A corrupção abre espaço para os medíocres, para as políticas públicas equivocadas e para a impunidade.

2.1.5 A corrupção como problema crônico

É impossível não identificar as dificuldades em superar a corrupção sistêmica como um dos pontos baixos desses últimos trinta anos de democracia no Brasil. O fenômeno vem em processo acumulativo desde muito longe e se disseminou, nos últimos tempos, em níveis espantosos e endêmicos. Não foram falhas pontuais, individuais. Foi um fenômeno generalizado, sistêmico e plural, que envolveu empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos, agentes privados, partidos políticos, membros do Executivo e do Legislativo. Havia esquemas profissionais de arrecadação e distribuição de dinheiros desviados mediante superfaturamento e outros esquemas. Tornou-se o modo natural de se fazerem negócios e de se fazer política no país. A corrupção é fruto de um pacto oligárquico celebrado entre boa parte da classe política, do empresariado e da burocracia estatal para saque do Estado brasileiro.

Como seria de se esperar, o enfrentamento à corrupção tem encontrado resistências diversas, ostensivas e dissimuladas. Houve alguns avanços, que chegaram a atingir, num primeiro momento, pessoas que sempre se imaginaram imunes e impunes. A reação foi poderosa, em várias frentes². Em primeiro lugar, parte

² Deixo de fora dessa análise o caso específico do ex-Presidente Lula, em relação ao qual alguns erros da Operação Lava Jato e algum grau de contaminação política levaram o STF, por maioria, a reconhecer a incompetência do juízo em que condenado, assim como a suspeição do juiz.

do pensamento progressista no Brasil vislumbra a corrupção como uma nota de pé de página na história, acreditando que os fins justificam os meios. Por outro lado, parte da elite brasileira milita no tropicalismo equívoco de que corrupção ruim é a dos adversários, e não a dos que frequentem as mesmas mesas de pôquer, *vernissages* e salões que ela. Por fim, vêm os corruptos propriamente ditos, que se dividem em duas categorias bem visíveis: (i) a dos que não querem ser punidos pelos malfeitos cometidos ao longo de muitos anos; e (ii) um lote pior, que é o dos que não querem ficar honestos nem daqui para frente. Gente que tem aliados em toda parte. Não sem surpresa, ela vai apenas mudando de lugar: Mensalão, Petrolão, Orçamento... A esperança está no fortalecimento de um sentimento republicano e igualitário, capaz de vencer essa triste realidade.

Não é possível estudar o sistema punitivo entre nós sem levar em conta esses elementos: a violência espantosa na sociedade brasileira contemporânea, a fragilidade do direito penal em coibir a corrupção e, ademais, os excessos, a leniência e a desigualdade que o caracterizam.

3 Parte II: Alguns direitos e garantias penais na Constituição de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

3.1 Prisão e direito dos presos

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

LXI. “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

O sistema punitivo brasileiro prevê três espécies de pena: privativa de liberdade, restritiva de direito e multa. A prisão é a consequência mais drástica da violação da lei penal. Ela significa a privação da liberdade de locomoção de uma pessoa, geralmente com seu recolhimento ao cárcere. Curiosamente, a restrição à liberdade de ir e vir significou um notável avanço civilizatório, já que surgiu em substituição às penas de morte e corporais, muitas vezes com requintes de crueldade. A despeito da existência de respeitáveis posições abolicionistas da segregação prisional, assim como de defesa de outras alternativas para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, a prisão ainda hoje é compreendida como um “mal necessário”³.

A prisão de qualquer pessoa, notadamente quando anterior ao julgamento, é exceção dentro do sistema punitivo brasileiro. Por isso mesmo, ninguém deverá ser mantido preso quando a lei admitir liberdade provi-

³ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal*: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84. São Paulo: Saraiva, 1986.

sória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI). A regra geral é a de que a prisão dependerá de *ordem judicial*, ou seja, somente um juiz competente pode decretá-la. As exceções são a prisão em flagrante (que pode ser feita por “qualquer do povo”⁴) e as decorrentes de delitos de natureza militar (art. 5º, LXI). O ordenamento jurídico brasileiro admite as seguintes espécies de prisão: i) prisão extrapenal (prisão civil e prisão militar); ii) prisão penal (decorrente de sentença penal condenatória definitiva); iii) prisão cautelar, provisória ou processual, que é a prisão decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁵. São modalidades de prisão provisória: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. Como se vê, no âmbito penal, a prisão pode se dar antes ou após o julgamento. Após o julgamento final, ela será definitiva, sujeita apenas à revisão criminal.

3.1.1 Modalidades de prisão anteriormente ao julgamento⁶

A *prisão em flagrante* é aquela que se dá em contexto de extrema proximidade temporal e visual do fato criminoso⁷. Ela só é possível em situações em que praticamente não haja dúvida acerca da materialidade e da autoria do crime, ou seja, de que ele de fato ocorreu e quem o praticou. O art. 302 do Código de Processo Penal descreve as hipóteses de flagrante⁸. A prisão em flagrante deverá ser comunicada imediatamente ao juiz competente (art. 5º, LXII), assegurado ao preso o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV). O flagrante deixou de ser um título autônomo de prisão, tendo a legislação passado a exigir, para sua manutenção, a presença dos requisitos para a prisão preventiva⁹. No caso de parlamentares, a prisão em flagrante somente pode ocorrer por crime inafiançável, com remessa dos autos dentro de 24 horas para a Casa legislativa respectiva, que deliberará sobre a manutenção da prisão, nos termos do art. 53, § 2º da Constituição¹⁰.

A *prisão temporária* é modalidade de prisão cautelar, disciplinada pela Lei n. 7.960, de 21.12.1989. O juiz pode decretá-la por 5 dias (ou 30 dias em caso de crime hediondo¹¹), prorrogáveis por igual período, quando imprescindível para as investigações do inquérito policial. A prisão temporária somente é possível quando houver fundadas razões de autoria ou participação em crimes graves, como homicídio, sequestro, roubo, extorsão, estupro, tráfico de drogas e quadrilha ou bando, entre outros previstos na lei (art. 3º). O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a lei, desde que cumulativamente presentes os requisitos — im-

⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.: “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 963.

⁶ Sobre o tema, v.: CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Jus Podium, 2022.

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 574.

⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.: “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.: “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. art. 53: “§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.”

prescindibilidade para a investigação e indícios de cometimento de um dos crimes previstos —, mas vedou, expressamente, sua decretação com a finalidade exclusiva de interrogar o indiciado¹².

A *prisão preventiva* é igualmente prevista na legislação processual penal, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CPP, art. 312). Ela se destina, entre outras finalidades, a afastar do convívio social indivíduos que representem uma ameaça para os demais, bem como evitar a destruição de provas ou a fuga do suspeito. O Código de Processo Penal prevê situações em que a prisão preventiva poderá ser substituída por prisão domiciliar (art. 318)¹³. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

a) *não é suficiente para a prisão preventiva a alegação da gravidade abstrata do crime*, devendo-se apontar o enquadramento concreto nas categorias do art. 312, isto é, por qual risco efetivo deve o acusado ser privado de sua liberdade antes do julgamento¹⁴. Naturalmente, nos casos de crime praticado com violência ou ameaça grave — homicídio, roubo, estupro —, o ônus argumentativo da demonstração da periculosidade é simples¹⁵;

b) *a prisão preventiva é medida de natureza cautelar e não de antecipação da punição do réu*¹⁶. Por essa razão, ela somente se justifica em situações nas quais exista risco de reiteração delitiva, interferência com a instrução probatória ou risco de evasão;

c) *a inobservância da previsão do parágrafo único do art. 316 do CPP não implica automática revogação da prisão preventiva*. O referido dispositivo prevê que a decisão pela prisão preventiva deverá ser revisada a cada 90 dias, sob pena de tornar a prisão ilegal. Em decisão proferida em Suspensão de Liminar, ratificada em Plenário, firmou-se a seguinte tese: “a inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos”¹⁷.

A legislação prevê, também, a prisão preventiva para fins de extradição (Lei n. 13.445/2017, art. 84), sendo que a jurisprudência do STF considera, como regra geral, que o recolhimento à prisão é pressuposto indispensável ao processamento do pedido de extradição¹⁸, entendimento que tem sido atenuado¹⁹. Em matéria de prisão civil, admite-se que ela recaia sobre o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (inciso LXVII do art. 5º da CF/88 e art. 528 do CPC). Porém, em virada jurisprudencial, o STF passou a considerar ilegítima a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Assim fez por dar *status* supralegal à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que proíbe a prisão por dívida, salvo no caso do devedor de alimentos²⁰. Com relação aos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, contidos na parte final do

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.109, Red. p/ ac. Min. Luiz Edson Fachin, j. 14 fev. 2022.

¹³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.: “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 87.343, 2ª T., Rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.04.2007; e HC n. 156.371, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.03.2019.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 133.812, 1ª T., Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 12.06.2018: “Nas hipóteses envolvendo crimes praticados com especial violência ou grave ameaça a pessoa, o ônus argumentativo em relação à periculosidade concreta do agente é menor”.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 93.883, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.08.2008.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL n. 1.395, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.10.2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EXT n. 1.121-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.2008.

¹⁹ EXT 1.254-QO, Rel. Ayres Britto, j. 06.09.2011. Inclusive, a Lei nº 13.445/2017 passou a permitir a prisão domiciliar ou mesmo a liberdade enquanto tramita o processo.

²⁰ RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008; e Súmula Vinculante nº 25 do STF: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

inciso LXI do art. 5º da Constituição, não se exige a configuração do flagrante delito ou a expedição de uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente para que se realize a prisão. Tanto que, no tocante às punições disciplinares militares, o § 2º do art. 142 da CF/88 não admite o ajuizamento de *habeas corpus*, regra cujo sentido foi atenuado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²¹.

3.1.2 Prisão após o julgamento

Concluída a instrução probatória, o juiz proferirá sentença, que poderá ser absolutória (CPP, art. 386) ou condenatória (CPP, art. 387), observadas as especificidades próprias quando se tratar de julgamento por tribunal do júri (CPP, art. 492). Transitada em julgado a decisão condenatória, tem início a sua execução (CPP, art. 668 e Lei de Execução Penal). Findo o processo, o conteúdo do julgado somente poderá ser alterado nas hipóteses estreitas de cabimento de revisão criminal²². Questão que gerou acalorado debate na sociedade, na doutrina e na jurisprudência, com oscilação do entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, diz respeito à possibilidade de dar início à execução da sentença condenatória após o julgamento em segundo grau, mesmo na pendência de recurso especial ou extraordinário. A questão será retomada pouco mais à frente, no exame da cláusula de presunção de inocência.

3.1.2.1 Audiência de custódia e juiz de garantias

A *audiência de custódia* configura um ato de natureza processual penal por meio do qual o preso é conduzido à presença da autoridade judiciária para que se verifiquem as circunstâncias da prisão. Possui duas finalidades principais: avaliar a real necessidade da privação da liberdade, com a possibilidade de sua substituição por medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319²³); e assegurar a integridade física e psíquica da pessoa submetida ao rigor do Estado, verificando se o preso sofreu algum tipo de violência. Trata-se de medida com previsão no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (art. 9.3) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7.5), e que cumpre, ainda, as recomendações contidas na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Sua realização encontra-se prevista no art. 310 do Código de Processo Penal²⁴.

²¹ RHC 88.543, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03.04.2007. Na oportunidade, a Primeira Turma do STF deixou consignado que, não se tratando de crime militar definido em lei, aspectos relacionados à “legalidade da imposição de punição restritiva de liberdade” podem ser discutidos por meio de HC.

²² BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.: “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

²³ “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica...”

²⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Com a reação dada pela Lei n.º 13.964, de 2019: “Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória,

A introdução da figura do *juiz de garantias*, pela Lei n. 13.964/2019, visou a reforçar o sistema acusatório no direito processual penal brasileiro. Como se sabe, são três os principais sistemas adotados para a resposta punitiva do Estado: o acusatório, o inquisitivo e o misto. O sistema *acusatório* caracteriza-se por uma clara distinção entre a função de promover a imputação penal e a de julgar, devendo a atividade de produção da prova ser exercida integralmente pelas partes. Nesse modelo, o julgador atua como terceiro imparcial e inerte, que confere tratamento igualitário às partes e profere, ao final do procedimento, a decisão da causa, a partir do seu livre convencimento motivado.

No sistema *inquisitivo*, em outros tempos adotados pela Igreja Católica, o juiz atua como parte: dirige o processo, acusa e julga. O procedimento costumava ser escrito e secreto, sem garantia de contraditório. No Brasil vigoraria um sistema *misto*: predominantemente inquisitivo na fase pré-processual (investigação e inquérito policial) e preponderantemente acusatório na fase processual. A introdução da figura do juiz de garantias reforça o caráter acusatório do sistema: caberia a ele o controle da legalidade da investigação criminal e dos direitos do acusado, sem iniciativa na instrução probatória. Sua atuação cessaria com o recebimento da denúncia ou queixa. A partir daí, atuaria outro juiz, o da instrução e julgamento. Até meados de 2022, a inovação se encontrava suspensa por decisão da presidência do STF. O fundamento principal foi a dificuldade da estrutura do Poder Judiciário em implementar a medida²⁵.

Não é possível concluir esse tópico sem enfatizar dois problemas graves que afetam o cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil. O primeiro é a quantidade elevada de *presos provisórios*, efeito colateral inexorável da ineficiência do sistema punitivo, com processos que não são concluídos em prazo razoável²⁶. As consequências indesejáveis são a antecipação do cumprimento da pena ou a prescrição. O segundo diz respeito ao sistema penitenciário, em relação ao qual o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu um estado de coisas inconstitucional²⁷. Na observação aguda de Ademar Borges de Souza Filho:

A execução penal é o ponto alto de convergência de todo tipo de violação aos direitos fundamentais dos presos: é possível afirmar, sem risco de incorrer em exagero, que, para essa grande massa de hipossuficientes, o modelo de cumprimento das penas privativas de liberdade se converteu num sistema que opera fora de qualquer parâmetro de legalidade.²⁸

3.2 Direito à não autoincriminação

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

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

A ideia geral de um direito à não autoincriminação é antiga, remontando ao direito talmúdico²⁹ ou ao *ius commune* medieval.³⁰ Sua origem moderna, porém, é tradicionalmente identificada no constitucionalismo

com ou sem fiança.

²⁵ ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Rel. Min. Luiz Fux, liminar concedida em 22.01.2020.

²⁶ Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 28,5% da população carcerária era composta por detentos provisórios (233,8 mil) em 2021. V. POPULAÇÃO carcerária volta a aumentar, mas déficit de vagas diminui. *Conjur: Consultor Jurídico*, 10 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai>.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9.09.2015.

²⁸ SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 22.

²⁹ KIRSCHENBAUM, Aaron. *Self-Incrimination in Jewish Law*. [S. l.]: Burning Bush Press, 1970; ROSENBERG, Merker; ROSENBERG, Yale L. In the beginning: the Talmudic Rule against Self-Incrimination. *New York University Law Review*, v. 63, p. 955, 1988; DARROW-KLEINHAUS, Suzanne. The Talmudic Rule against Self-incrimination and the American Exclusionary Rule: a societal prohibition versus an affirmative individual right. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, v. 21, n. 2, p. 205-227, 2002; LEVINE, Samuel J. An introduction to self-incrimination in Jewish law, with application to American legal system. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 28, p. 257-277, 2006.

³⁰ HELMHOLZ, R. H. Origins of the Privilege against Self-incrimination: the role of the European *ius commune*. *New York Uni-*

inglês do século XVII, como reação a práticas inquisitoriais. De lá, a ideia de um direito natural à não autoincriminação aportou nas treze colônias norte-americanas, figurando, inicialmente, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, que previa que ninguém poderia “ser forçado a produzir prova contra si próprio”. O tema ingressou na Constituição dos Estados Unidos em 1789 (o texto originário da Carta é de 1787), quando da aprovação da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*). Ali, a Quinta Emenda previu expressamente que “ninguém [...] será compelido, em qualquer processo criminal, a ser testemunha contra si mesmo”.³¹

Há abundante e detalhada jurisprudência da Suprema Corte americana sobre o tema. O precedente mais conhecido é *Miranda v. Arizona*, julgado em 1966³². Nesse julgamento se decidiu que declarações feitas ou assinadas por acusados perante autoridade policial só poderiam ser usadas posteriormente em processo se determinadas salvaguardas fossem tomadas. Dentre as cautelas que se impunham, estava a necessidade de informar à pessoa o seu direito de permanecer calada e de adverti-la de que tudo o que dissesse poderia ser utilizado contra ela³³. Nada obstante a narrativa acima, veja-se que o princípio geral da não autoincriminação não é uma particularidade da cultura anglo-americana, sendo reconhecido por vários outros sistemas jurídicos, como os da Alemanha³⁴, Itália³⁵, Espanha³⁶, Argentina³⁷ e Colômbia.³⁸

O direito à não autoincriminação se funda, em primeiro lugar, no direito natural de todo indivíduo de preservar a própria liberdade e sua autonomia privada. E, em segundo lugar, numa visão do devido processo legal iluminada pelo princípio da dignidade humana, que impede a funcionalização do indivíduo para que

versity Law Review, v. 65, n. 4, p. 962-1566, 1990. O Autor faz, por exemplo, referência ao uso da fórmula *nemo tenetur prodere seipsum* (ninguém é obrigado a se trair) na Glosa Ordinária às Decretais do Papa Gregório IX, em especial, à glosa ad X 2.20.37 (Cum causam). Na doutrina nacional, v. TUCCI, Rogério L. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 392., onde afirma que as “raízes [do princípio], entretanto, remontam a vários séculos passados, com mais amplo desenvolvimento no *ius commune* e no processo penal canônico”.

³¹ WITT, John Fabian. Making the Fifth: the constitutionalization of american self-incrimination doctrine, 1791-1903. *Texas Law Review*, v. 77, issue 4, p. 825-923, mar. 1999. Veja-se também: BERGER, Mark. American perspectives on self-incrimination and the compelled production of evidence. *The International Journal of Evidence and Proof*, v. 6, issue 4, p. 218-242, 2002; TRAINOR, Scott A. A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination. *Fordham International Law Journal*, v. 18, issue 5, p. 2139-2186, 1994.

³² UNITED STATES. Supreme Court. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436. June 13, 1966. Note-se que o acórdão diz respeito a quatro casos julgados em conjunto: além de *Miranda v. Arizona*, *Vignera v. New York*, *Westover v. United States* e *California v. Stewart*.

³³ Confira-se a ementa do acórdão: “Na ausência de outras medidas efetivas, os seguintes procedimentos de proteção à Quinta Emenda devem ser observados: a pessoa em custódia deve, antes de seu interrogatório, ser claramente informada de que tem o direito de permanecer em silêncio, e de que tudo o que disser será usada contra si no tribunal; ela deve ser claramente informada de que tem direito de se consultar com um advogado e de tê-lo presente durante o interrogatório, e de que, se for muito pobre, um advogado será nomeado para representá-la”. UNITED STATES. Supreme Court. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436. June 13, 1966.

³⁴ Sobre o ponto, confira-se trecho de decisão do Tribunal Federal alemão (BGH, BGHSt 42, 139 = NJW 1996, 2940, caso GSSSt 1/96, j. 13 de maio de 1996): “De acordo com o núcleo do princípio, que também está formulado no art. 14, 3o, alínea g do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, ninguém deve, em um processo penal, ser compelido a, por meio de seu testemunho, se auto incriminar e, com isso, contribuir para sua condenação”.

³⁵ Em linha similar, a Corte Constitucional Italiana, sentença n° 291, de 26 de junho de 2002: “o princípio *nemo tenetur se detegere* é um corolário essencial do direito de defesa”.

³⁶ Veja-se ainda a posição do Tribunal Constitucional Espanhol, j. 13 de março de 2006, Sentencia 68/2006, Recurso de amparo 5786-2001, BOE n° 92 (Suplemento), de 18 de abril de 2006, p. 4: “En particular, hemos afirmado que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”.

³⁷ Entendimento similar é registrado pela Corte Suprema de Justiça da Nação, na Argentina, j. 27 de outubro de 2006, Caso C. 2016. XLI (inteiro teor disponível em <http://www.csjn.gov.ar>): “contraviene a la protección constitucional contra la autoincriminación la creación, por parte de las autoridades que conducen el proceso, de una situación tal que si se elige no confesar, se sufrirán consecuencias negativas directamente relacionadas con el proceso.

³⁸ De acordo com a Corte Constitucional Colombiana, caso C-621 de 1998: “Con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso”.

produza prova contra si, no interesse do Estado³⁹. Esse direito de não atuar contra o próprio interesse – identificado pelo brocardo latino *nemo tenetur se detegere* (“ninguém é obrigado a se descobrir”) — tem um alcance bem mais abrangente do que a literalidade do art. 5º, LXIII sugere, ao se referir tão-somente ao direito do “preso ... de permanecer calado”. Na linha da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, o direito se estende a todas as pessoas, presas ou não, que sejam acusadas ou investigadas⁴⁰, inclusive por Comissões Parlamentares de Inquérito⁴¹, alcançando, em certos casos, até mesmo as testemunhas.⁴²

O direito ou princípio da não autoincriminação abriga, na verdade, três posições jurídicas distintas: (i) o direito ao silêncio; (ii) a liberdade de não colaborar; e (iii) a liberdade de se precaver.

O *direito ao silêncio* foi, historicamente, a primeira posição jurídica que se visou proteger a partir da noção de garantia dos acusados contra a autoincriminação. Daí porque, tradicionalmente, é a única conduta a contar com proteção expressa em diversos sistemas e em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.⁴³ Antes da Constituição de 1988 e da previsão expressa do direito de permanecer calado, o direito ao silêncio era referido apenas no Código de Processo Penal. E, mesmo assim, de forma um tanto inócua, já que, na redação original do seu art. 186, o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa.⁴⁴ Esse dispositivo foi declarado incidentalmente inconstitucional⁴⁵ e, posteriormente, substituído⁴⁶. Atualmente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ausência de advertência acerca do direito ao silêncio torna nula a audiência⁴⁷ e ilícita a prova.⁴⁸

³⁹ Sobre o ponto, confira-se o registro de NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 90: “O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindido, pois de sua colaboração. Seria admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal”. V., também: TOVIL, Joel. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Brasília, v. 22, n. 111, fev./mar. 2008.

⁴⁰ V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 28.ago.92, HC 68.929, Rel. Min. Celso de Mello: “Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado”. Na doutrina, veja-se: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 133.; FERNANDES, Antônio Scaranze. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 262.; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 367.; SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 333.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 16.fev.2000, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello: “O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário”.

⁴² Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 163/626, HC 73.035, Rel. Min. Carlos Velloso: “Não configura o crime de falso testemunho quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada deixa de revelar fatos que possam incriminá-la”.

⁴³ Promulgado pelo Decreto nº 592/92, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos previu, no art. 14(3)(g), o direito de toda pessoa “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. Também a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678/92, previu em seu art. 8º (2)(g) o direito de toda pessoa “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

⁴⁴ Esta a redação original do art. 186 do Código de Processo Penal, antes da Lei nº 10.792/03: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 180:1001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, DJ 20.mar.1998, RE 199.570, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁴⁶ Essa a nova redação do art. 186 do Código de Processo Penal: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 19.dez.2002, HC 82.463, Rel. Min. Ellen Gracie: “Não tendo sido o acusado informado do seu direito ao silêncio pelo Juízo (Art. 5º, inciso LXIII), a audiência realizada, que se restringiu à sua oitiva, é nula”.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 180:1001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “[A] falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em ‘conversa informal’ gravada, clandestinamente ou não”.

A *liberdade de não colaborar* significa que o acusado ou investigado não tem o dever de cooperar com a apuração dos fatos que possam favorecer a acusação e, conseqüentemente, prejudicá-lo. Como decorrência natural desse direito, ele não pode sofrer sanção pela conduta de não cooperação. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido uma série de comportamentos que não devem ser considerados ilícitos quando praticados pelo acusado. Assim é que, *e.g.*, o réu pode licitamente se recusar a participar de reconstituição do crime do qual é acusado⁴⁹ ou a fornecer padrão vocal⁵⁰ ou padrão gráfico de próprio punho para perícia que possa lhe prejudicar⁵¹, sem com isso incorrer em qualquer crime (tal como, *e.g.*, desobediência – CP, art. 330) ou sofrer prejuízos para sua defesa.

Por fim, a *liberdade de ser preaver* impõe o reconhecimento de que ninguém tem o dever de facilitar sua própria incriminação, o que pode mesmo autorizar algumas condutas comissivas, isto é, a prática de atos que dificultem sua responsabilização. O Estado, no exercício da pretensão punitiva, pode, naturalmente, procurar evitar a prática de certos comportamentos defensivos, até mesmo com um arsenal pesado que inclui prisão cautelar, busca e apreensão e condução coercitiva (em casos, por exemplo, de risco de evasão ou destruição de provas). Mas não pode apenar, autonomamente, posturas que não são tipificadas como delitos autônomos, a exemplo da fuga.⁵² Além disso, reprovável como seja o recurso à mentira, tampouco ela é condenada como delito autônomo, na linha de relevantes entendimentos doutrinários⁵³ e da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu, em mais de uma decisão, o direito de o acusado faltar com a verdade.⁵⁴ Ao revés, já não estarão protegidas condutas como a ocultação de cadáver ou a intimidação de testemunhas, porque afetam a esfera de direitos de terceiros.⁵⁵

3.3 Presunção de inocência

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 4.set.1992, HC 69.026, Rel. Min. Celso de Mello: “O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso”.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 12.dez.2003, HC 83.096, Rel. Min. Ellen Gracie: “O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável”.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 8.set.1998, HC 77.135, Rel. Min. Ilmar Galvão: “[É] fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio”.

⁵² V., porém: BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. art. 247: “Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa”.

⁵³ V., *e.g.*: TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1. p. 363. “E mais: o réu pode até mentir. Não se trata de um direito de mentir, nem há que falar em direito (subjeto), neste caso. O que há é que a mentira do réu não constitui crime, não é ilícita. Mas, convém explicar: o réu é livre de mentir para se defender, não para acusar [...]. Por tudo isso o réu não presta compromisso, como testemunha e o perito. Nemo tenetur se detegere, “ninguém está obrigado a se descobrir”, é o princípio ético, liberal, que informa a lei brasileira”.

⁵⁴ V. exemplificativamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 16.fev.2000, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello: “E esse direito ao silêncio inclui, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o depoente negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial, judiciária ou legislativa, a prática de qualquer infração penal”; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 2.abr.1993, HC 68.742, Rel. Min. STF, DJ 29.ago.1997, HC 75.257, Rel. Min. Moreira Alves: “Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal”.

⁵⁵ Nesse sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1152: “Cremos fazer parte do direito de autodefesa do réu a inovação de certas coisas (como a modificação das características da arma utilizada para o homicídio, por exemplo, para não ser apreendida), de determinados lugares (a arrumação da casa, lavando-se manchas de sangue, após o cometimento do delito) ou de pessoa (buscar alterar a própria feição para não ser reconhecido). O crime [de fraude processual] destina-se, portanto, àquele que não é réu, diretamente envolvido no processo, mas busca alterar o estado de coisa, lugar ou pessoa para levar a erro o magistrado ou o perito. Entretanto, há limite para a utilização da autodefesa, quando a inovação de lugar implica, por exemplo, no cometimento de delito mais grave, como a ocultação de cadáver. Este último tem objeto jurídico diverso, que é o respeito à memória do morto, a merecer sepultamento digno, além de possuir pena mais grave [...]”.

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

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O sentido e alcance dessa cláusula constitucional gerou oscilação jurisprudencial e acalorados debates doutrinários e sociais. A questão delicada que se delineou foi o momento a partir do qual é possível dar execução à decisão judicial condenatória. Tanto a legislação quanto o entendimento do Supremo Tribunal Federal variaram ao longo do tempo.

Por largo período após o início de vigência do Código de Processo Penal, previu-se o recolhimento do réu à prisão após o julgamento em 1º grau.⁵⁶ Mais à frente, com base no art. 597 do CPP, passou-se a entender, diante do efeito suspensivo reconhecido à apelação da sentença condenatória, que a execução da decisão somente poderia se dar após o julgamento desse recurso. Vale dizer: antes do julgamento em 2º grau, não era possível a execução da sentença condenatória. Esse entendimento prevaleceu mesmo após o advento da Constituição de 1988. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia, pacificamente, que a condenação em 2º grau ensejava a execução do julgado, inclusive com a prisão do réu.⁵⁷

Essa linha jurisprudencial prevaleceu até 2009, quando do julgamento do HC 84.078. Naquela oportunidade, ao interpretar o inciso LVII do art. 5º da Constituição, o STF passou a vedar a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, invocando o princípio da presunção de inocência. Da ementa do acórdão se extraem as seguintes passagens:

Habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada ‘execução antecipada da pena’. Artigo 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Artigo 1º, III, da Constituição do Brasil.

[...] A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso VII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

[...] A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.⁵⁸

Nova virada jurisprudencial sobreveio no julgamento do HC n. 126.292, em 2016. Nele, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, sufragou a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.⁵⁹ Em seu voto, o primeiro autor deste texto, na linha do entendimento da maioria, observou:

A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144);

⁵⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Redação original do art. 594: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”. Este dispositivo veio a ser revogado pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

⁵⁷ V. e.g., BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 26.06.1991.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 5.02.2009.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016.

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

Essa linha de entendimento foi ratificada no julgamento das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43 e 44⁶⁰, bem como no julgamento, em regime de repercussão geral, do ARE n. 964.246⁶¹. Todavia, no julgamento do mérito das duas ADCs aqui mencionadas, o STF tornou a alterar a sua jurisprudência na matéria, voltando a afirmar que a execução da pena, após a condenação em 2º grau, mas antes do trânsito em julgado, violava a presunção de inocência. Assim, ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP⁶², interpretou-o no sentido de que ele vedaria a execução na pendência dos recursos especial e extraordinário.⁶³ Essa é a posição atual do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, duas correntes se alternaram no Tribunal a propósito desse tema. Uma primeira corrente entende que a presunção de inocência, como todo direito, não é absoluta, precisando ser interpretada em harmonia com outros direitos e valores constitucionais. Deve ser entendida, assim, como um princípio, comportando ponderação com outros bens jurídicos constitucionais, notadamente a efetividade mínima do sistema punitivo. A possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau é o padrão adotado pela quase totalidade dos países democráticos. A corrente oposta considera a presunção de inocência uma regra rígida, a ser aplicada segundo a lógica do “tudo ou nada”, mesmo que a consequência seja um sistema penal ineficiente e constrangedoramente seletivo, recaindo, sobretudo, sobre os que não têm meios de procrastinar indefinidamente a conclusão dos processos.⁶⁴

A prolongada duração dos processos criminais traz consequências negativas graves para o sistema de justiça, como já assinalado e aqui reiterado. A primeira delas é a ocorrência frequente de prescrição, sobretudo em crimes de colarinho branco. Em segundo lugar, a procrastinação indefinida leva a uma distorção: a elevada incidência de prisões antes do trânsito em julgado. Relatório produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2017, revelou problema crônico enfrentado pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA): a média de pessoas presas antes do julgamento final é superior a 36%, podendo chegar, em alguns países, a 60% do total da população carcerária.⁶⁵ Esse quadro evidencia, naturalmente, a disfuncionalidade do sistema.

4 Parte Final: Considerações críticas acerca do sistema punitivo brasileiro

O direito penal e processual no Brasil tem permanecido no mesmo lugar há muito tempo: cruel, ineficiente e incapaz de fornecer os incentivos certos para a sociedade. Ele combina o pior de dois mundos: arbitrariedade e impunidade. O sistema punitivo brasileiro está desarrumado filosófica, normativa e administrativamente, precisando de um exercício de pensamento criativo e energia construtiva. Ele não realiza, adequadamente, nenhuma das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa nem prevê retribuição na medida certa. A sociedade tem a sensação difusa de impunidade, mas as estatísticas de encarceramento são elevadíssimas. Temos uma justiça tipicamente de classe: mansa com os ricos e dura com

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs ns. 43 e 44 – MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 5.10.2016.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.2016.

⁶² BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Este o teor do dispositivo: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs ns. 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, 7.11.2019.

⁶⁴ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do mérito das ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁶⁵ <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/136.asp>

os pobres. Leniente com o colarinho branco e severa com os crimes de bagatela. Meninos da periferia com quantidades relativamente pequenas de drogas são os alvos preferenciais do sistema.

A justiça criminal não funciona apenas como escudo, mas também como espada dos direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade não proíbe somente excessos punitivos, mas também a proteção deficiente. É papel da jurisdição penal garantir a tutela efetiva dos direitos fundamentais, entre os quais se incluem os direitos de natureza difusa, aí incluído o direito de ser governado com honestidade. Para ser efetiva, essa tutela não pode se resumir a uma declaração de princípios, mas tem de ser concretizada no mundo real, na transformação de práticas arraigadas há muito tempo no Brasil e que se disseminaram, nos últimos tempos, em níveis espantosos e endêmicos. Não é possível fechar os olhos a essa realidade e deixar de contribuir, dentro dos limites da Constituição e das leis, para o seu combate.

A renovação da política criminal brasileira exige um esforço de racionalização das práticas punitivas, a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo. Porém, cabe também ao Poder Judiciário a tarefa de tornar realidade o ideal civilizatório de um direito penal subsidiário (dedicado às práticas violadoras dos direitos mais importantes e dos valores mais essenciais da sociedade), moderado (sem exageros punitivos ou messianismo populista), republicano (igualitário e avesso à política criminal do compadrio) e eficiente (rápido, sério e previsível).⁶⁶

Algumas das ideias expostas neste texto podem ser sintetizadas nas proposições abaixo:

1. O direito penal, nas circunstâncias históricas do Brasil, deve ser moderado, sério e igualitário. Seu principal papel é o de prevenção geral, devendo contribuir para que as pessoas não pratiquem delitos pelo fundado temor de que sofrerão uma consequência negativa.

2. O direito penal é a área de atuação estatal mais sujeita a abusos. Por outro lado, o país tem uma tradição de proteção deficiente e de leniência em relação a certos tipos de criminalidade. Para dizer de forma clara: o sistema punitivo brasileiro é duríssimo com os pobres e manso com os ricos.

3. A necessária equalização do direito penal não significa estender ao andar de cima as mesmas violações de direitos fundamentais praticadas no andar de baixo⁶⁷. Pelo contrário, deve consistir em assegurar, em qualquer caso, devido processo legal e garantias da defesa. Porém, é preciso superar a crença difundida de que devido processo legal é o que não termina nunca e que garantismo é a certeza de impunidade em qualquer circunstância.

4. As duas grandes aflições da sociedade brasileira, relativamente ao sistema punitivo, são violência e corrupção. No entanto, menos da metade dos internos no sistema penitenciário estão presos por crimes violentos. E nem 1% estão presos por corrupção e outros crimes de colarinho branco. Em suma: o sistema não atende adequadamente as demandas da sociedade.

5. Em matéria penal, não existe espaço para criatividade ou ativismo judicial. Nesse domínio, reinam soberanas a reserva legal e a interpretação estrita. Muito menos há espaço para se dar atenção à voz das ruas ou ao clamor público. Direitos fundamentais, inclusive os dos acusados em processo criminal, são trunfos contra as maiorias.

⁶⁶ V. o prefácio do primeiro autor ao livro de Ademar Borges de Souza Filho: SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁶⁷ V. Ademar Borges de Souza Filho: SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 26.

Referências

- BERGER, Mark. American perspectives on self-incrimination and the compelled production of evidence. *The International Journal of Evidence and Proof*, v. 6, issue 4, p. 218-242, 2002.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.
- BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.
- BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011.
- CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: JusPodium, 2022.
- DARROW-KLEINHAUS, Suzanne. The Talmudic Rule against Self-incrimination and the American Exclusionary Rule: a societal prohibition versus an affirmative individual right. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, v. 21, n. 2, p. 205-227, 2002.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- HELMHOLZ, R. H. Origins of the Privilege against Self-incrimination: the role of the european ius commune. *New York University Law Review*, v. 65, n. 4, p. 962-1566, 1990.
- KIRSCHENBAUM, Aaron. *Self-Incrimination in Jewish Law*. [S. l.]: Burning Bush Press, 1970.
- LEVINE, Samuel J. An introduction to self-incrimination in jewish law, with application to American legal system. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 28, p. 257-277, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodium, 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2010.
- POPULAÇÃO carcerária volta a aumentar, mas déficit de vagas diminui. *Conjur: Consultor Jurídico*, 10 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai>.
- ROSENBERG, Merker; ROSENBERG, Yale L. In the beginning: the Talmudic Rule against Self-Incrimination. *New York University Law Review*, v. 63, p. 955, 1988.
- SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

- TOVIL, Joel. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Brasília, v. 22, n. 111, fev./mar. 2008.
- TRAINOR, Scott A. A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination. *Fordham International Law Journal*, v. 18, issue 5, p. 2139-2186, 1994.
- TUCCI, Rogério L. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- UNITED STATES. Supreme Court. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436. June 13, 1966.
- WITT, John Fabian. Making the Fifth: the constitutionalization of american self-incrimination doctrine, 1791-1903. *Texas Law Review*, v. 77, issue 4, p. 825-923, mar. 1999.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**POLÍTICAS PÚBLICAS, DESENVOLVIMENTO
E JUSTIÇA**

The cover image features a large, white, seated female statue in the foreground, holding a book. The statue is positioned in front of a modern, multi-story building with a glass facade. In the background, a tall, white, rectangular tower rises against a blue sky with scattered white clouds. The overall scene is set in a well-maintained urban environment with greenery and a paved walkway.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A tentativa na omissão imprópria: um esboço sobre a delimitação entre atos preparatórios e início da execução

The attempt by improper omission: an outline on the delimitation between preparatory acts and the beginning of the execution

Guilherme Góes

Janice Santin

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023
PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

A tentativa na omissão imprópria: um esboço sobre a delimitação entre atos preparatórios e início da execução*

The attempt by improper omission: an outline on the delimitation between preparatory acts and the beginning of the execution

Guilherme Góes**

Janice Santin***

Resumo

A delimitação entre atos preparatórios e início da execução nos delitos omissivos impróprios ainda é uma questão controversa na ciência penal. Neste estudo, buscamos, em primeiro lugar, demonstrar a possibilidade de punição da tentativa nas situações de omissão imprópria para, em seguida, apresentar os diversos posicionamentos que podem ser adotados como forma de delimitação do início da tentativa. Após uma análise crítica dos principais critérios adotados pela doutrina e jurisprudência, concluímos que apenas as posições que adotam um critério de perigo concreto são compatíveis com a lei brasileira. Para seu desenvolvimento, recorreremos à análise bibliográfica, legislativa e também jurisprudencial.

Palavras-chave: tentativa; omissão imprópria; tentativa na omissão imprópria; início da execução; atos preparatórios.

Abstract

The differentiation between preparatory acts and the beginning of the execution in improper omissions offenses is still a controversial issue in criminal science. First of all, the present study intends to demonstrate the possibility of punishing the attempt in situations of improper omission and then, to present the different positions that can be adopted as way of delimiting the criteria presented by literature and jurisprudence is accompanied by critical observations and by the arguments in favor and against each of the positions, as well as comments on their adequacy within the Brazilian legal system. The study is complemented with an analysis of the consequences and procedural difficulties faced by each of the possible theories exposed. At the end, it is concluded that only the positions that adopt a concrete danger criterion are compatible with Brazilian law. For its development, the present paper resorted to bibliographic, legislative and also jurisprudential analysis.

Keywords: attempt; improper omission; attempt by omission; preparatory acts; overt acts.

* Recebido em 15/01/2023
Aprovado em 04/05/2023

Agradecemos ao Prof. Dr. Luís Greco e à Profa. Dra. Heloísa Estellita pela revisão e pelas importantes considerações sobre o texto.

** Doutorando e Mestre pela Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha (Humboldt-Universität zu Berlin). Advogado. E-mail: guilherme.tgoes@gmail.com.

*** Doutoranda pela Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha (Humboldt-Universität zu Berlin). Mestra em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública (UERJ). Bolsista da Fundação Konrad Adenauer (Konrad-Adenauer-Stiftung, KAS). E-mail: janicesantin@icloud.com.

1 Introdução

O Código Penal pune os crimes omissivos impróprios (art. 13, § 2º). De igual forma, pune também os crimes tentados (art. 14, *caput*, II, do Código Penal). Essas duas afirmações encontram respaldos claros tanto em dispositivos legais quanto na literatura. O mesmo grau de certeza, porém, não se verifica quando se trata de unir essas duas formas de prática criminosa numa só figura, já que inexistente norma que afirme, explicitamente, “pune-se a tentativa omissiva imprópria”¹. Além disso, inexistente, no Brasil, uma discussão detida e aprofundada sobre a possibilidade e definição da tentativa nessas situações.

O fato de que tanto os crimes omissivos impróprios quanto as tentativas são puníveis poderia sugerir que não há qualquer controvérsia sobre a possibilidade de punição quando combinadas essas formas delitivas. Isso, no entanto, não é uma verdade. Diversos autores na literatura nacional negam a punibilidade da tentativa nos crimes omissivos, enquanto aqueles que a acolhem, por sua vez, não somente não a justificam como nem sequer discutem os parâmetros de manifestação dessa construção dogmática².

Do ponto de vista teórico, este estudo visa corrigir dois problemas centrais: afastar o falso argumento sobre a impossibilidade das tentativas omissivas impróprias no direito brasileiro (a seguir, ponto 1.) e apresentar as diversas formas de se diferenciar os atos preparatórios do início da execução nos crimes omissivos impróprios (a seguir, ponto 2.). Para tanto e com o intuito de demonstrar a aplicabilidade de cada formulação teórica, fazemo-nos uso de um caso da jurisprudência brasileira (embora com adaptações), no qual a mãe deixa de alimentar seu filho menor de idade e incapaz de se alimentar sozinho. Ao final (ponto 3.), buscamos demonstrar os reflexos dessas discussões no campo processual penal, aproximando direito material e processual. Diante de um caso que envolva a matéria, um magistrado brasileiro não dispõe de fontes suficientes para tomar uma posição fundamentada; nesse tema, a ciência ainda está muito distante da prática. Tentaremos, assim, aproximá-las.

2 A punibilidade da tentativa nos crimes omissivos impróprios

O quadro normativo deve ser o ponto de partida deste estudo. No caso da tentativa, os arts. 14, *caput*, II (crime tentado), 15 (desistência voluntária e arrependimento eficaz) e 17 (crime impossível) do Código Penal; na tentativa omissiva imprópria, os mesmos artigos mencionados, mas combinados com a regra do art. 13, § 2º, do Código Penal³. Para fins desse debate, destacamos a redação do art. 14, *caput*, II, norma que fundamenta a punição dos delitos tentados: “Art. 14 - Diz-se o crime: (...) II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.”. Surge, então, a dúvida: é possível, com base na redação dessas normas, punir a tentativa na omissão imprópria?

Parte da doutrina nacional refuta essa possibilidade (em detalhes, a seguir). Os principais argumentos trazidos por esses autores remetem a três dos quatro cânones clássicos de interpretação: tratam-se de questões (a) literais, (c) sistemáticas e (d) teleológicas. Apresentaremos, assim, as principais razões daqueles que a negam, oferecemos contra-argumentos a essa posição e concluiremos em favor reconhecimento da tentativa

¹ Há um delito omissivo *próprio* quando existe uma norma penal que ordena um agir e o autor se mantém inerte (*dever de agir*, como é o caso da omissão de socorro, art. 135 do CP); sua consumação se dá com o mero descumprimento da ordem e independe, assim, da ocorrência de um resultado de dano ou de perigo. Por sua vez, a *omissão imprópria* (ou comissão por omissão) decorre da violação do *dever de impedir o resultado* (art. 13, parágrafo segundo, CP); mais detalhes em HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. p. 515 e s.

² Como exceção, CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

³ Art. 13, parágrafo segundo, CP: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. [...]”.

nos crimes omissivos impróprios. Buscando esgotar a análise argumentativa, faremos também uma observação sob a (b) perspectiva histórico-legislativa.

(a) Há quem negue a existência da tentativa omissiva imprópria sob a justificativa de que o conceito de crime tentado do Código Penal seria aplicável apenas aos delitos praticados por meio de ações⁴. Isso sob o argumento de que os delitos omissivos impróprios estariam fundamentados em um dever de agir para a evitação do resultado, o que os tornaria, assim, incompatíveis com a ideia de “execução”⁵, de forma que o termo “início da execução” pressuporia, necessariamente, uma atuação comissiva. Nesse mesmo sentido, diz-se que, nos crimes comissivos por omissão, não haveria execução, mas tão somente o *início de uma ação mandada*, isto é, do cumprimento de um dever jurídico de agir⁶.

Essa argumentação, todavia, parece ignorar detalhes importantes da redação legal. Em primeiro lugar, o termo *execução* não necessariamente é um sinônimo para “atuar” ou “agir”; afinal, em sentido jurídico, a palavra *execução* refere-se a uma das fases de um crime (atos preparatórios; execução; consumação; exaurimento)⁷. Assim, caso interpretada em termos jurídico-penais como sinônimo de realização ou de fazer acontecer, deve-se lembrar que o próprio ordenamento penal reconhece a possibilidade de praticar um delito tanto pela via ativa como omissiva. Ainda que se quisesse persistir em uma interpretação estritamente gramatical, não se poderia ignorar que a lei, em realidade, fala em “iniciada a execução” e não apenas em “execução”; a expressão deve ser lida como um todo, não apenas seu último vocábulo. Disso decorrem duas consequências relevantes: *i*) gramaticalmente, o termo está redigido na voz passiva, não havendo determinação de *quem* a inicia; *ii*) contextualmente, o *início* não precisa ter sido praticado pelo autor ou mesmo por um movimento corporal, basta que algo ou alguém tenha iniciado a execução⁸. Os termos “execução” e “iniciada a execução” comportam a possibilidade de omissão e aqueles que a negam recorrem a uma interpretação restritiva, buscando de alguma forma excluí-la do âmbito da norma. Não se trata de interpretar o termo *execução* por analogia⁹, mas simplesmente de não o reduzir deliberadamente. Afinal, inexistem argumentos textuais que realmente justifiquem essa exclusão; pelo contrário, é possível reconhecer a tentativa nos crimes omissivos impróprios.

(b) Um segundo critério usual de interpretação – embora não apareça nas discussões sobre o presente tema – é a intenção do legislador. A partir da exposição de motivos do Código Penal de 1940, constata-se que o legislador não fez qualquer menção ao assunto¹⁰. Posteriormente, quando da reforma de 1984,

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2. p. 568.

⁵ BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 472.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 386.

⁷ De forma complementar, CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 117 e s., demonstra em detalhes como “início da execução” deve ser concebido como um termo normativo; no mesmo sentido, ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 241 e ss.

⁸ Esse argumento gramatical não encontra respaldo nem mesmo em ordenamentos que falam na realização do tipo iniciada pelo autor, como é o caso da lei alemã: “§ 22 StGB. Tenta cometer um fato punível aquele que, segundo a sua representação do fato, dá início imediato à realização do tipo”. Embora lá também já se tenha sugerido a impossibilidade da tentativa na omissão imprópria (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 91, porém com base na redação antiga do dispositivo da tentativa), há muito já se reconhece sua viabilidade (ZACHARIÄ, Heinrich. *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Erster Teil*. Göttingen: Dieterichschen Buchhandlung, 1836. p. 66 e s.), tratando-se atualmente de uma questão superada (por todos, ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 266). Igualmente na Argentina (Art. 42 CPN. “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”); ver, nesse sentido, DONNES, Antonella. La tentativa en los delitos de omisión y la posibilidad de diferenciar distintas etapas al igual que en el delito comisivo. *En Letra: Derecho Penal*, n. 1, p. 152-175, 2015. p. 173; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 848.

⁹ Como tentam fazer crer SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 386, e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2. p. 569.

¹⁰ Cf., sobre a tentativa, Exposição de Motivos do Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940, p. 9 e ss.

ele apenas reforçou a manutenção da redação dos artigos correspondentes aos arts. 14, 15 e 17, sem, mais uma vez, apresentar qualquer consideração direta sobre o tema¹¹. Destacamos, porém, uma breve passagem mencionada pelo legislador de 1984: “pôs-se, portanto, em relevo, a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nulum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de praticar o ato ou abster-se de fazê-lo.”¹². Disso decorre que tanto os autores comissivos como os omissivos são destinatários das normas penais. Parece-nos, então, que, se o legislador pretendesse algo diferente para as normas da tentativa, ele teria regulado explicitamente a exclusão dos casos omissivos impróprios. Assim, sob a perspectiva histórica, tem-se que ou o legislador não expressou qualquer posição sobre o tema ou, como consequência de sua definição de crime, as normas da tentativa também se aplicam às omissões impróprias.

(c) Existe, ainda, um outro argumento contrário ao reconhecimento dessa forma de tentativa, que muito embora apareça disfarçado de interpretação gramatical, rege-se, em realidade, pelos princípios da interpretação sistemática. Há quem defenda que a redação da tentativa, por falar somente em “agentes”, estaria direcionada apenas aos crimes comissivos – especialmente quando se percebe que no artigo anterior há menção expressa aos “omitentes” (art. 13, § 2º)¹³. Uma tal afirmação, entretanto, ignora por completo o fato de que o Código Penal utiliza a palavra *agente* como gênero para *ação* e *omissão*. Vezes a lei aponta, expressamente, o reconhecimento da ação e da omissão sob o termo *agente*¹⁴, e em outras ela exige que se pressuponha, por razões lógicas, que tanto o agente quanto o omitente estejam sujeitos à aplicação daquela norma – por exemplo, nos arts. 2º, parágrafo único¹⁵ ou 18, *caput*, I¹⁶, do Código Penal: quem ousaria dizer que os omitentes não podem ser favorecidos com a descriminalização de condutas para fins das regras da lei penal no tempo? Ou, ainda, que a definição de dolo não se aplica aos casos de omissão? O Código recorre à palavra “omitente” uma única vez, no art. 13, § 2º – não por acaso o dispositivo que trata exclusivamente dos crimes omissivos impróprios. Seria ilógico que ele assim não o fizesse, pois o único sentido possível é de que *essa* norma seja aplicada *apenas* àqueles que se omitem. Desse modo, uma interpretação sistemática não impede o reconhecimento da tentativa omissiva imprópria.

(d) Uma última alegação que vai de encontro à possibilidade da tentativa omissiva imprópria diz que, se a tentativa se configura pela não concretização do resultado típico desejado pelo autor (seja porque nenhum resultado tenha ocorrido ou porque o resultado ocorrido foi diverso do desejado), não há razão para a punição a título de omissão, uma vez que o omitente deve, justamente, *impedir* o resultado¹⁷. Ausente o pressuposto de punição, inexistente a possibilidade de punir. Tal argumento, todavia, está incorreto e tem por base dois equívocos.

A primeira: o fato de a lei prever que o omitente tem o dever de impedir o resultado não significa que ele será punido tão e somente quando este resultado ocorrer, da mesma forma como os autores comissivos não são punidos apenas pelos delitos consumados, muito embora diversas normas exijam resultados lesivos concretos. Havendo uma norma extensiva que justifique a punição em um momento anterior, passa a ser

¹¹ Cf., Exposição de Motivos n. 211 do Código Penal. 09 de maio de 1983, ponto 11 e ss.

¹² Exposição de Motivos n. 211 do Código Penal. 09 de maio de 1983, ponto 12.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2. p. 568.

¹⁴ P. ex., art. 21, parágrafo único, CP: “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”; ou art. 26, *caput*, CP: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (grifos nossos).

¹⁵ Art. 2º, parágrafo único, CP: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

¹⁶ Art. 18, *caput* e I, CP: “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

¹⁷ BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 472; “Se nada acontece, não há resultado, pelo que não pode haver qualquer classe de responsabilidade, pois na omissão imprópria, o réu está na posição de garante da não ocorrência do resultado. Se este não tem lugar, nada resta para punir.”

possível fundamentar a punição neste outro cenário – como o faz o art. 14, *caput*, II, do Código Penal. A segunda: há uma confusão entre os conceitos “resultado” e “lesão/dano”. Um crime de resultado pode tanto ser um crime de lesão como um crime de perigo concreto¹⁸. Ao pé da letra da lei, as situações de perigo concreto também podem configurar uma forma de resultado e não apenas os casos em que há uma lesão material¹⁹⁻²⁰. A norma que estende a punição da tentativa justifica exatamente a punição de comportamentos considerados perigosos e que não necessariamente chegam a concretizar a lesão²¹. Assim, parece-nos correto que o Direito Penal puna a não intervenção em processos causais perigosos a bens jurídicos.

(e) Por fim, e para além dos cânones de interpretação, há quem se valha do argumento de que seria impossível reconhecer a tentativa nos crimes omissivos impróprios diante da dificuldade de determinar, nessas situações, o momento correspondente ao começo da execução²².

Esse não é, contudo, um argumento válido, na medida em que a dificuldade em determinar ou precisar um conceito jamais pode ser utilizada como justificativa em um debate científico. A dificuldade, além de não ser um sinônimo de impossibilidade, apenas invoca uma maior necessidade de aprofundamento e estudo, não podendo ser utilizada como impeditivo ao desenvolvimento científico. Precisamos ser capazes de expor, discutir e propor soluções aos problemas jurídicos identificados, sem nos deixar levar pela sedução de argumentos simplistas. Uma “*ciência*” que cede diante do mantra da “*dificuldade de provar a hipótese*” não pode se pretender *ciência*; afinal, ela deixa de explorar as possibilidades, de observar, de testar e, ao fim e ao cabo, de resistir, pressuposto necessário para o desenvolvimento e o alcance de uma ciência que se pretenda universal.

Concluimos, assim, pela possibilidade de punição da tentativa nos crimes omissivos impróprios. Resta, agora, identificar o momento em que ela se inicia.

¹⁸ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2020. p. 429, nm. 102.

¹⁹ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral: arts. 1º ao 120. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 567 e 557, também reconhece a possibilidade da tentativa nos crimes omissivos impróprios.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 623, também argumentam ser possível reconhecer a tentativa na omissão imprópria, especialmente em razão de uma correlação entre o perigo ao bem jurídico e o dever de agir do garantidor. Destacamos, porém, algo que o leitor pode já ter notado ao comparar esta última citação com as notas anteriores; Zaffaroni por vezes defende a possibilidade e em outras a impossibilidade do reconhecimento da omissão imprópria junto ao ordenamento brasileiro (vide notas 1, 7 e 11). Vale notar que em seu tratado geral sobre o direito penal o autor reconhece a possibilidade de tentativa omissiva imprópria, oferecendo diversos argumentos e até apresentando critérios para a distinção entre atos preparatórios e início da execução (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*. parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 848-850). Seria possível tentar identificar sua posição por meio de uma interpretação temporal, em que a obra mais recente (2020, com Pierangeli, em que aceita a tentativa; vale notar que, em obra específica, os mesmos autores também defenderam e fundamentaram a possibilidade da tentativa omissiva imprópria, apresentando diferentes argumentos e uma posição para a diferenciação baseada no perigo, em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 117-122) refletisse sua posição atual. No entanto, sua outra obra foi publicada apenas três anos antes (2017, com Batista). Não temos dúvidas de que o autor pode ter mudado de posição, contudo, os argumentos trazidos em sua obra mais recente não fazem qualquer referência às obras anteriores e acabam contradizendo-as na essência. Dessa forma, parece-nos possível reconhecer que o autor, individualmente, aceita a possibilidade da tentativa nos crimes omissivos impróprios, porém não se pode ter certeza sobre sua posição em relação ao ordenamento brasileiro.

²¹ No âmbito da omissão, discute-se, por exemplo, o grau de responsabilidade do autor frente ao aumento do risco ao bem jurídico ou à certeza de realização do resultado. No campo da tentativa, por certo, o omitente só pode ser responsabilizado pelo aumento do risco e não pela evitação do resultado inexistente. No decorrer deste estudo, o leitor verá que boa parte da discussão travada por alguns autores está sempre ligada à criação ou aumento de um risco. Ao fim e ao cabo, para muitos, determinar o momento de início da tentativa na omissão imprópria também significa determinar o momento em que o risco passa a ser juridicamente relevante para o ordenamento e, portanto, digno de repressão.

²² BUSATO, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 472: “a razão dessa impossibilidade é que a omissão imprópria tem o problema de definição do começo da tentativa, ou seja, dos ‘atos de execução’, porque estes não são precisos. Afinal, quando se pode falar em início da execução? Será o momento da criação do perigo? Nos crimes de perigo, então, já estaria o delito consumado! Será a perda da primeira possibilidade de atuar? Será a perda da última possibilidade de atuar? Essa dúvida insanável torna inadmissível a hipótese.”

3 Delimitação entre atos preparatórios e tentativa nos crimes omissivos impróprios

O problema mais atual e urgente se situa, assim, na delimitação da fronteira entre atos preparatórios e tentativa na omissão imprópria, já que diferentemente do que ocorre nos crimes comissivos, o agir do autor não corresponde a uma combinação de diferentes atos que levam ao resultado, mas a uma mera e constante inatividade. A seguir, apresentaremos os critérios desenvolvidos pela literatura para responder à seguinte pergunta: quando o autor omissivo inicia a realização do tipo penal e atinge, assim, o estágio punível da tentativa?²³

A fim de ilustrar o tema objeto desse estudo, apresentaremos abaixo um caso modelo, ao qual faremos referência ao longo do texto para demonstrar a aplicação dos critérios propostos nesse capítulo.

Caso: uma mãe decide parar de alimentar seu filho menor de idade (13 ano), criança com uma deficiência física grave, que o impedia de se alimentar sozinho ou mesmo de se movimentar livremente. Para tanto, deixa-o sozinho em um cômodo da casa e passa a não mais alimentá-lo. Essa privação dura mais de dez dias, deixando a criança em um severo estado de desnutrição e desidratação.²⁴

3.1 Omissão na primeira possibilidade de intervenção

Herzberg propõe que a pergunta acima seja respondida por meio de uma comparação com a delimitação do início da tentativa nos crimes comissivos²⁵: o garante que reconhece o perigo e decide deixá-lo evoluir em direção ao resultado se encontraria imediatamente no mesmo estágio *punível* do autor comissivo que, de acordo com o seu plano delitivo, fez todo o necessário e apenas *espera* pela consumação²⁶. Por tal razão, já nesse momento o omitente deveria ser punido pela tentativa (que já nasceria acabada, como no crime comissivo²⁷), ainda que o adiamento da sua intervenção não importasse em um aumento do risco ou que houvesse várias outras possibilidades de atuar com boas perspectivas de sucesso²⁸. A tentativa pressuporia a existência de uma omissão que favorecesse o resultado e o dolo do omitente; com a soma desses dois elementos, iniciar-se-ia a tentativa punível²⁹.

De acordo com essa visão, não haveria motivos para prolongar a fase preparatória. A imediatez da punição se justificaria porque nada garantiria que o autor pudesse agir em um momento posterior para salvar

²³ HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 91.

²⁴ Este caso será utilizado como exemplo base no decorrer do texto; fatos adaptados de TJPR, Apelação Criminal n. 0011337-21.2013.8.16.0030, Rel. Des. Naor Ribeiro de Macedo Neto, 1ª Câmara Criminal, Dje 20.02.2020, que versa sobre um homicídio consumado.

²⁵ HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 91.

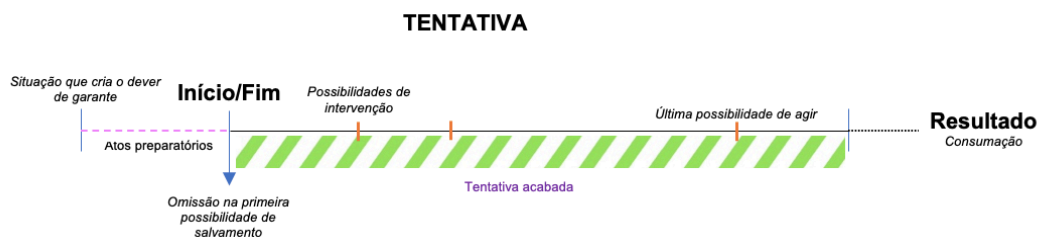
²⁶ O que *Herzberg* propõe não é uma equivalência *real* entre as ações do crime comissivo e as omissões do crime omissivo; ele apenas identifica quando coincidem os momentos de *espera*: para o autor ativo, ela inicia-se após realizadas todas as ações direcionadas à realização do tipo (ou seja, tentativa acabada); para o inativo, já com a sua omissão. Isso faz com que, curiosamente, a tentativa omissiva já nasça acabada – ou o início da execução seja também seu final –, ainda que outras ações salvadoras do bem jurídico sejam eventualmente possíveis.

²⁷ Justamente em razão dessa busca por uma “harmonização”, *Herzberg* entende não ser possível conceber uma tentativa inacabada nos delitos omissivos impróprios; HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 93.

²⁸ HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 93. Na Espanha, CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 455-456.

²⁹ HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 94. No Brasil, esse parece ser o posicionamento de *Bierrenbach*, para a qual, “demonstrado que o garantidor desprezou a primeira oportunidade de salvação que se apresentou”, é “incabível deixar de imputar-lhe a tentativa”, BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 121.

o bem jurídico; é dizer, se ele não age na primeira oportunidade de evitação do resultado, fica sujeito à possibilidade de perder o controle dos acontecimentos ou de o perigo aumentar, independentemente da sua percepção ou vontade, o que pode tornar inviável um “voltar atrás” ou uma compensação da inatividade inicial³⁰. Além disso, deixar o início da tentativa para um momento final seria interpretar desarrazoadamente as normas em favor de um autor que decide desde o início por não intervir³¹. Na prática, isso significa que a mãe que decide matar seu filho pequeno por inanição dá início à tentativa desde a primeira refeição que deixou de dar à criança³² – ainda que essa conduta, por si só, não causasse um risco à vida do menor.



Outra construção teórica similar, que acaba por fixar o início da tentativa também na primeira omissão, baseia-se no começo da incidência do mandamento de agir. De acordo com essa posição, o início da tentativa nos crimes comissivos não se confundiria com o dos omissivos; se, nos primeiros, a execução parte de uma decisão individual do autor de agir contra o bem jurídico; nos últimos, ela começaria no momento em que um mandamento comportamental passasse a exigir o atuar do omitente, ou seja, ela não se originaria da decisão do autor, mas da lei³³. Diferentemente das normas proibitivas, que têm o caráter temporal do “sempre” (nunca praticar determinada conduta), as normas imperativas que regem a omissão seriam regras do “agora”, de um espaço de tempo determinado (fazer algo como resposta a uma situação específica)³⁴, com início e fim estabelecidos por um limite normativo.

Especificamente na omissão imprópria, o começo da tentativa teria como ponto inicial o momento em que se inicia o período de incidência do mandamento segundo o qual o autor deveria agir, mas ele se recusa³⁵. Isso significa que a tentativa se iniciaria com o primeiro descumprimento do dever de agir³⁶ ou com o deixar passar a primeira possibilidade de ação, porque a não realização de um ato exigido por lei constitui parte da essência do crime omissivo³⁷. Mas diversamente da posição anterior, aqui a tentativa não nasceria acabada. Como ela se iniciaria com a decisão de não realizar imediatamente a ação e se findaria no momento em que

³⁰ HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 92 e 93.

³¹ HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 94.

³² HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 95.

³³ MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 293.

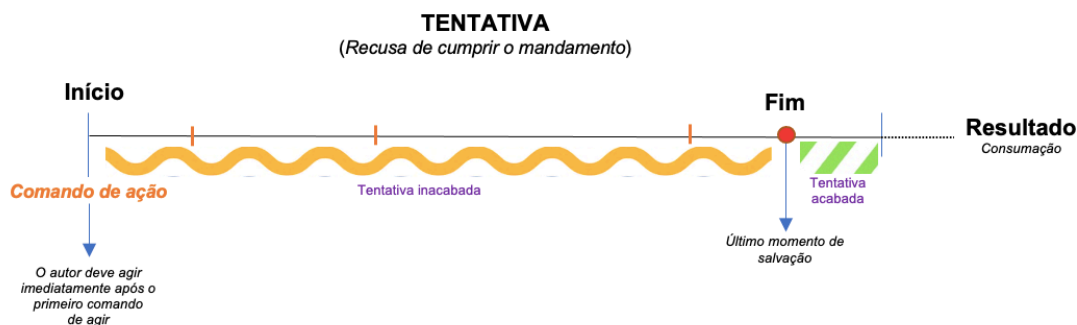
³⁴ MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 293.

³⁵ MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 297; na Espanha, RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Derecho penal español*. parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 562. Uma posição bastante similar, mas em outros termos, fala que a tentativa se inicia com a omissão do autor após o surgimento do seu dever de agir, pelo menos de acordo com a sua representação; como se trata da sua percepção da situação, haverá uma tentativa *acabada* quando o autor acreditar não ser mais possível evitar o resultado por meio de sua intervenção, e *inacabada* se ele crer que ainda pode evitá-lo, exigindo-se assim a continuação de sua inatividade, ver SCHRÖDER, Horst. Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 3, p. 86, 1962.; também LÖNNIES, Otward. Rücktritt und tätige Ruhe beim unechten Unterlassungsdelikt. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, n. 43, p. 1950-1952, 1962. p. 1951, reconhecendo a tentativa como *acabada* quando, de acordo com a representação do autor, a ação originalmente prevista já não é mais suficiente para a evitação do resultado sem um esforço consideravelmente maior, e *inacabada* se ele acreditar ser suficiente agir de acordo com o mandamento legal para que o resultado não aconteça.

³⁶ MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 297. Também, LÖNNIES, Otward. Rücktritt und tätige Ruhe beim unechten Unterlassungsdelikt. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, n. 43, p. 1950-1952, 1962. p. 1950.

³⁷ Cf., MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 298.

não é mais possível agir, haveria uma tentativa *inacabada* sempre que, depois da primeira desobediência ao mandamento, ainda houvesse tempo de realizar a ação exigida; permanecendo o autor inerte até o fim do “período de ação”, isto é, ultrapassado o último momento de resgate, a tentativa seria *acabada*³⁸. No já citado caso da mãe, a tentativa também se iniciaria com a primeira privação de alimento³⁹, independentemente de uma *real* colocação da vida da criança em perigo.



A essas posições, porém, opõem-se algumas críticas recorrentes. A maior dificuldade para justificar a punição já no momento da primeira omissão está na ausência de um perigo equiparavelmente próximo à tipicidade⁴⁰. Na maioria dos casos, essa antecipação transporta o início da tentativa para um momento em que não há um perigo significativo ao bem jurídico e ainda existe a possibilidade de o omitente compensar posteriormente a ação de salvamento, sem que haja o aumento relevante do risco⁴¹. Certamente, pode-se argumentar que da perspectiva exclusiva do bem jurídico o melhor cenário seria aquele em que se toma a ação de salvamento logo no primeiro momento; no entanto, ele ainda não seria suficiente para superar a crítica da ausência de periculosidade⁴².

Esse critério de delimitação também não nos parece compatível com o ordenamento brasileiro. Como a lei fala expressamente em *início da execução*, devem ser punidos apenas os comportamentos que estejam mais próximos do momento da consumação, não se permitindo a punição demasiadamente antecipada. Além disso, lembramos que o Código Penal não prevê a punição da tentativa inidônea (art. 17), ou seja, comportamentos não perigosos não são puníveis. Desse modo, seria uma contradição lógica punir o omitente já no primeiro momento, porque se assim fosse, permitir-se-ia a punição de omissões não idôneas à realização de um resultado típico; no caso da mãe que não alimenta o filho, não se pode afirmar com naturalidade que há um risco de morte quando se suprime a primeira refeição, pois sabe-se que uma pessoa (ainda que menor e portadora de necessidades especiais) pode sobreviver por alguns dias sem alimento. Por isso, parece-nos que o texto e a pretensão normativa do art. 14, *caput*, inciso II, do Código Penal não permitem tamanha antecipação da punição.

3.2 Omissão na última possibilidade de salvamento, na última possibilidade de êxito e na maior perspectiva de sucesso

Outro critério *temporal* utilizado para a definição do momento em que se inicia a tentativa na omissão imprópria está posicionado no ponto diametralmente oposto àquele visto acima. Para essa posição, a tentativa omissiva imprópria não se iniciaria com a perda da primeira possibilidade de agir, mas com o deixar

³⁸ MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 298.

³⁹ MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 297-298.

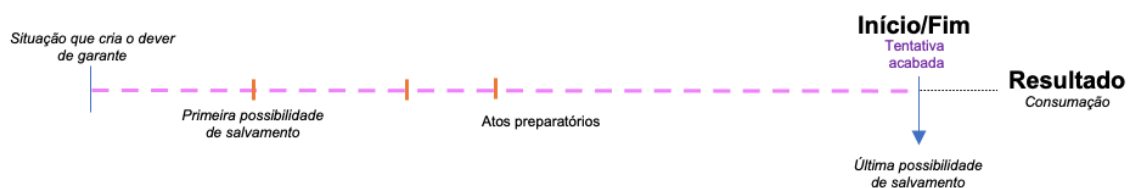
⁴⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 281.

⁴¹ RÖNNAU, Thomas. Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 2, p. 109-113, 2014. p. 112. Semelhante, VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. *Revista de Estudos Criminais*, v. 19, n. 79, p. 69-100, 2020. p. 97.

⁴² De forma complementar, é possível apontar ainda uma dificuldade probatória em relação ao dolo, tendo em vista o distanciamento entre a primeira omissão e o resultado, ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 281.

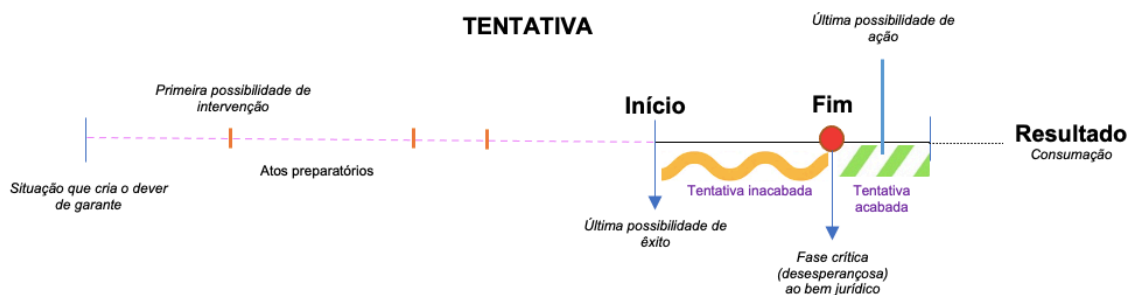
passar da última oportunidade de intervir para o salvamento do bem protegido⁴³, porque o ordenamento jurídico exigiria apenas que o resultado fosse evitado em tempo hábil⁴⁴. Por tal razão, diz-se que ainda que existisse a possibilidade de evitar o resultado *antes* da última ação de resgate, sua não realização constituiria uma omissão autônoma e atípica, que não poderia ser entendida como uma tentativa da omissão do último momento possível⁴⁵; uma punição das omissões anteriores significaria, assim, nada mais que uma expressão de um direito penal da atitude interna⁴⁶. Diferentemente dos delitos comissivos, não seria concebível aqui uma distinção entre tentativa acabada e inacabada: como a tentativa começaria e já terminaria quando o autor, *de acordo com a sua representação*, deveria ter agido para ter sucesso na evitação do resultado⁴⁷, ela já nasceria acabada. No caso da mãe e do filho, a tentativa teria início no momento em que ela acredita ter a última possibilidade de alimentar a criança.

TENTATIVA



Há posicionamento semelhante que fixa o início da tentativa na *última possibilidade de êxito na evitação* do resultado. De acordo com ele, a última chance não deve ser vista como a última possibilidade de agir, mas como a última oportunidade de evitar o resultado antes que os acontecimentos cheguem a tal ponto que a evitação se torne *quase que inviável*⁴⁸. Em relação ao critério da última chance de salvamento, essa formulação faz com que o início da tentativa se desloque para um momento anterior, o que viabiliza a existência tanto de uma tentativa acabada quanto daquela inacabada. Assim, a tentativa seria *inacabada* enquanto, de acordo com a representação do autor, uma fase crítica e decisiva (*extremada* ou *culminante*) para a salvação do bem jurídico ainda não fosse alcançada, e *acabada* quando esse momento fosse atingido⁴⁹.

TENTATIVA



⁴³ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1967. p. 214.

⁴⁴ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1967. p. 214; também KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. ed. 2. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1988, p. 215.

⁴⁵ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1967. p. 214; de modo semelhante, KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. ed. 2. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1988, p. 215.

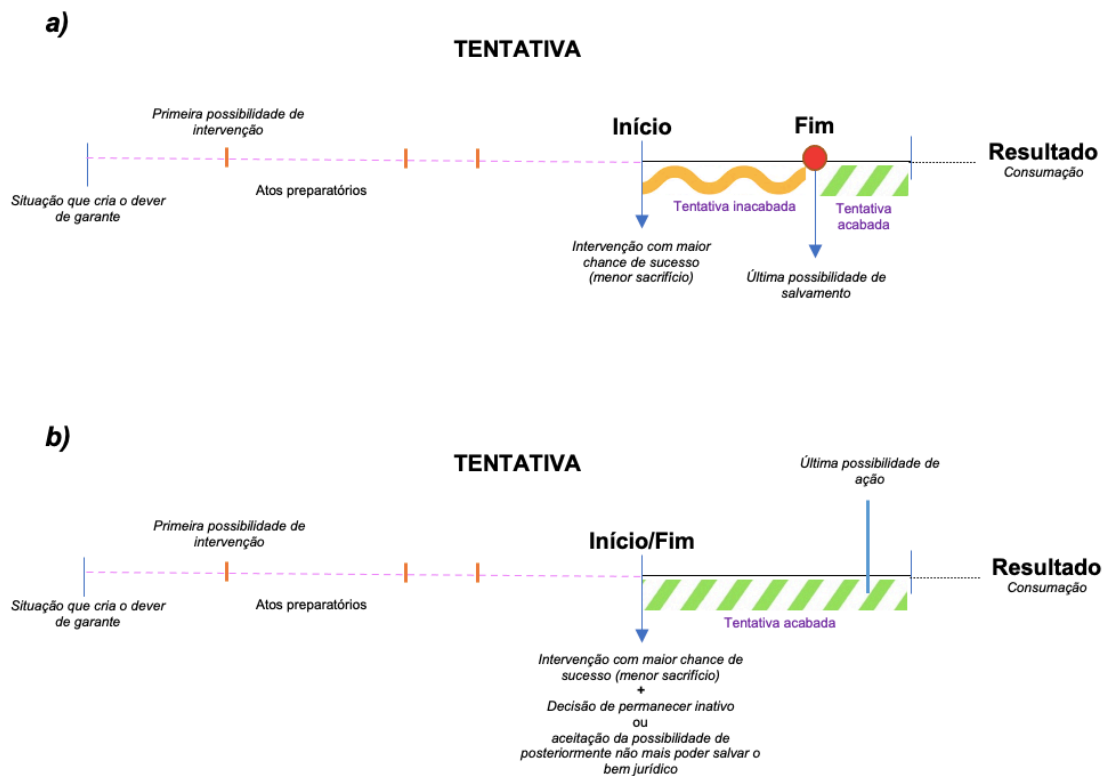
⁴⁶ KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1988. p. 216.

⁴⁷ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1967. p. 214. Como sinaliza Kaufmann, o garante que deixa passar o último momento para evitar o resultado – e sabe que não há volta – passa, em um instante, por todas as fases do delito comissivo (preparatória, tentativa inacabada e tentativa acabada, KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1988. p. 218-219.

⁴⁸ KÜPER, Wilfried. Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n. 112, p. 1-43, 2000. p. 29.

⁴⁹ KÜPER, Wilfried. Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n. 112, p. 1-43, 2000. p. 30.

Por fim, há, ainda, quem defenda que o ponto decisivo para o início da tentativa é aquele em que o garante *se omite diante da opção mais promissora de evitação* do resultado. Segundo essa opinião, ao deixar passar a última oportunidade (de acordo com a sua representação) de intervir para salvar o bem jurídico, o autor provaria a sua capacidade volitiva de cometer um delito consumado; não havendo mais possibilidade de evitar o resultado, ele não começaria a tentativa, mas *acabá-la-ia*⁵⁰. Também seria acabada a tentativa quando ultrapassada a maior chance de sucesso, nesse caso somada à decisão de permanecer inativo (não agir posteriormente) ou à aceitação da possibilidade de depois não mais poder salvar o bem jurídico⁵¹. O início da tentativa deveria ser fixado, assim, em um ponto anterior, entendido como o momento em que o garante deixa passar, de acordo com a sua percepção, a melhor chance de impedir o resultado⁵². Se o autor deixa de agir quando poderia ter realizado uma ação que ainda lhe exigia menos sacrifício, poder-se-ia pressupor que também se absteria no instante em que o agir lhe demandasse um maior esforço; não sendo mais possível a realização do ato que exigia um menor sacrifício (e que possuía maiores chances de êxito), autorizar-se-ia a punição do omitente pela tentativa inacabada diante da sua inatividade nesse período de tempo em que a salvação se apresentava como mais “fácil”⁵³. No exemplo da mãe, a tentativa se inicia no momento em que a criança começa a sofrer consideravelmente em razão da não alimentação (e permanece inacabada até que um resgate seguro se mostre como possível)⁵⁴.



Esse entendimento traz consigo alguns problemas. O primeiro deles, que se estende às duas primeiras formulações, consiste no fato de que condicionam o início da tentativa a um momento em que o bem jurídico já está exposto a um grande perigo, na medida que, ao fixar o começo da execução somente na última possibilidade de salvamento, permitem que a vítima seja exposta a um risco cada vez maior com o não aproveitamento das diversas oportunidades anteriores de se evitar o resultado⁵⁵. Esse marco temporal

⁵⁰ GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959. p. 48.

⁵¹ GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959. p. 49.

⁵² GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959. p. 48.

⁵³ GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959. p. 48.

⁵⁴ GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959. p. 49.

⁵⁵ KÜHL, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 740.

não somente é demasiado tardio tendo em vista a tarefa do Direito Penal de proteger bens jurídicos, como faz com que o sucesso das ações de resgate se torne, não raro, uma questão de pura sorte⁵⁶. Ignora, ainda, que, na tentativa, não cabe ao garantidor apenas a evitação do resultado final, como também a prevenção de ameaças que estejam próximas a um resultado lesivo ao bem jurídico⁵⁷. Não bastasse isso, trata-se de um critério impreciso, dada a incerteza sobre quando se está diante do último momento⁵⁸ ou da opção mais promissora de salvamento.

As críticas são acertadas. O “*início*” da execução significa, como a própria lei sugere, o seu começo, não o final; se a omissão imprópria for considerada típica nas situações em que não se salva o bem jurídico exposto a perigo, então parece-nos mais correto que o começo da tentativa seja fixado já no momento em que esse perigo se torna relevante (como ocorre na tentativa comissiva), não havendo motivos para postergá-lo para o momento mais próximo do resultado. O segundo problema diz respeito à figura dogmática da desistência voluntária. Como a tentativa já nasce acabada em razão de ter passado o último momento de ação, não se pode mais dela *desistir*⁵⁹. Isso, contudo, contraria a lei, que prevê a desistência voluntária para qualquer forma de tentativa⁶⁰ (entre nós, artigo 15 do Código Penal); caso aceita, essa formulação criaria uma forma *sui generis* de tentativa, porém sem oferecer qualquer justificativa material para tanto⁶¹. Por fim, no que se refere à melhor perspectiva de sucesso, além de se tratar de um critério de difícil precisão – o que interfere diretamente na sua utilidade prática –, pouco se diferencia do critério da primeira chance de salvamento, na medida em que, *geralmente*, a primeira oportunidade é aquela que apresenta a melhor perspectiva de êxito⁶².

3.3 Teorias do risco imediato ao bem jurídico

Enquanto os critérios acima apresentados baseiam-se em um *momento*, um ponto no tempo existente entre o início da inatividade e a consumação do delito omissivo (primeira e última oportunidade), outras formulações teóricas foram criadas para a fixação do início da tentativa não a partir de uma perspectiva temporal, mas *material*. Tratam-se de propostas voltadas ao bem jurídico e à sua exposição a um risco imediato: decisiva para o começo da tentativa, aqui, é a existência de um perigo imediato e relevante ao bem jurídico.

3.3.1 Critério do perigo conforme a representação do autor

Baseado na exigência literal do § 22 do Código Penal alemão⁶³, este critério é orientado pela existência de um perigo imediato ao bem jurídico conforme a representação subjetiva do autor. Assim como nos delitos comissivos, trata-se de uma determinação do começo da tentativa pelo uso da fórmula do “início imediato” (*unmittelbares Ansetzen*)⁶⁴; iniciar-se-ia a tentativa quando, da perspectiva do garante, a sua inatividade levasse

⁵⁶ RÖNNAU, Thomas. Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 2, p. 109-113, 2014. p. 112.

⁵⁷ KÜHL, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 740.

⁵⁸ BGHSt 40, 270 = NJW 1195, 204, 207.

⁵⁹ GROPP, Walter. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 4. ed. Berlin: Springer, 2015. p. 348-349; AHMED, Adam. *Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007. p. 66;

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 284. Para Kudlich, esse argumento não tem tanto peso, porque “o autor que não iniciou imediatamente não tem que poder desistir”, KUDLICH, Hans. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, n. 8-9, p. 601-604, 2008. p. 603.

⁶¹ JÄGER, Christian. Parágrafo 22. In: WOLTER, Jürgen. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 10. ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021. p. 731-732.

⁶² BGHSt 40, 270 = NJW 1195, 204, 207.

⁶³ § 22 StGB. Tenta cometer um fato punível aquele que, segundo a sua representação do fato, dá início imediato à realização do tipo.

⁶⁴ VOGEL, Joachim. Die versuchte, passive Sterbehilfe“ nach BGH MDR 1995, 80. *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, p. 337-340, 1995. p. 340.

imediatamente à realização do fato típico⁶⁵, sendo tal momento entendido como a exposição do bem jurídico a um perigo *agudo* concreto ou o aumento significativo de um risco preexistente⁶⁶. O tipo penal omissivo tentado seria formado, assim, pela decisão do autor de praticar um delito somada à omissão que, de acordo com a sua percepção, sujeita o bem jurídico a um perigo latente⁶⁷. Isso significa que para o caso da mãe que deixa de alimentar seu filho com a finalidade de matá-lo, o início da tentativa de homicídio ocorreria quando, de acordo com a perspectiva da genitora, a inanição colocasse a vida do menor em perigo concreto, ainda que, *de fato*, esse risco não existisse.



Essa formulação também não está livre de críticas. Por fixar o início da execução no surgimento de um perigo concreto ao bem jurídico *conforme a representação do autor*, isto é, que não necessariamente corresponde a um perigo objetivo, esse critério permite que, em alguns casos, puna-se como tentativa uma omissão que somente é perigosa na cabeça do omitente. Isso nos remonta às mesmas ponderações feitas anteriormente (2.1) no que se refere à punição de comportamentos onde inexiste um perigo próximo à tipicidade. De mais a mais, uma tal punibilidade seria inaceitável: uma omissão perigosa apenas a partir do ponto de vista do autor não se mostra relevante para o Direito Penal, porque a ausência de uma situação de perigo para o bem jurídico nem sequer dispara o dever de agir do agente garantidor⁶⁸. Além disso, parece-nos que tal posição não se adequa ao nosso ordenamento jurídico, pois, diferentemente do que ocorre na lei alemã, a norma do art. 14, *caput*, inciso II, do Código Penal não fala em início da execução *de acordo com a representação do autor*, e sim em “iniciada a execução”. Disso se depreende que a figura dogmática da tentativa como definida pela lei brasileira pressupõe um *grau de objetividade* do perigo para o início da execução⁶⁹, de modo a não ser suficiente aquela que se inicia apenas na mente do autor.

⁶⁵ Nesse sentido, KINDHÄUSER, Urs; ZIMMERMANN, Till. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 10. ed. Baden-Baden: Nomos, 2022. p. 326-327; HEGER, Martin; PETZSCHE, Anneke. Parágrafo 22. In: MATT, Holger; RENZIKOWSKI, Joachim. *Strafgesetzbuch: kommentar*. 2. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2020. p. 319; GROPP, Walter. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 4. ed. Berlin: Springer, 2015. p. 348; RANSIEK, Andreas. Das unechte Unterlassungsdelikt. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 8, p. 678-681, 2010. p. 681; PUTZKE, Holm. Der strafbare Versuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 12, p. 1083-1087, 2009. p. 1085; KUDLICH, Hans. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, n. 8-9, p. 601-604, 2008. p. 603; OTTO, Harro. Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (1. Teil). *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 641-647, 1980. p. 642; KALTENHÄUSER, Niels. Die Kombination von Versuchs-, Fahrlässigkeits-, und unechten Unterlassungsdelikt – Aufbaufragen und Kernprobleme. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 268-272, 2017. p. 271; EXNER, Thomas. Versuch und Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts. *Juristische Ausbildung (JUR.A)*, n. 4, p. 276-281, 2010. p. 279. Similar DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 969.

⁶⁶ KUDLICH, Hans. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, n. 8-9, p. 601-604, 2008. p. 603.

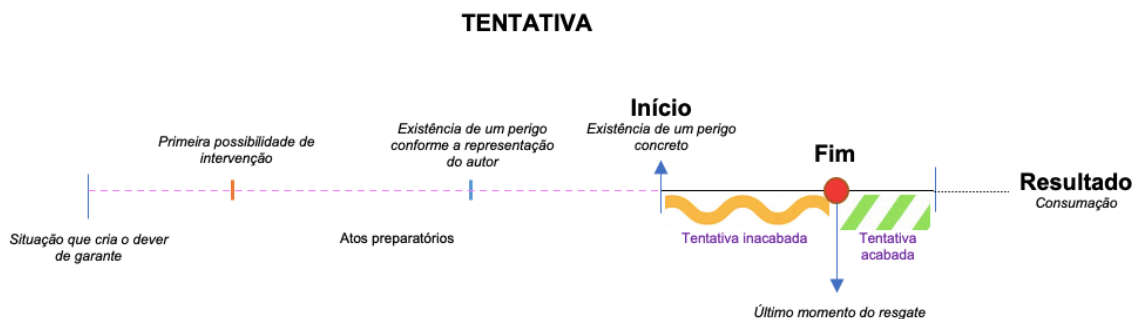
⁶⁷ Cf., OTTO, Harro. Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (1. Teil). *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 641-647, 1980. p. 642. Essa parece também ser a posição de Figueiredo Dias, para o qual a tentativa inicia assim que o autor reconhece (ainda que erroneamente) o aumento do risco ao bem jurídico DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 1127.

⁶⁸ Sobre o dever de agir do agente garantidor, ver com mais detalhes ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 239 e seguintes.

⁶⁹ Sobre o tema, CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 94 e ss., em especial 101-102 e nota 339.

3.3.2 Critério da existência objetiva de um perigo concreto do bem jurídico

Dando um passo além na proposta acima apresentada (2.3.1), mas mantendo a delimitação entre atos preparatórios e tentativa em critérios materiais, defendem alguns autores que o início da execução não depende apenas do ponto de vista subjetivo do garante. Acrescentam, assim, um novo elemento à análise do risco, de cunho objetivo: a existência de um risco concreto (*real*) ao bem jurídico ou seu considerável aumento em caso de inatividade (isto é, deve tornar crítica a situação do bem jurídico⁷⁰); em outras palavras, argumenta-se que para o início da execução é preciso que o bem jurídico esteja diretamente ameaçado tanto no plano mental do autor quanto no mundo dos fatos⁷¹. Assim, o início da tentativa exigiria que, de acordo com os acontecimentos, o bem jurídico estivesse reconhecidamente em perigo e de tal forma que esse risco pudesse se concretizar caso a necessária ação de resgate não fosse realizada⁷²⁻⁷³. Por essa razão, a tentativa de homicídio da mãe que não alimenta o filho somente se iniciaria quando a privação de alimentos, realizada com o intuito de que o menor morra de fome, causasse um efetivo perigo imediato à vida da criança⁷⁴.



⁷⁰ VOGLER, Theo. Parágrafo 22. In: JESCKECK, Hans-Heinrich; RUSS, Wolfgang; WILLMS, Günther. *Strafgesetzbuch*: Leipziger Kommentar. 10. ed. Berlin: de Gruyter, 1985. v. 1. nm. 119. Na Itália, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio; GATTA, Gian Luigi. *Manuale di diritto penale*: parte generale. 9. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2020. p. 533-534; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: CEDAM, 2015. p. 449; GAROFOLI, Roberto. *Manuale di diritto penale*. Molsetta: Nel Diritto Editore, 2010. p. 1000; FINDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1994. p. 462. Entre nós, parece ser essa a posição de *Estellita*, para a qual a tentativa constitui a “existência de um perigo direto para o bem jurídico”, que coincide com o momento no qual é acionado o dever jurídico de agir do garante, ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 244; também a de VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. *Revista de Estudos Criminais*, v. 19, n. 79, p. 69-100, 2020. p. 97, que entende que a tentativa se inicia, no caso da mãe que deixa de alimentar o filho menor, quando “se instala o perigo de vida para a criança”.

⁷¹ Cf., KÜHL, Kristian. *Strafrecht*: allgemeiner teil. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 740; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Heidelberg: C. F. Müller, 2020. p. 430; ESER, Albin; BOSCH, Nikolaus. Parágrafo 22. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch*: kommentar. München: C. H. Beck, 2019. p. 427; KÜPPER, Georg. Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts – BGH, NStZ 1997, 485. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 3, p. 225-230, 2000. p. 228; MALITZ, Kirsten. *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikte*. Zum Strafgrund des Versuchs. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 219; JESCKECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*: allgemeiner teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 638; MEYER, Jürgen. Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, v. 83, n. 3, p. 598-622, 1975. p. 605 e ss.

⁷² MALITZ, Kirsten. *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikte*. Zum Strafgrund des Versuchs. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 219. Essa também parece ser a posição do BGH, que além da representação do autor, fala ainda na existência de um grau de perigo ao bem jurídico reconhecível a um observador não envolvido, BGHSt 40, 257, 270 = NJW 1995, 204, 207.

⁷³ Com uma posição própria e diferente, CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos*: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.; para o autor, a tentativa na omissão imprópria deve ser vista a partir do “domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado”, e não do perigo em si. Vale notar, porém, que a posição do autor também condiz com a exigência de um grau de perigo objetivo, embora seja apresentada por ele sob outra perspectiva que não a de fundamentar o início da tentativa.

⁷⁴ Cf., RÖNNAU, Thomas. Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 2, p. 109-113, 2014.

A grande crítica contra esse critério é a de que ele não oferece uma solução para os casos nos quais, apesar da ausência de um perigo concreto, o autor deixa que os acontecimentos saiam do seu domínio⁷⁵: no caso modelo, imagine que, logo após omitir a primeira refeição, a mãe deixa a residência sem a pretensão de a ela retornar. De um ponto de vista político-criminal, essa proposta seria insatisfatória: não há motivos para premiar com a impunidade o autor que se omite e deixa deliberadamente escapar de suas mãos o domínio dos acontecimentos, de modo que a salvação da vítima só seria possível graças ao acaso⁷⁶. Diz-se, ainda, que se trata de um critério impreciso, na medida em que o estabelecimento de um grau de perigo suficiente para o início da tentativa exige, de todo o modo, a elaboração de critérios adicionais⁷⁷. Parece-nos que tal dificuldade pode ser superada pela adoção dos critérios da imputação objetiva (especialmente do desvalor da ação) para a verificação da relevância do perigo (isto é, do risco suficiente para se falar em uma tentativa punível).

Vale observar, também, que se trata de um critério compatível com a redação legal da tentativa do art. 14, *caput*, II, do Código Penal, porque a exigência de um perigo concreto condiz com o elemento objetivo do “início da execução” previsto pelo ordenamento jurídico. Aquele que optar por esse critério terá de enfrentar dois problemas ulteriores: o primeiro, ou oferecer um argumento e aceitar a punição daquele que perde o domínio dos acontecimentos, apesar de ainda estar longe o momento de um risco concreto ao bem jurídico, ou reconhecer uma lacuna de punibilidade, sob o argumento da impossibilidade de se punir condutas objetivamente não perigosas; o segundo, demonstrar e estabelecer parâmetros mais concretos que auxiliem na avaliação do risco e no desvalor da conduta.

3.3.3 Critérios alternativos do perigo iminente e do domínio dos acontecimentos

Apesar de reconhecerem como correto o critério do perigo iminente ao bem jurídico, alguns autores entendem que, em certas situações, ele sozinho seria insuficiente. Segundo essa posição, ao liberar o processo causal dos seus “cuidados” e deixar com que ele se desenvolva conforme suas próprias leis, o autor omissivo passaria pelo “teste crítico da situação”, mesmo que ainda inexistente um perigo concreto ao bem jurídico⁷⁸, e demonstraria a sua capacidade de realizar planos delitivos, sendo justamente essa a razão político-criminal para a punição da tentativa⁷⁹. Por isso, seus defensores propõem que à análise do início da tentativa seja somado um outro parâmetro alternativo: o domínio dos acontecimentos⁸⁰⁻⁸¹.

⁷⁵ AHMED, Adam. *Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007. p. 67; ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 286 e 287.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 287. Também AHMED, Adam. *Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007. p. 67.

⁷⁷ RATH, Jürgen. Grundfälle zum Unrecht des Versuchs. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 1, p. 32-36, 1999. p. 34.

⁷⁸ ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 222.

⁷⁹ ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 225.

⁸⁰ Uma proposta semelhante é apresentada por JAKOBS, Günther. *Strafrecht: allgemeiner teil*. Berlin: De Gruyter, 2011. p. 852 e ss. De acordo com o *Jakobs*, uma condição necessária (mas não suficiente) da tentativa é uma omissão que, de acordo com a representação do autor, aumenta o investimento a ser feito para a evitação do resultado; dessa forma, inexistente uma tentativa se não houver um aumento nesse esforço (investimento) necessário, apesar da espera, como também quando o resultado puder ser impedido por meios socialmente convencionais (ainda que haja um aumento no esforço a ser empregado). Por outro lado, são indícios do início da tentativa a proximidade temporal do resultado, o fato de o autor não ser responsável apenas por resultados intermediários e, por fim, a liberação, pelo autor, do curso dos acontecimentos do seu círculo organizacional.

⁸¹ Em conclusão, também BGHSt 38, 356, 360 = NJW 1992, 3309, 3310, porém sob o argumento de que uma perda do domínio significaria a renúncia a qualquer possibilidade de agir e, portanto, o deixar passar da última oportunidade de salvamento. Crítica à fundamentação do BGH, a nosso ver corretamente, PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht: Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 392-393, § 32, nm. 3. Para a autora, o abandono do local não significa a perda de qualquer possibilidade de influenciar o curso dos acontecimentos, na medida em que o autor ainda poderia retornar para salvar a vítima ou, mesmo à distância, ter chamado a polícia ou o serviço de resgate.

Assim, a tentativa teria início quando estivesse presente um risco iminente ao bem jurídico ou o garante perdesse o controle dos acontecimentos sob seu domínio; em outras palavras, ausente um risco iminente e mantendo o garante o controle dos acontecimentos sob o seu domínio, a omissão permaneceria na fase dos atos preparatórios⁸². Só se poderia falar em início da execução quando o bem jurídico fosse ameaçado com um perigo concreto⁸³, isto é, um risco agudo que demandaria a atuação salvadora do garante, ou quando, *alternativamente*, ele perdesse o domínio sobre o processo causal. Uma tentativa existiria, assim, quando ausentes um dos dois pressupostos. Tornando-se o perigo iminente, haveria um início da tentativa ainda que o autor mantivesse o domínio sobre o curso dos acontecimentos (*inacabada*, na medida em que durante o tempo em que o autor mantivesse o controle sobre o curso dos acontecimentos, seguiria sendo possível realizar a ação salvadora⁸⁴); essa punição se justificaria em razão da proximidade do resultado causado pelo aumento do risco ao bem jurídico⁸⁵. De igual modo, também haveria uma tentativa (*acabada*) se o garante perdesse o controle dos eventos, sendo irrelevante a existência de um risco iminente quando da perda desse controle⁸⁶. Na situação da mãe que deixa de alimentar o filho, o início da tentativa se daria no momento em que a saúde da criança fosse prejudicada (critério do perigo)⁸⁷ ou, alternativamente, quando ela saísse de casa e decidisse deixar a criança sozinha à sua sorte até o momento final, sem intenção de retornar⁸⁸.

⁸² ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 223. Também, RÖNNAU, Thomas. Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 2, p. 109-113, 2014. p. 112 e s.; AHMED, Adam. *Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007. p. 67 e s.

⁸³ ROXIN, Claus. Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 6, p. 329-337, 1973. p. 330.

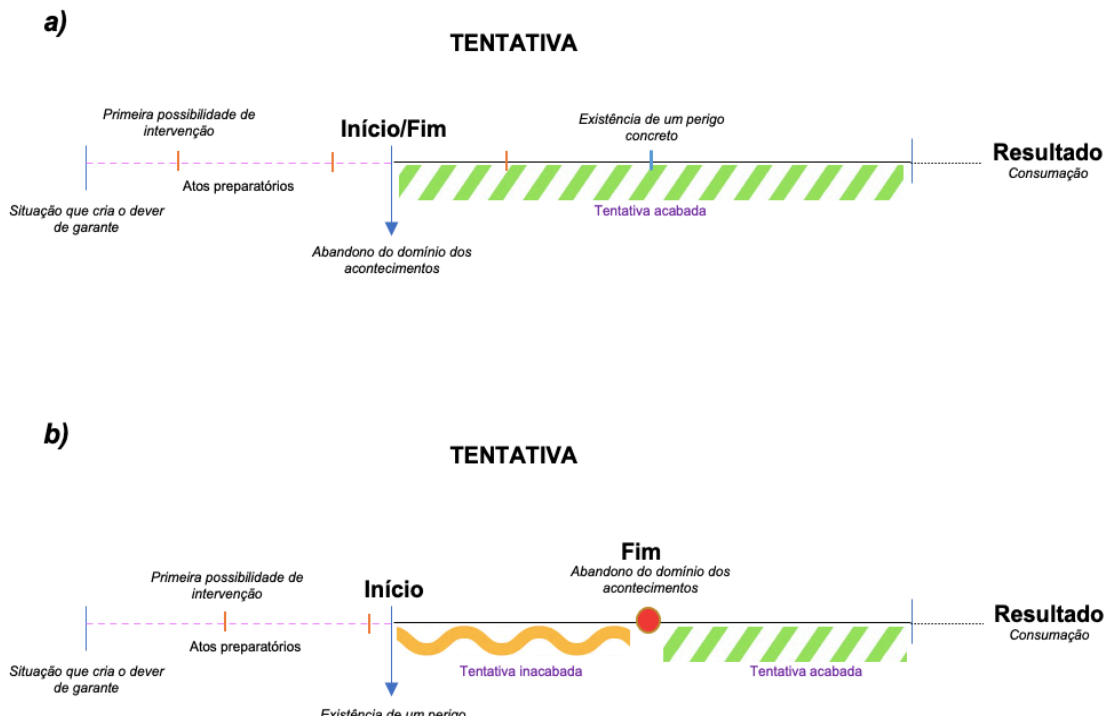
⁸⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 272.

⁸⁵ Cf., ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 226; e ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 272.

⁸⁶ Cf., ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 226.

⁸⁷ Cf., ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 231.

⁸⁸ Cf., ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 232.



Então, indaga-se: pode o Direito Penal punir, a título de tentativa, uma omissão que está longe de significar um risco concreto ao bem jurídico? Para os críticos dessa formulação, o estabelecimento do critério da perda do domínio não considera o caráter típico da norma da tentativa⁸⁹, podendo levar a punibilidade da tentativa a um estágio consideravelmente distante da realização do tipo penal⁹⁰. É questionável não somente a assunção de um perigo imediato pela mera evasão do autor, deixando o bem jurídico à sua sorte⁹¹, como também o fato de que a própria área de domínio passa a ser vista mais espacialmente do que como uma real possibilidade de influenciar os acontecimentos⁹² – afinal, por mais que o autor se ausente do local, permanece possível imaginar outras formas de intervenção que não dependam de sua presença física. Embora pareça correto que ao deixar o local o garante perde, pelo menos, a melhor possibilidade de salvamento do bem jurídico⁹³, e que esse fato, de certa forma, poderia ser visto como um indício para o início da execução, certo é que, mesmo assim, essa posição ainda não responde às críticas quanto à punição da tentativa em uma situação em que não necessariamente haja uma exposição do bem jurídico a um perigo efetivo – esse parece, portanto, um desafio para aquele que adotar essa posição: justificar a punição dessas situações também sob a ótica da periculosidade objetiva. Sem prejuízo, caso esses problemas não sejam enfrentados e adaptados, esse critério ainda parece incompatível com a redação do art. 14, *caput*, II, do Código Penal, pois o pressuposto da perda de domínio pode levar a situações em que inexistente um mínimo grau de objetividade do perigo⁹⁴.

⁸⁹ HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 92-93.

⁹⁰ RATH, Jürgen. Grundfälle zum Unrecht des Versuchs. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 1, p. 32-36, 1999. p. 34. Também OTTO, Harro. Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (1. Teil). *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 641-647, 1980. p. 643.

⁹¹ KÜHL, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 740.

⁹² KÜHL, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 643.

⁹³ PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht: Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 393.

⁹⁴ Além disso, CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 153 e ss., também apresenta consistentes objeções ao critério de perigo *ex post*, trazido por Roxin.

4 Reflexos processuais

Se é certo que as discussões dogmáticas de direito material servem à solução de casos concretos, também o é a sua intrínseca relação com o direito processual penal. Afinal, os resultados lá encontrados refletem diretamente a aplicação da norma e em suas consequências jurídicas. O debate sobre as repercussões, os problemas e os reflexos processuais não deve ser tratado como exclusividade da ciência processual penal; trata-se de um constante trabalho conjunto, em que o direito penal material e o processual não se dissociam, devendo-se, sempre que possível, promover a busca pela identificação dos efeitos entre eles interligados⁹⁵. Por essa razão, buscamos aproximar os conceitos materiais debatidos até o momento às consequências processuais penais; ou, em outras palavras, a concretização processual da discussão de Direito Penal apresentada.

As diversas formas de determinar o início da tentativa nos crimes omissivos impróprios têm consequências distintas somente do ponto de vista material, mas também do processual. Com base nos critérios expostos no item 2, podemos dividir as propostas de delimitação da tentativa omissiva imprópria em dois grandes grupos: um *puramente subjetivo* (2.1 Omissão da primeira possibilidade de agir; 2.2 Da última possibilidade de salvamento; 2.3.1 Perigo conforme a representação do autor) e outro *misto* (2.3.2 Existência de um perigo concreto; 2.3.3 Perigo iminente e domínio dos acontecimentos), cada qual com seus próprios problemas no âmbito processual.

No que se refere ao primeiro grupo: ao adotar uma posição *puramente subjetiva*, deve-se reconhecer uma sobreposição entre os dois principais elementos da tentativa. Explicamos: o primeiro elemento, o *dolo* (vontade do autor), corresponde a conhecimento e vontade de todos os elementos do tipo objetivo em discussão (pressupostos da posição de garante; resultado hipotético; dever e ação omitida; capacidade real de agir; causalidade; imputação objetiva); o segundo, o *início da execução*, equivale à determinação da omissão que caracteriza o início da tentativa em si. Na medida em que, para essas posições, o segundo critério passa a depender da representação do autor, no âmbito processual ambos os critérios acabam sofrendo do mesmo problema probatório, consistente no enfrentamento da clássica crítica oposta à prova do elemento volitivo: como é possível provar que o autor realmente representou um perigo concreto ao bem jurídico?⁹⁶

No campo processual, diante da ausência de uma confissão, somente é possível aferir o elemento subjetivo a partir de provas indiciárias⁹⁷. Assim, no caso da mãe que deixa de alimentar o filho, inexistindo uma confissão, será preciso prová-lo a partir de elementos externos⁹⁸ (como conversas e contatos com terceiros

⁹⁵ Como afirma *Ragués I Vallès*, essa separação faz com que “la mutua ignorancia entre lo sustantivo y lo procesal hace imposible saber cuál es el exacto alcance de las teorías que la ciencia penal formula sobre el dolo”, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4, p. 13-26, 2004. p. 17. Santos, ao tratar sobre a dificuldade de comprovação do dolo volitivo, também faz críticas ao afastamento entre ciência penal e prática forense, em especial ao “desinteresse que os penalistas materiais cultivam ao partirem do pressuposto de que a viabilidade prática ou não de uma teoria material é um mero dado atinente à produção probatória, cujo problema cabe ao intérprete solucionar no plano processual”, o que “impede que o direito processual cumpra a sua missão como instrumento adequado a constatar a existência ou inexistência do direito material com certeza científica”, SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-289. p. 287.

⁹⁶ Com relação às dificuldades da prova do dolo, ver por todos HRUSCHKA, Joachim. Über die Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. In: GÖSSEL, Karl Heinz; KAUFFMANN, Hans. *Strafverfahren im Rechtsstaat*: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. München: C. H. Beck, 1985. p. 191-202.; também RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999. e BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2011. p. 585 e ss. Essa comprovação, claro, também depende do conceito de dolo (se volitivo ou cognitivo) e da posição adotada; para um conceito volitivo, por exemplo, ROXIN, Claus. Zur Normalisierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr. In: ROGALL, Klaus et al (org.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag*. Darmstadt: Wolters Kluwer, 2004, p. 243-257. p. 245. E, com uma posição cognitiva, PUPPE, Ingeborg. *Vorsatz und Zurechnung*. Heidelberg: Decker & Müller, 1992. p. 35 e ss.

⁹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4, p. 13-26, 2004. p. 17 e ss., e com diversas referências sobre o tema.

⁹⁸ Nas palavras de *Hruschka*, o dolo penalmente relevante não é estabelecido nem comprovado, mas *imputado* a partir das circunstân-

nos dias próximos ao evento, histórico de violência, proibição de que outras pessoas tivessem contato com a criança, entre outras), é dizer, por meio de provas indiciárias que possam servir como base para a comprovação do elemento volitivo⁹⁹. Ocorre que, para essas posições *puramente subjetivas*, esses mesmos elementos de prova servem, também, como confirmação do segundo elemento da tentativa, o início da execução, concebido por elas como um elemento objetivo *subjetivizado*, de forma que provas indiciárias e comportamentais parecem ser suficientes para que um Tribunal chegue a um juízo final de convicção. Tratando-se, contudo, de uma mesma categoria de provas, isso nos dá a impressão de que esta concepção traz consigo problemas concretos quanto à determinação dos standards probatórios: qual o nível de prova exigível para o recebimento de uma denúncia? E para a decretação de alguma medida de investigação? E para fins de uma condenação? Esses são alguns problemas processuais que os adeptos a essas posições precisam enfrentar.

O cenário é um pouco diferente quando adotada uma das posições *mistas*. Embora elas não *subjetivizem* o elemento objetivo “início da execução”, ainda exigem a comprovação do dolo. Porém, o fato de que para elas a execução somente se inicia com a exposição do bem jurídico a um perigo concreto faz com que seja preciso que se demonstre materialmente esse perigo, de forma que provas técnicas e periciais podem ter um papel relevante para a discussão e comprovação do início da tentativa. Diferentemente de o que ocorre nas teorias *puramente subjetivas*, a existência de critérios de natureza distinta (um objetivo e outro subjetivo) resulta em uma diversidade de categorias de provas, o que permite aos juízes uma gradação do material probatório, adequando-o aos diferentes standards exigidos no curso de um processo. Disso decorre, por exemplo, que a comprovação apenas do elemento subjetivo ou apenas do elemento objetivo possa ser indício suficiente para standards probatórios intermediários (recebimento da denúncia ou decretação de medidas de investigação), mas jamais para um juízo de condenação; para esse, serão sempre necessárias tanto a prova do dolo do autor quanto da existência objetiva do perigo concreto.

5 Considerações finais

A partir dos pontos centrais desenvolvidos ao longo desse estudo, chegamos às seguintes conclusões:

- i. A tentativa na omissão imprópria é compatível com o art. 14, *caput*, inciso II, do Código Penal.
- ii. Apesar de diversas teorias terem sido desenvolvidas para a delimitação entre atos preparatórios e o início da tentativa na omissão imprópria, certo é que apenas formulações que estejam alinhadas com a

cias externas, que expressam o estado interno que não pode ser encontrado dentro do mundo dos fatos; por essa razão, importam para a discussão do dolo tanto os fatos relevantes como aqueles relativos às elementares legais do fato punível, sendo certo que eles só podem corresponder a dados do mundo exterior. HRUSCHKA, Joachim. Über die Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. In: GÖSSEL, Karl Heinz; KAUFFMANN, Hans. *Strafverfahren im Rechtsstaat*: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. München: C. H. Beck, 1985. p. 191-202. p. 201 e s. Hassemer, por sua vez, defende que o dolo, como um “estado ‘interno’ que não é diretamente observável”, apenas pode ser constatado a partir de um conjunto ordenado de indicadores observáveis, ou seja, por meio de características do acontecimento externo; esses indicadores, porém, não são separáveis do conceito de dolo, pois a realização da ação com o conhecimento seguro de sua perigosidade indica uma decisão contra o bem jurídico e é uma questão do conceito de dolo, enquanto a existência desse conhecimento (ou não) no caso em concreto é um problema de prova a ser resolvido no processo; HASSEMER, Winfried. Kennzeichen des Vorsatzes. In: DORNSEIFER, Gerhard *et al* (org.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. München: Heymann, 1989, p. 289-309. p. 304 e ss.

⁹⁹ Sobre a dificuldade probatória nos delitos omissivos: “en efecto, la mayor dificultad probatoria se debe a que, como em el delito omisivo la conducta efectivamente realizada por el sujeto, activa casi siempre o a veces puramente pasiva, distinta de la ordenada no es en sí misma inequívocamente delictiva, sino que sólo lo es por no realizar la actividad debida, puede suceder que, incluso cuando el autor ha decidido ya no cumplir el deber y va a realizar otra conducta, al observador externo le quepa la duda de si ello no es definitivo y quizás acabará cumpliendo el deber un poco después. Pero frente a eso los diversos medios probatorios, como el testimonio de quienes han oído al autor, o la propia confesión de este o una actitud de comienzo de abandono del lugar en vehículo cuando ya era necesaria una actuación de auxilio, pueden mostrarle con fuerza suficiente al juzgador que ha habido una exteriorización” (PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Lecciones de derecho penal*: parte general. 3. ed. Managua: Fondo Editorial UCA Publicaciones, 2017. p. 792, nm. 52).

existência objetiva de um perigo são compatíveis com a definição de tentativa prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro.

iii. Além de sua correspondência com o direito brasileiro, parece-nos mais adequada a posição que empregue um critério objetivo, principalmente devido à impossibilidade de punir comportamentos não perigosos (inidôneos), à exigência da lei brasileira do início da execução, e, por fim, à impossibilidade de se adotar critérios puramente subjetivos.

iv. As teorias de cunho *puramente subjetivo* tendem a enfrentar dificuldades no campo processual no que se refere à gradação de standards probatórios, especialmente em razão da sobreposição dos pressupostos da tentativa. Por seu lado, as teorias *mistas*, embora não enfrentem esse problema, exigem elementos adicionais de prova quanto à periculosidade objetiva.

Referências

- AHMED, Adam. *Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007.
- BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2011.
- BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral: arts. 1º ao 120*. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.
- CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DONNES, Antonella. La tentativa en los delitos de omisión y la posibilidad de diferenciar distintas etapas al igual que en el delito comisivo. *En Letra: Derecho Penal*, n. 1, p. 152-175, 2015.
- ESER, Albin; BOSCH, Nikolaus. Parágrafo 22. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch: kommentar*. München: C. H. Beck, 2019.
- ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- EXNER, Thomas. Versuch und Rücktritt vom Versuch eines Unterlassensdelikts. *Juristische Ausbildung (JURA)*, n. 4, p. 276-281, 2010.
- FINDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1994.
- GAROFOLI, Roberto. *Manuale di diritto penale*. Molfetta: Nel Diritto Editore, 2010.
- GROPP, Walter. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 4. ed. Berlin: Springer, 2015.

- GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959.
- HASSEMER, Winfried. Kennzeichen des Vorsatzes. In: DORNSEIFER, Gerhard et al (org.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. München: Heymann, 1989, p. 289-309.
- HEGER, Martin; PETZSCHE, Anneke. Parágrafo 22. In: MATT, Holger; RENZIKOWSKI, Joachim. *Strafgesetzbuch: kommentar*. 2. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2020.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikts. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973.
- HRUSCHKA, Joachim. Über die Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. In: GÖSSEL, Karl Heinz; KAUFFMANN, Hans. *Strafverfahren im Rechtsstaat*: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. München: C. H. Beck, 1985. p. 191-202.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1.
- JÄGER, Christian. Parágrafo 22. In: WOLTER, Jürgen. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 10. ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht: allgemeiner teil*. Berlin: De Gruyter, 2011.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1988.
- KALTENHÄUSER, Niels. Die Kombination von Versuchs-, Fahrlässigkeits-, und unechten Unterlassungsdelikts – Aufbaufragen und Kernprobleme. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 268-272, 2017.
- KINDHÄUSER, Urs; ZIMMERMANN, Till. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 10. ed. Baden-Baden: Nomos, 2022.
- KUDLICH, Hans. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, n. 8-9, p. 601-604, 2008.
- KÜHL, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017.
- KÜPER, Wilfried. Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n. 112, p. 1-43, 2000.
- KÜPPER, Georg. Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts – BGH, NStZ 1997, 485. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 3, p. 225-230, 2000.
- LÖNNIES, Otward. Rücktritt und tätige Ruhe beim unechten Unterlassungsdelikts. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, n. 43, p. 1950-1952, 1962.
- MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958.
- MALITZ, Kirsten. *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikts: Zum Strafgrund des Versuchs*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: CEDAM, 2015.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio; GATTA, Gian Luigi. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 9. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2020.

- MEYER, Jürgen. Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, v. 83, n. 3, p. 598-622, 1975.
- OTTO, Harro. Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (1. Teil). *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 641-647, 1980.
- PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Lecciones de derecho penal: parte general*. 3. ed. Managua: Fondo Editorial UCA Publicaciones, 2017.
- PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht: Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2019.
- PUPPE, Ingeborg. *Vorsatz und Zurechnung*. Heidelberg: Decker & Müller, 1992.
- PUTZKE, Holm. Der strafbare Versuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 12, p. 1083-1087, 2009.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4, p. 13-26, 2004.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1999.
- RANSIEK, Andreas. Das unechte Unterlassungsdelikt. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 8, p. 678-681, 2010.
- RATH, Jürgen. Grundfälle zum Unrecht des Versuchs. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 1, p. 32-36, 1999.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Derecho penal español: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- RÖNNAU, Thomas. Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 2, p. 109-113, 2014.
- ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPE, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70: Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003.
- ROXIN, Claus. Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 6, p. 329-337, 1973.
- ROXIN, Claus. Zur Normalisierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr. In: ROGALL, Klaus et al (org.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70: Geburtstag*. Darmstadt: Wolters Kluwer, 2004, p. 243-257.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2020.
- SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-289.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- SCHRÖDER, Horst. Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 3, p. 81-87, 1962.
- VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. *Revista de Estudos Criminais*, v. 19, n. 79, p. 69-100, 2020.
- VOGEL, Joachim. Die versuchte „passive Sterbehilfe“ nach BGH MDR 1995, 80. *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, p. 337-340, 1995.
- VOGLER, Theo. Parágrafo 22. In: JESCKECK, Hans-Heinrich; RUSS, Wolfgang; WILLMS, Günther. *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*. 10. ed. Berlin: de Gruyter, 1985. v. 1.

- WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1967.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C. F. Müller, 2020.
- ZACHARIÄ, Heinrich. *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Erster Teil*. Göttingen: Dieterichschen Buchhandlung, 1836.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

The cover image is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, stone statue of a seated female figure, possibly representing Justice or Law, is the central focus. She is holding a long, thin object, possibly a scale or a tablet, across her lap. The statue is set on a white, curved platform. In the background, there is a large, modern building with a glass facade and a prominent white dome. The sky is blue with scattered white clouds. The overall scene is well-lit, suggesting a bright day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Tutela penal do clima: da importância da teoria do bem jurídico à autonomia do equilíbrio climático diante do bem ambiental

Climate criminal law protection: from the importance of the legal good theory to the autonomy of climate balance in face of the environmental good

Marcelo Bauer Pertille

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023
PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Tutela penal do clima: da importância da teoria do bem jurídico à autonomia do equilíbrio climático diante do bem ambiental*

Climate criminal law protection: from the importance of the legal good theory to the autonomy of climate balance in face of the environmental good

Marcelo Bauer Pertille**

Resumo

A presente pesquisa tem como objetivo geral investigar a possibilidade de tutela penal autônoma do equilíbrio climático tendo como base os padrões de criminalização da Teoria do Bem Jurídico. Dessa forma, este estudo investiga se, a partir da Teoria do Bem Jurídico-penal, há legitimidade para a tutela do equilíbrio climático enquanto valor autônomo frente ao Bem Ambiental. A hipótese levantada é a de que o equilíbrio climático atende aos padrões da Teoria do Bem Jurídico, reunindo condições de se apresentar tal qual um legítimo bem jurídico supraindividual, revelando autonomia frente ao bem ambiental em razão de suas especificidades sistêmicas. Para atender aos objetivos específicos, serão analisados, primeiramente, os principais conceitos atrelados ao equilíbrio climático, seguindo-se com a apresentação das principais consequências das crises climáticas exaltadas pelo Painel Internacional das Mudanças Climáticas da Organização das Nações Unidas. Na segunda parte, estabelecer-se-á a Teoria do Bem Jurídico enquanto padrão atento às estruturas do Estado de Direito compreendido sob vieses ecológicos para os processos de criminalização e controle material da legalidade de tipos penais. No terceiro tópico, será averiguada a capacidade do bem ambiental ser compreendido enquanto valor com dignidade penal para, enfim, ser viável a análise de o equilíbrio climático ser compreendido com valor penal autônomo. Ao final, concluiu-se que o equilíbrio climático apresenta condições de satisfazer os requisitos do bem supraindividual, invocando autonomia de tutela frente ao bem ambiental. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se a metodologia jurídico-teórica, com fins descritivo e explicativo, por meio de abordagem dedutiva.

Palavras-chave: direito penal ambiental; teoria do bem jurídico-penal; tutela penal do clima.

Abstract

The present research has the general objective to investigate the possibility of autonomous penal protection of balanced equilibrium based on the cri-

* Recebido em 19/11/2022
Aprovado em 13/02/2023

** Doutor em Ciências Criminais (PUCRS).
Email: pertille@pkv.adv.br

minalization standards of the theory of the legal good. Thus, this study investigates whether, based on the theory of the criminal-legal good, there is a legacy for the protection of balanced balance as an autonomous value in relation to the environmental good. The protected hypothesis is that the balanced equilibrium meets the standards of the theory of the legal good, gathering conditions to present itself as a supra-individual legal good, presenting autonomy in relation to the environmental good due to its systemic specificities. In order to reach the proposed objective, the main concepts linked to balanced equilibrium will be analysed, experimented with, followed by the presentation of the main consequences of the climate crises exalted by the International Panel on Climate Change of the United Nations. In the second part, the theory of the legal good will be established as a standard attentive to the structures of the Rule of Law understood under ecological visions for the processes of criminalization and material control of the legality of criminal types. In the third topic, the ability of the environmental good to be understood as a value with penal learning will be verified, in order, finally, to be viable the analysis of environmental balance to be understood with autonomous penal value. In the end, it was concluded that the climatic balance presents conditions for saturating the requirements of the supra-individual good, invoking autonomy of guardianship in the face of the environmental good. For the development of the research, the legal-theoretical methodology was used, with descriptive and explanatory purposes, through a hypothetical-deductive approach.

Keywords: environmental criminal law; the doctrine of the protection of legal goods; climate criminal protection.

1 Introdução

No conjunto das transformações sociais que têm marcado o nosso tempo, certamente um dos pontos mais expostos ao debate público diz respeito à participação humana nos processos de mudanças climáticas. Desde as teorias das ciências do clima, que majoritariamente advogam pela necessidade de o tema ser tratado com emergência, até os negacionistas, o assunto tem enfrentado variadas abordagens, com diversos interesses. Pautas climáticas envolvem discussões relativas à Biologia, Geografia (Climatologia, Meteorologia e Geologia) e Economia, o que faz com que os debates se interseccionem com questões ligadas àquelas atentas à administração dos Estados.

É sob esse cenário que surgem também as discussões acerca das formas por meio das quais se justifica o interesse do Direito. Se os assuntos do clima se situam nos campos de indispensável atuação estatal, o Direito, a quem cabe considerar os sistemas normativos atentos à efetivação do projeto ético-político de previsão constitucional, naturalmente, se vê invocado para a análise sobre como pode ou deve considerar a tutela do equilíbrio climático.

Diante disso, paralelamente às construções jurídicas sobre as repercussões cíveis que se têm detectado à luz da nomenclatura de litigância climática, o tema, proposto neste artigo, recai sobre a viabilidade da intervenção penal para a tutela do equilíbrio climático. A abordagem encontra delimitação na análise sobre a possibilidade de o processo de criminalização, orientado pela Teoria do Bem Jurídico, considerar o equilíbrio climático enquanto valor autônomo diante do bem ambiental para receber específica tutela penal.

A hipótese com a qual se trabalha é a de que, com base na Teoria do Bem Jurídico, ratificando-se a necessidade de imposição de limites para o processo racional de criminalização, o equilíbrio climático reúne condições para se apresentar nos moldes de um legítimo bem jurídico-penal supraindividual.

Metodologicamente, a investigação adota abordagem do tipo dedutiva, utilizando-se das técnicas de pesquisa bibliográfica para atender objetivos específicos que estruturam este artigo da seguinte forma:

- o primeiro destina-se à contextualização do tema da crise climática na pauta das preocupações político-jurídicas da contemporaneidade, em que serão apresentadas as principais consequências das crises climáticas exaltadas pelo Painel Internacional das Mudanças Climáticas da Organização das Nações Unidas;
- o segundo apresenta-se como justificador das bases do processo de criminalização a partir da Teoria do Bem Jurídico sob a perspectiva do que se concebe como Estado Democrático de Direito Ecológico;
- o terceiro tem como foco, à luz da importância da Teoria do Bem Jurídico para o controle material da legalidade de tipos penais, justificar a possibilidade de o equilíbrio climático ser compreendido como valor penal autônomo frente ao bem ambiental.

2 O antropoceno como fim do mundo: elementos para a constatação da relevância das crises climáticas para o Direito

As transformações na dinâmica do reconhecimento dos assuntos de interesse social implicam considerar o Direito como mecanismo atento às realidades sobre as quais pretende produzir efeitos. Diante disso, entende-se relevante abordar, nesse primeiro tópico, questões capazes de justificar a relevância do tema crises climáticas. Nesse sentido, a percepção sobre o nível de importância social do assunto é decisiva para a tomada de decisões por meio da política e, por consequência, ao que interessa ao problema formulado para este artigo, também por parte do Direito.

O fim do mundo, desde as comunidades e sociedades mais remotas, sempre foi alvo de manifestações, que em geral foram documentadas por meio da arte.¹ Mas o que faz nesta contemporaneidade o contexto de análise se dar de modo diferente, não como um fim apocalíptico, consequência de eventos catastróficos fora de qualquer controle humano, são as descobertas e previsões das ciências.

Variados movimentos científicos têm deduzido essa possibilidade, que vão desde a descoberta de possíveis meteoros em linha de colisão com a Terra, passando pela explosão do Sol a extinguir todo esse sistema galáctico, até preocupações com o uso irresponsável de armas de destruição em massa. Pandemias e descobertas biológicas também se juntam às discussões sobre um possível futuro de escassez, mediante a redução, ou até mesmo o término das condições de vida, desde que mantidas determinadas relações com o meio ambiente natural.

Mas são as questões climáticas que na atualidade ocupam o centro dessas possíveis catástrofes, convertendo-se em passos para o fim do mundo. Os desafios do clima simbolizam, atualmente, o que, talvez, nesses tempos seja o ponto mais preocupante no contexto dos equilíbrios ecológicos e invocam a necessidade de repensar suas realidades dentro de um espectro de causas e consequências.

Na esteira de Boaventura de Souza Santos², o atual estágio da humanidade apresenta perguntas fortes, que sugerem remodelações daquilo que constituíram as bases das próprias sociedades, o que acaba pondo em xeque objetivos já delineados e para os quais sistemas políticos e jurídicos foram pensados. É preciso que as próprias ciências entendam a necessidade de quebrar a lógica de que servem para otimizar as realidades sob as quais foram pensadas. Algo que levaria cientistas a considerar outros marcos e outras possibilidades diversas para o atingimento de respostas que transcendam os modos de vida ocasionadores de problemas

¹ ARGULLOL, Rafael. *O fim do mundo como obra de arte*: um relato da cultura ocidental. Rio de Janeiro: Rocco, 2002.

² SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal. Das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 23-72. p. 23-72.

decisivos. Os estudos ecológicos se enquadram nessa dinâmica: são manifestações contraculturais no seio de variadas ciências, a fim de revelar um estado de coisas sobre o qual não se pode permanecer inerte.

Nesse contexto, destacam-se os debates para a definição do que se convencionou denominar **antropoceno**, o que provoca inúmeras revisões em variadas áreas das Ciências da Terra, mas também nos campos das Ciências Sociais. Trata-se o antropoceno de uma idade com padrões de definição ainda em discussão pelas ciências da geologia, mas que tem a intenção de demarcar a fase destinada a reconhecer, oficialmente, o potencial de influência humana no desenvolvimento geológico do planeta.³

O reconhecimento do antropoceno pode ser o tema redefinidor das formas de refletir as bases de diversas ciências, e o que se propõe aqui é o olhar sobre como pode agir acerca do Direito Penal. Desde já, é preciso frisar que o Direito Penal de matrizes liberais, sedimentado em torno da intervenção mínima, representa decisiva vitória do humanismo jurídico, mas que também deve admitir condições para que seus institutos possam ser relidos de acordo com os interesses da contemporaneidade.⁴ Seja para aumentar os freios punitivos ou para implementar novas áreas de atuação penal, sua dogmática, sem perder seus valores teleológicos, deve ser consultada frente à possibilidade de colaboração com as questões do antropoceno.

Seguindo essa linha, pode-se inverter o raciocínio do antropoceno enquanto do fim do mundo, dando lugar à possibilidade de compreendê-lo como estímulo de mudanças.⁵ Reconhecer o grau de perturbação humana nos ciclos naturais a ponto de se considerar o fim das condições de vida no planeta deve ser entendido como o primeiro grande passo para a evitação ou ao adiamento de um possível fim do mundo avistado.⁶ E não se trata de exaltação inconsequente da capacidade humana de superar seus desafios por meio de estímulos narcísicos ao melhor estilo dos livros de autoajuda, mas sim de reconhecer os problemas a partir da crítica racional e com fins produtivos quanto às condições que os tornaram inadiáveis.

Assim, as questões ligadas ao equilíbrio climático servem de grande paradigma no processo de reorientação dos interesses sociais à luz dos próprios valores das sociedades cunhadas em torno dos direitos dos indivíduos. Se, com o antropoceno, as escolhas justificadas para o implemento do progresso se convertem nos problemas a serem solucionados diante do quadro perigoso que proporcionam, debater a emergência climática serve como fio condutor à reanálise dos meios eleitos (Direito e política) para o atingimento dos fins éticos estabelecidos com o início do humanismo jurídico.⁷

Buscando viabilizar a interseção dos temas sobre o clima com a dogmática penal, desde já, é importante pressupor o sistema jurídico enquanto mecanismo contemporâneo de racionalização das respostas em torno do conceito de justiça. Por consequência, investigar conceitos e características daquilo sobre o que se pretende lançar regulação normativa e definir responsabilidades por descumprimentos converte-se em tarefa imprescindível. Uma efetiva tutela jurídica parte do fino dimensionamento do valor que se quer dar guarida no intento de alcançar, em segundo momento, condições para se realizar a subsunção de fatos às normas, oportunidade na qual se deve considerar as especificidades dos requisitos de cada ramo.

Seguindo essa lógica, possuindo o Direito Penal consequências jurídico-sociais que suscitem maiores cuidados em razão de sua proximidade quanto aos valores liberais do Estado de Direito, seus protocolos analíticos devem considerar a exata complexidade da função que desempenham. Logo, se definir o interesse

³ AMOS, Jonathan. O mundo entrou mesmo em uma nova época geológica? *BBC Brasil*, 8 jan. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160108_antropoceno_cientistas_ja_cc. Acesso em: 4 maio 2020.

⁴ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁵ KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

⁶ TORRES, S. Distopia no antropoceno, ou re(a)presentando o interregno. *Gragoatá*, Niterói, v. 26, n. 54, p. 558-587, maio/ago. 2021.

⁷ CHOMSKY, Noam. *Internacionalismo ou extinção: reflexões sobre as grandes ameaças à existência humana*. Madri: Crítica, 2020.

de tutela jurídica é importante para o Direito em linhas gerais, essa tarefa invoca maior importância diante das premissas de um sistema penal que se pretenda ver legitimado no seu grau de exigência dogmática.⁸

Nesse sentido, trazendo essa realidade para o tema do equilíbrio climático, são muitos os materiais a que se pode ter acesso para melhor definir a dimensão fática sobre a qual se investiga a possibilidade de tutela penal. Abordagens que variam desde contextos com intenções exclusivamente sensacionalistas, com previsões que se esforçam, basicamente, em impressionar um maior número de consumidores da indústria do entretenimento, até estudos de importantes universidades e revistas de institutos científicos. Há, também, diversas instituições, públicas e privadas, criadas para tratar do tema em níveis políticos que pretendem despertar uma nova consciência frente às causas que apontam como decisivas para os problemas climáticos sentidos.

As pesquisas jurídicas têm de conviver com essas escolhas diante do fato de que o Direito se coloca, em maior parte das vezes, como regulador de diferentes e complexas realidades. Uma ciência que se destina a lidar com objetos tão variáveis necessita partir de algumas constatações manejadas por outras áreas, sob pena de, ao contrário, possivelmente, se perder na tentativa de decifrar aquilo para o que sequer possui metodologia adequada.⁹

O Direito, por isso, necessita apoiar-se em outros estudos, invocando conhecimentos transdisciplinares e afastando noções de autossuficiência acerca das respostas que procura dentro das realidades que pretende trabalhar. Conforme José de Faria Costa¹⁰, acerca das relações entre o Direito Penal e a ciência, “a matriz de um direito penal liberal-social impõe a aceitação, sem reboço, dos dados científicos, sem que um tal dado, é evidente, signifique qualquer subserviência [...]”.

A partir dessa compreensão, em 2019, a Organização Meteorológica Mundial (OMM) publicou a declaração sobre o estado do clima global, de onde é possível se extrair dados sobre os principais impactos relacionados às alterações climáticas. Consta na Declaração da OMM que o atual cenário das mudanças climáticas pode ser diagnosticado em oito blocos:

1. inundações;
2. acidificação dos oceanos;
3. ameaça aos ecossistemas;
4. mortes por ondas de calor e incêndios florestais;
5. deslocamentos internos pelas enchentes e secas;
6. decréscimo do oxigênio dos oceanos;
7. deslocamento (externo) pelo clima e por desastres ambientais;
8. fome (grande parte pela seca).

Cada um desses pontos merece ser checado a partir de suas específicas metodologias e impactos sociais. Entretanto, a intenção, neste artigo, é, apenas, exemplificar as variadas consequências e a relevância das crises climáticas como assunto de interesse público apto a despertar interesse jurídico. Pretende-se chamar a atenção para realidades que, segundo a maior parte da comunidade científica dedicada ao estudo do clima, são frutos de ações humanas e têm causado preocupação acerca do comprometimento das condições de vida no planeta. Acerca disso, importa dar atenção ao relatório Climate Change 2013: The Physical Science

⁸ BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁰ COSTA, José de Faria. O Direito Penal e a ciência: as metáforas possíveis no seio de relações “perigosas”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid (AFDUAM)*, Madrid, nº extraordinário, p. 107-119, 2006. [p. 109].

Basis, do Painel Intergovernamental do Clima, que apontou que as mudanças climáticas estão em curso no planeta, tendo suas causas ligadas às atividades dos seres humanos.¹¹

Essa constatação representa a síntese da importância desse tópico para a pesquisa, pois, se as crises climáticas, constituem realidade que ameaça as formas de vida e os equilíbrios ecossistêmicos, invocar métodos racionais para tomadas de decisões efetivas no controle desse processo é medida necessária. Considerando-se o provável agravamento do quadro climático, caso mantidos determinados modos de relacionamento humano com o meio ambiente natural, é fundamental agir quanto aquilo que se mostra possível para evitar esse futuro já prospectado.

Neste artigo, busca-se averiguar se o olhar jurídico-penal admite colaborar com a tutela do equilíbrio climático. O objetivo, justificada a relevância social das crises climáticas e a necessidade de se buscar ferramentas úteis para o contorno dessa realidade, é revisitar importantes conceitos da dogmática penal atrelados aos padrões de criminalização para concluir acerca da possibilidade de o equilíbrio climático receber específica tutela penal.

3 Em busca de padrões para a criminalização: a importância Teoria do Bem Jurídico-penal

Para a instrumentalização do Direito, na esteira do tópico anterior, é fundamental manter atenção às mudanças de prioridades dos assuntos com impactos sociais. Essa dinâmica invoca relevante desafio no cerne da dogmática penal, haja vista a importância de que novos interesses de criminalização, a exemplo dos temas ambientais e do próprio equilíbrio climático, não desconsiderem os limites da intervenção penal que também constituem decisivos progressos no âmbito da ciência jurídica.

Assim, desafio importante para o Direito Penal contemporâneo centra-se na definição dos limites a serem estabelecidos para os processos de criminalização. Pode-se dizer que a pergunta sobre o que pode ou não ser objeto de tutela penal por parte do Estado é um dos temas perenes nas Ciências Criminais, sobretudo em espaços de democracia.¹²

Sob essa lógica de organização estatal, deve-se buscar parâmetros precisos, claros e objetivos para fornecer à classe política a possibilidade de uma coerente avaliação sobre a necessidade e a metodologia a serem empregadas na construção de tipos penais.¹³ Essa dinâmica se apresenta ligada, estruturalmente, às noções do que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito.

Na esteira das transformações dos sistemas políticos¹⁴, se o Estado liberal nasceu ligado aos interesses burgueses de liberdade, o Estado social às demandas por igualdade, o Estado democrático teve sua ascensão marcada pelo intento do aperfeiçoamento das possibilidades de participação popular. Qualificando essas transformações, desde a metade do século XX passaram a incidir sobre o tema também os debates acerca das questões ecológicas. Por essa razão, houve a necessidade de se estabelecerem possibilidades de juridicização da prevenção e reprovação de condutas frente ao meio ambiente natural, o que provocou a denominação Estado Ecológico de Direito.

¹¹ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate Change 2013: The Physical Science Basis*. 2013. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL.pdf. Acesso em: 15 dez 2022.

¹² D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

¹⁴ A expressão política deve ser entendida nesse contexto como conjunto de valores que orientam as tomadas de decisões em sociedade. Logo, sistema político enquanto os mecanismos instrumentais e necessários para a efetivação desses valores.

Decisivas características desse movimento podem ser diagnosticadas no reconhecimento da proteção do meio ambiente como direito fundamental a dar conteúdo à dignidade humana e à administração dos interesses públicos. Também os meios de instrumentalização da democracia se redimensionam, na medida em que se consideraram maiores condições para a participação popular nos processos de tomada de decisões sustentáveis.¹⁵ Mas é importante asseverar que a ideia de um Estado de Direito estruturado, também sob critérios de proteção do meio ambiente natural, compreende um sistema inacabado, em constante mutação, o que representa “[...] uma construção político-normativa que se projeta no mundo como devir”.¹⁶

Alinhando-se a dimensão jurídico-penal do Direito a essa noção de sistema político, passou a ser indispensável buscar justificativas aptas a operar no seio dessa racionalidade incrementada pelas questões do meio ambiente natural. É importante sublinhar que por racionalidade se pretende fazer referência a um modo de desenvolvimento do pensamento discursivo mediante arranjos conceituais e hipóteses lógicas com capacidade crítica. Uma espécie de metodologia argumentativa que relaciona meios e fins no diagnóstico de respostas para determinadas realidades no sentido de evitar que preconceitos e meras vontades invoquem soluções sem considerar as variáveis de realidades complexas. A busca pela razão se justifica como capacidade de atribuir sentido para conclusões. Para isso, argumentos racionalizados necessitam se desenvolver por meio de um conjunto de critérios universais com vocação para a organização das análises.¹⁷

A partir desse contexto, especificamente sobre as bases do Direito Penal contemporâneo, a fim de reconhecer elementos históricos que justifiquem a relevância da Teoria do Bem Jurídico, com os movimentos de secularização, típicos dos iluminismos, ideias de liberdade e igualdade tomaram força, especialmente na Europa ocidental. Em consequência, iniciou-se o período que desencadeou a formação do Estado liberal alicerçado sobre perspectivas ligadas à autonomia dos indivíduos. Ocorreram, também, no Direito Penal, importantes alterações em suas bases críticas, e a percepção de crime, agora dissociada dos fundamentos puramente religiosos, passou a ser encarada sob outros conteúdos materiais.

O *ius puniend* redimensionou-se, buscando legitimidade, nos novos arquétipos éticos que remodelaram a relação entre Estado e indivíduo, provocando necessária revisão dos conceitos ligados à atuação penal do Estado. O crime, sem seu conteúdo atrelado aos vícios humanos e à moralidade decidida pela Igreja, portanto afastado do pecado, tinha de ter nova substância, uma nova essência que pudesse legitimar o poder de punir estatal frente ao novo contexto político que vigorava.¹⁸

Por isso, a transposição do conteúdo material do crime para os modelos que passaram a exigir que a conduta a ser punida tivesse causado prejuízo à comunidade (sempre com referencial nos direitos liberais) fez com que as noções de dano passassem a ter importância central para o Direito Penal, que procurava por alicerces possíveis de lhe dar conteúdo crítico: “o dano como medida do crime assumia-se, assim, como elemento central do fenômeno criminoso, mas também como elemento crítico da criminalização”.¹⁹

O Direito Penal reafirmou sua característica de espelhamento dos ideais disseminados pelos sistemas políticos ao se orientar no sentido da concretização dos valores da época. Então, o Estado deveria agir para a proteção de uma organização social composta por indivíduos com possibilidade de autodeterminação, zelando pelo equilíbrio nas relações, protegendo os valores decisivos da época.

O processo de criminalização, por sua vez, justificava-se, apenas, em relação às condutas humanas que agredissem o(s) direito(s) garantido(s), criado(s) pelo Estado aos indivíduos. Considera-se a decisiva noção de que a todos era dada a obrigação de respeito ao direito alheio para que houvesse harmonia e equilíbrio na

¹⁵ AYALA, Patrick de Araújo; LEITE, José Morato (org.). *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

¹⁶ CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Pillares, 2016. p. 117.

¹⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁹ D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62.

vida em comunidade. O crime era uma quebra do contrato social e se manifestava em dupla contrariedade à racionalidade da época: externava-se em ofensa ao direito de liberdade de outra pessoa e, ao mesmo tempo, configurava conduta contra o Estado, organizador das condições de vida dos indivíduos. Este raciocínio compreende o ponto fundamental ao objeto deste artigo: é decisivo ressaltar que esse fundamento configurou importante marco no uso político do Direito Penal, delimitado no seu poder de criminalizar.²⁰

Para a compreensão da Teoria do Bem Jurídico, deve-se compreender que, se a tutela penal passou a considerar, apenas, condutas danosas aos direitos de terceiros como o centro das escolhas de criminalização (para manter o contrato social), também se viu fundamental que esse dano pudesse ser dosado, quantificado. Nascia a ideia de que a proteção penal só pode se instrumentalizar quando possível comprovar e delimitar a agressão ao valor tutelado que se pretende reprová-lo. A concepção de que um bem deveria ser o alvo da proteção penal parecia mais adequada aos parâmetros críticos que se pretendia alcançar.

O bem compreendido enquanto algo com valor decisivo, útil aos seres humanos de uma específica coletividade, que se diferencia de mero interesse justamente porque se mostra necessário para cumprir específica utilidade. Os bens remetem à ideia do real e passível de ser observado pelos sentidos, quantificado até.²¹

Assim, o bem jurídico-penal partiu do chamado conceito pessoal, tendo sempre suas bases atreladas a sua relação com os indivíduos. Esse ponto se apresenta estratégico para estes estudos na medida em que os interesses ambientais, especificamente aqueles ligados ao equilíbrio climático, possuem natureza jurídica difusa, alinhando-se ao que se analisará mais para frente sob a nomenclatura de supraindividualidade.

Seguindo a linha de justificar o bem jurídico sob esse enfoque, mas atento às questões que condicionam relações sociais, Jorge de Figueiredo Dias²² também vincula seu conceito à “[...] expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso”.

Esse fundamento identificado como parte das teorias sociológicas no âmbito do conceito pessoal do bem jurídico ganha sentido porque, sendo o Direito uma dimensão da vida política que necessita de conexão direta com o real, não se pode negar que os interesses de criminalização devam estar atentos às condições ético-sociais que possam ser lidas das relações entre os indivíduos (também com o Estado).

Assim, o bem jurídico-penal deve estar conectado aos interesses das comunidades, revelando possibilidade de tutela daquilo que corresponda aos seus interesses dentro do espectro valorativo que as orienta e, ao mesmo tempo, limitado pelos espaços de liberdade identificados a partir das normas constitucionais.

Importa, nesse sentido, compreender mais uma dimensão do conceito do bem jurídico-penal, e, diante da intrínseca espiritualização de muitos de seus contornos, fixar os limites de onde o Direito Penal não pode chegar é, efetivamente, decisiva conquista para o humanismo jurídico. Decorre dessa conclusão a importância que as normas constitucionais acabam invocando.

Por isso, o sistema de regras penais e as normas constitucionais apresentam intrínseca relação, considerando que a legitimidade dos processos de incriminação, a averiguação da culpa e a execução de penas se dão em razão dos interesses sociais, desde que respeitados os espaços de liberdade delineados pela Constituição. Assim, as normas penais dependem dos fundamentos e dos limites constantes no texto constitucional, definidor dos objetivos do Estado, sobretudo por causa do grau de intromissão que a imposição de penas provoca na esfera dos direitos marcados como fundamentais em espaços políticos democráticos.²³

²⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

²¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 114.

²³ HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 91-100.

Servem as constituições, portanto, como referências irrenunciáveis à atividade punitiva do Estado. Essa afirmação precisa ser compreendida em uma dupla dimensão: naquela já mencionada de respeito às liberdades, impondo limites ao atuar penal, e como mecanismo para a efetivação das próprias liberdades e dos objetivos de desenvolvimento de uma comunidade.

Especificamente quanto à Constituição brasileira de 1988, importante sublinhar sua característica delimitadora desses espaços de liberdades, sobretudo quanto aos direitos civis, quando inviabiliza a atuação penal. Da mesma forma, decisivo identificar, no texto constitucional nacional, os mandados de tutela jurídica frente a determinados valores. Destaque para o § 3º do artigo 225 da Constituição²⁴: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Para o implemento desse específico mandado de criminalização, em 1998 foi editada a Lei n.º 9.605²⁵, a respeito das sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Para além de inovar com alguns temas controversos na dogmática penal, como a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, alterações substanciais na dosimetria das penas, incremento nos efeitos especiais da condenação, entre outros, a lei inaugurou debates acerca da legitimidade das incriminações à luz da delimitação do valor capaz de expressar o bem jurídico inerente aos temas ambientais. Têm lugar as discussões sobre a dimensão da supraindividualidade do bem jurídico-penal, assunto decisivo para o tema do equilíbrio climático e que terá foco mais para frente.

A Lei dos Crimes Ambientais, assim, é exemplo de que a determinação constitucional para específicas tutelas penais apenas inaugura outros tantos debates. Apesar de haver imposição constitucional, deve-se reconhecer que é dado ao legislador a possibilidade de selecionar formas de ofensa que melhor se adaptem à proteção determinada, quando se torna fundamental a delimitação do valor que se pretende proteger para que seja possível agir eficientemente na tutela imposta.²⁶ Trata-se, em outras palavras, de uma reconhecida liberdade, que também se materializa na definição das respectivas sanções que devem ser impostas.²⁷

Em conclusão deste tópico, pretende-se sublinhar a importância dos contornos teóricos do bem jurídico-penal enquanto conceito negativo, que não determina ao legislador em que sentido o Direito Penal precisa seguir, servindo, em essência, como limite de intervenção. Tem papel fundamental para o desenvolvimento de um Direito Penal racionalizado à luz dos valores do Estado Democrático de Direito atrelado aos interesses ético-sociais e limitado pelas normas constitucionais.

Em síntese, entende-se que o bem jurídico, apesar de todas as dificuldades que a contemporaneidade impõe diante dos novos interesses de criminalização (o objeto de análise deste artigo é exemplo disso), é apto a colaborar com um sistema penal de intervenção mínima, marca das construções políticas liberais.

4 Tutela penal do clima: equilíbrio climático como bem jurídico-penal

Conforme se afirmou, a evolução do Estado Democrático de Direito revelou suas dimensões ecológicas, justificando a importância de se manter o meio ambiente equilibrado, provocando que o Direito passasse a providenciar estruturas normativas para a viabilização desse sentido.

²⁴ BRASIL. [(Constituição 1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

²⁵ BRASIL. *Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

²⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Em consequência, a construção de metodologias aptas a arquitetar a emancipação do viés supraindividual no centro da teoria do bem jurídico colocou-se como importante proposta. Desenvolver técnicas para um legítimo bem supraindividual guarda fundamental relação com a admissão dos interesses contemporâneos de criminalização, agindo-se no importante intento de não se admitir que o conceito de bem jurídico possa ser definido casuisticamente, como se apenas critérios de política criminal fossem suficientes para o estabelecimento do conceito material de crime. Em síntese, seguindo-se as justificativas de Figueiredo Dias²⁸, a supraindividualidade guarda legitimidade e necessidade.

Nessa linha, seguindo Hefendehl²⁹, defende-se que apenas podem ser entendidos sob a chancela da supraindividualidade aqueles bens cujo gozo não seja possível ser estabelecido apenas quanto a uma pessoa, tratando-se de valores de não exclusividade. Na lição de Figueiredo Dias³⁰: “a verdadeira característica do bem jurídico colectivo ou universal reside pois em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo”. Atendendo-se a esse requisito, pode-se dizer que é assim que se encontra a legitimidade do próprio interesse individual materializado sob a chancela do bem jurídico supraindividual.

Hefendehl³¹ também utiliza como critério definidor o fato de que um bem supraindividual, conceitualmente, não oferece condições de divisibilidade, ao que denomina de critério da não rivalidade de consumo. Não significa que esses bens não possam ter consumo irregular, pois “[...] também o bem coletivo é vulnerável a um consumo irregular e, por isso, passível de redução e de destruição”.³² O que se pretende com a classificação é estabelecer que os bens supraindividuais permitem que todos possam dele se beneficiar, caracterizando-se estes, por consequência, pela não distributividade. Não devem apresentar condições de serem divididos em partes para que possam ser individualmente aproveitados. Dessa questão da não consumibilidade, Hefendehl³³ reporta três espécies de bens:

- a) aqueles que estão dispostos à organização e manutenção do Estado, constituindo-se em bens que não chegam a ser diretamente aproveitados pelos membros da sociedade;
- b) os que sustentam as incriminações de condutas contra o meio ambiente;
- c) aqueles admitida a criação em função de ordem social para a efetivação da vida em comunidade, como a fé pública no crime de falsa moeda.

Com tal sistematização e estrutura dos bens supraindividuais, torna-se possível, por consequência, afastar a incidência penal sobre aqueles valores que apenas aparentemente invocam tratamento dessa natureza.

A partir desses elementos e diretrizes, justificadas a legitimidade e a necessidade do bem jurídico supraindividual, assim como sua indispensável autonomia frente às definições do bem tido apenas sob aspectos individuais, ressalta-se que todos os argumentos dispendidos visam racionalizar o controle do poder punitivo com barreiras que não permitam o aviltamento da responsabilização penal.

Com isso, enfocam-se olhares específicos em relação ao possível delineamento do equilíbrio climático enquanto legítimo bem jurídico-penal. Ressalta-se que já há movimentos jurídicos especialmente concebi-

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁹ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 69-94.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 150.

³¹ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 69-94.

³² HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 69-94. [p. 84].

³³ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 69-94.

dos para a consideração das particularidades das pautas climáticas. A partir dessa constatação, resta advertir que a expressão que se tem utilizado é litigância climática. Funciona como sintetizadora da ideia de que há a necessidade de que institutos jurídicos decisivos para a prevenção e a responsabilização civil e administrativa sejam adaptados às características dos assuntos do clima. Denota, também, o já sentido movimento que permite concluir que há especificidades que unem demandas judiciais pautadas com base em normas constitucionais, de Direito Internacional e do regramento interno acerca do tema.

Focando atenção à perspectiva penal da tutela do meio ambiente natural, é fundamental definir os limites que tornam possível a proteção penal do equilíbrio climático enquanto bem autônomo, apesar de sua lógica relação com o bem ambiental. Passo fundamental nesse caminho é a definição do que se pode observar abrangido pela expressão bem jurídico ambiental. Ou seja, é importante considerar qual é o conjunto de significados para o Direito, sobretudo para o Direito Penal, que se pode extrair do tema meio ambiente natural de acordo com a sua característica polifórmica.

Admite-se, então, o meio ambiente natural como termo que engloba todos os componentes do planeta, bióticos e abióticos, incluindo o ar, as camadas da atmosfera, a água a terra, o solo, os recursos minerais, a flora, a fauna e todas as inter-relações ecológicas entre os seres.

Assim, entende-se que a melhor forma de compreender o termo meio ambiente natural para efeito da necessária proteção jurídica deve ser aquela que vise à tutela de todos os elementos que o compõem no nível da necessária manutenção do ecossistema, entendido como o complexo que envolve o ambiente físico (terra, água e ar) e os seres vivos que o habitam.³⁴

Esses sistemas são tidos como equilibrados quando se permite que cada espécie que o compõe tenha a possibilidade de exercer seu papel para o funcionamento do todo, havendo desequilíbrio nas situações de supressão das condições necessárias para a espontânea relação entre fauna, flora e entre os elementos que os constituem. Por isso, a pesca desordenada, assim como a caça de animais, o desmatamento, a poluição de rios e mares, e os abalos produzidos pela ocupação territorial desenfreada, são elementos de grande impacto a comprometer o funcionamento natural dos sistemas ecológicos.

Nessa assumida linha de proteção jurídica do equilíbrio dos sistemas naturais, é de se contemplar a ideia de que também se deve considerar a existência de uma multiplicidade desses equilíbrios, pois apresentam significativas variações a depender das interações que se estabelecem na natureza. Essa realidade provoca a conclusão de que é necessário extrair conceitos da mecânica, termodinâmica, fisiologia dos organismos e da própria Teoria dos Sistemas para que tudo possa ser melhor compreendido. Nas palavras de Michel Serres³⁵, é preciso reconhecer que

as culturas inventaram de igual modo um ou diversos equilíbrios de tipo humano ou social, decididos, organizados, defendidos pelas religiões, os direitos ou as políticas [por isso] [...] precisamos de pensar, construir e colocar em prática um novo equilíbrio global entre estes dois conjuntos.

Em consequência, a questão que surge se desenvolve no sentido de evidenciar fundamentos que demonstrem que a proteção do meio ambiente deve se operar nos moldes de um bem autônomo, reconhecendo-se sua independência frente a outros valores, o que afasta por completo a ideia de construir-se em um falso bem supraindividual. Isso porque, repisando-se os requisitos antes trabalhados a partir de Hefendehl (2007), o meio ambiente natural está sob as noções de não exclusividade, eis que do gozo das questões relacionadas a ele ninguém pode excluído. Não há, por parte de uma pessoa, ou de grupos determinados, direito subjetivo às questões ambientais. Todos podem dele fazer uso, obrigando-se, entretanto, ao gozo equilibrado que não comprometa a possibilidade de também ser aproveitado por outros indivíduos e por outras gerações, inclusive. O meio ambiente gera uma possibilidade de aproveitamento que se reverte, ato contínuo, em obrigação

³⁴ BARBOSA, Rildo *et al.* *Fauna e flora silvestres: equilíbrio e recuperação ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁵ SERRES, Michel. *O contrato natural*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

de preservação: “sobre o meio ambiente não há um mero direito subjetivo à exploração, em verdade, há uma expectativa de direito ao uso sustentável de seus elementos [...]”.³⁶

Também o critério da não rivalidade é reconhecido no bem jurídico-penal ambiental, o que não suporta ser dividido para que possa ser consumido em partes distribuídas a determinados indivíduos, gerando ao Estado a obrigação de estabelecer regulamentações para a sua proteção, no sentido de reconhecer a sua não distributividade.

Definida a autonomia do bem jurídico-penal ambiental, deve-se pontuar a importância de um olhar sistêmico como característica indispensável de realidades complexas. A partir de cenários que apresentam diferentes dimensões regidas por estruturas comuns, as investigações correm risco de não corresponderem aos seus objetivos quando desconsideram os níveis de interação, insistindo em uma linearidade cartesiana à margem do potencial revelador desses tempos de altos diagnósticos.

Porém, inclusive em análises sistêmicas, considera-se a hierarquia de seus componentes: “os sistemas ambientais, dessa forma, podem ser identificados e hierarquizados conforme a inter-relação dos seus componentes geoambientais, suas dimensões e características de origem e evolução”.³⁷ É a partir da conhecida diversidade dos fatores internos dos sistemas, singularizados dentro de parâmetros que permitam olhar particularizado, que se pode atingir maior eficiência, maximizando-se o rendimento do estudo: “as perspectivas envolvendo a análise ecológica, a geográfica e a ambiental englobam estudos considerando a complexidade do sistema e o estudo de suas partes componentes”.³⁸

Exemplo que metaforiza essa compreensão refere-se à consideração do funcionamento do próprio corpo humano. Trata-se de um sistema altamente complexo, que se mantém hígido com base na interação de órgãos e seus subsistemas, que invocam outras tantas análises igualmente complexas. Manter o bom funcionamento da vida de um corpo humano depende que o cuidado individualizado de cada subsistema orgânico não desconsidere as consequências para o todo. Mas, diante de um domínio acerca do funcionamento específico dos subsistemas, o nível de especialização permite, a cada área da medicina, a obtenção de resultados melhores para o macrossistema.

A partir dessa compreensão de fluxos individualizáveis e estruturantes de um todo para o qual servem que se quer ver estabelecida a relação entre o meio ambiente natural e o sistema climático. Nesse espectro, diante da citada hierarquização dos elementos que o macrossistema possui em seu interior, o equilíbrio climático reverte-se em parte e, ao mesmo tempo, constitui condição essencial para o desenvolvimento de outros subsistemas: “o clima é uma característica fundamental do meio ambiente terrestre. Mais do que isso, o clima é a força dinâmica que transforma muitos aspectos desse ambiente”.³⁹

Enfatiza-se que o sistema climático é parte e, ao mesmo tempo, condição das realidades que lhe determinam condições de equilíbrio. Em verdade, inclusive, provoca dúvida sobre se não deveria ser visto como o próprio meio ambiente, haja vista o nível de interação de seus fenômenos e a relação de dependência que proporciona. Por outro lado, um ponto relevante para o problema proposto neste artigo refere-se à lógica de que não se pode admitir o sistema climático apenas como fragmento do meio ambiente natural, haja vista possuir especificidades capazes de serem identificadas à luz de uma maior eficiência de tutela.

Clima é um conceito atrelado a determinado cenário produzido pelo sistema climático e identificado, estatisticamente, pela sua estabilidade durante considerável período de tempo: “[...] essa descrição estatística é dada em termos de médias e variabilidades de quantidades como temperatura, precipitação e vento, tal que

³⁶ CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Pillares, 2016. p. 80.

³⁷ COSTA, Luis; OLIVEIRA, Vladia. Sistemas ambientais, vulnerabilidade ambiental e uso e ocupação na sub-bacia hidrográfica do riacho Santa Rosa – Nordeste do Brasil. *Revista Brasileira de Geografia Física*, Recife, v. 12, n. 4, p. 1525-1537, 2019. [p. 1527].

³⁸ CHRISTOFOLETTI, Antônio. *Modelagem de sistemas ambientais*. São Paulo: Blucher, 1999. p. 1.

³⁹ CORTESE, Tatiana; NATALINI, Gilberto (org.). *Mudanças climáticas: do global ao local*. Barueri: Manole, 2014. p. 1.

ela é calculada ao longo de um intervalo de tempo”.⁴⁰ O equilíbrio climático, por consequência, a partir de uma determinada realidade tida como padrão, é definido pela diferença entre a energia recebida pelo planeta e aquela por ele dissipada.⁴¹ Caso a Terra aprisione mais energia do que aquela que emite, haverá aumento da temperatura, e, operando-se o fenômeno em sentido inverso, chega-se à conclusão do esfriamento do planeta.

O conjunto dos fenômenos que propiciam essas trocas de energia se denomina sistema climático. É também caracterizado pela própria complexidade e deve ser concebido como um sistema aberto. Sua estabilidade é definida por contextos internos (as interações entre as componentes atmosfera, hidrosfera, criosfera, litosfera e biosfera) e externos em razão das quantidades de calor que recebe do espaço e da forma como o retém, tendo em vista fenômenos não naturais, tal qual condutas antrópicas.

Novamente a metáfora do corpo humano pode ser aproveitada, a partir do raciocínio de Magalhães e Cruz⁴², ao idealizarem método didático para a explicação de conceitos físicos em sala de aula ligados aos assuntos do clima. Assim como no corpo humano, o clima fruto do seu sistema formador também propicia uma temperatura média tida como ideal para o seu funcionamento. A regulação da temperatura corporal depende da atividade conjunta dos órgãos internos, que indicam a saúde do corpo, também altamente influenciada por fatores externos, como a prática de atividades físicas, as excitações, a ingestão de substâncias, dentre outros. Da mesma forma como acontece com o corpo humano, a medição da temperatura no planeta varia conforme o local de sua tomada, importando dar atenção à variação da média de temperatura que pode diagnosticar anomalias que indicam a necessidade de cuidados específicos. Simbolizando os órgãos do complexo funcionamento de um corpo humano, as componentes do sistema climático apresentam finalidades essenciais: i) a atmosfera; ii) a hidrosfera; iii) a criosfera; iv) a litosfera; v) a biosfera.

Interligando essa compreensão com as questões já analisadas no primeiro tópico, o incentivo para que, organizadamente, sejam tomadas atitudes de adiamento e, inclusive, evitação de colapsos climáticos refere-se ao fato de que se tem apresentado possível o controle das ameaças. Se determinadas condutas humanas efetivam decisivos problemas ao equilíbrio climático, exercendo influência sobre cada componente do sistema, redefinindo condições do equilíbrio total, devem também ser adotadas ações humanas, por meio dos instrumentos político-jurídicos, para contribuir com esse cenário.

Especificamente quanto à possibilidade de contributo do Direito Penal, tendo em vista a conclusão no segundo tópico acerca da importância dos padrões da Teoria do Bem Jurídico-Penal para a racionalidade dos processos de criminalização, mostra-se necessário responder à questão sobre se o equilíbrio climático configura um autônomo bem com dignidade de tutela penal.

Nesse sentido, sublinha-se a opção pelos contornos do bem jurídico-penal dentro de fundamentos capazes de admitir intrínseca relação entre as bases teóricas de tradições sociológicas e constitucionais. Nas primeiras, destaca-se a relevância dos valores ético-sociais que devem estar presentes para justificar um olhar de atuação da força penal do Estado. Não resta dúvida, diante de tudo fundamentado, que o tema do equilíbrio climático representa um ponto de destaque na lista de preocupações político-sociais da contemporaneidade. Conecta-se com cenários futuros de radical alteração dos modos de vida e ameaça processos de produção de alimentos (agricultura), moradia e saúde (problemas do corpo humano em razão das altas temperaturas). Os interesses de proteção do equilíbrio climático, por isso, estão umbilicalmente relacionados com o desenvolvimento humano, com os necessários projetos de melhoramento de um verdadeiro processo civilizatório que necessita do Direito enquanto mecanismo de efetividade.

⁴⁰ MAGALHÃES, Diogo Amaral de; CRUZ, Frederico Firmo de Souza. Sistema climático e corpo humano: conceitos da física de sistemas complexos para a sala de aula. *Revista Brasileira de Ensino de Física*, São Paulo, v. 43, supl. 1, 2021. [p. e20200449-4].

⁴¹ MAGALHÃES, Diogo Amaral de; CRUZ, Frederico Firmo de Souza. Sistema climático e corpo humano: conceitos da física de sistemas complexos para a sala de aula. *Revista Brasileira de Ensino de Física*, São Paulo, v. 43, supl. 1, 2021.

⁴² MAGALHÃES, Diogo Amaral de; CRUZ, Frederico Firmo de Souza. Sistema climático e corpo humano: conceitos da física de sistemas complexos para a sala de aula. *Revista Brasileira de Ensino de Física*, São Paulo, v. 43, supl. 1, 2021.

Sob aspectos constitucionais, enfoca-se, justamente, a relação que o bem jurídico ambiental traça com o equilíbrio climático. Já se falou também da matriz jurídica do bem ambiental, que na Constituição brasileira está expressamente previsto no artigo 225, e que poderia ser interpretada como abrangente do próprio equilíbrio climático. Do mesmo modo, enfatizou-se a opção pela compreensão do meio ambiente natural como representativo de um todo ecológico a conformar sob sua denominação de diferentes sistemas naturais.

Nessa lógica, na esteira do reconhecimento dos assuntos do clima como partes e premissas determinantes do meio ambiente natural, é possível vê-los presentes na linha de ofensa de grande parte das condutas que se apresentam lesivas a outros subsistemas. Em decorrência disso, poder-se-ia considerar que, indiretamente, o equilíbrio climático está sob tutela simplesmente porque possui tamanha relação sistêmica que o torna causa e consequência das realidades ecológicas já penalmente protegidas.

Por isso, de fato, o equilíbrio climático pode ser conformado como condição do meio ambiente, mas que, sob olhar jurídico, deve gozar de autonomia. O meio ambiente, enquanto expressão da universalidade representativa dos ecossistemas, abrange inúmeras realidades que, diante das exigências de delimitação dos bens penais, dificulta o necessário controle de específicas condutas capazes de produzir o desequilíbrio climático.

Confirmando-se a importância jurídica do bem ambiental como condição para fruição dos direitos tidos fundamentais, o que delineia dimensões do Estado de Direito ecológico, tem-se que a posição do sistema climático, frente ao bem ambiental, se estabelece de forma bastante semelhante. Se, contemporaneamente, se entende necessário um meio ambiente equilibrado para o gozo do núcleo representativo do mínimo existencial, é possível estabelecer a mesma relação de dependência entre sistema climático e meio ambiente. Este, sem as condições existenciais daquele, perde sentido quanto à sua viabilidade para os humanos e para os ecossistemas tais quais já estabelecidos.

Por isso, reforça-se: não se pode negar a importância de que haja o reconhecimento da autonomia do bem equilíbrio climático, entendido nas suas especificidades de tutela, pois, diante da ramificação que produz, deve restar concebido enquanto verdadeiro macrobem, assim entendido em consequência do arranjo que abarca.

Essa realidade de bens autônomos que integram estruturas destinadas a proteger outros específicos bens não é uma novidade para o Direito Penal, compondo, inclusive, um quadro usual nas construções típicas ditas complexas, caracterizadas pela pluriofensividade dos valores que alberga. Entretanto, sublinham-se o reconhecimento e a qualidade hierárquica da interação que proporciona o bem equilíbrio climático com as condutas contra o meio ambiente.

Chamando a atenção para as construções típicas arquitetadas sob o viés pluriofensivo, um dos exemplos que melhor se entende, ligado à relevância da relação entre equilíbrio ambiental e sistema climático, refere-se ao delito de genocídio, previsto no Brasil pela Lei n.º 2.889/1956.⁴³ A escolha por esse específico modelo de crime ocorre, justamente, pela característica típica que se quer acentuar e pela robustez representada pelo bem jurídico vida, entendido como guia ao específico objetivo de tutela do tipo complexo de genocídio.

Sobre ele, pode-se afirmar que, na intenção de atribuir proteção à diversidade étnico, racial, religiosa e de grupos nacionais, há, na sua estrutura, a força do valor vida, que reconhecido, autonomamente, também encontra proteção penal em tipo próprio. Dando eco às manifestações doutrinárias majoritárias sobre a natureza do bem jurídico no genocídio, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou confirmando sua transindividualidade, que “[...] é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, à integridade física ou mental, à liberdade de locomoção etc.”⁴⁴

⁴³ BRASIL. *Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956*. Define e pune o crime de genocídio. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/12889.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540 DF*. Relator Min. Celso de Mello. 2006.

Na esteira da relevância da vida, entendida como valor de dimensão estrutural do genocídio, delimita-se que o sistema climático se coloca em posição semelhante ao equilíbrio ambiental ao se ver imbricado nas condições de manifestação dos diferentes ecossistemas. Tal como no genocídio, que possui forma a revelar a importância de determinadas perspectivas de manifestação da vida, condutas contra o meio ambiente podem apresentar em seus meandros também potencial desestabilizador do clima. Há uma relação, em ambas as hipóteses, de dependência de valores subjacentes.

Mas é preciso chamar a atenção para uma importante ressalva: é da natureza dos crimes complexos que, diante da combinação de valores penalmente relevantes que lhe integram, unidos para a formação de um específico tipo, a repercussão jurídico-penal deva se mostrar proporcional à pluriofensividade reconhecida. Ou seja, o fato de o genocídio ter na sua estrutura o abalo à vida o faz merecedor de uma reprimenda que contemple a multiplicidade de valores sistematizados. Nos crimes ambientais, a respeito do advertido caráter sistêmico que faz do equilíbrio climático elemento que se vê difundido nas variadas realidades ecossistêmicas, em razão da ausência de seu reconhecimento enquanto valor autônomo a mesma situação jurídica não se reproduz.

Pretendendo-se demonstrar o argumento de que não é suficiente presumir que, diante dos tipos penais ambientais, já se está atendendo ao equilíbrio climático e que, portanto, seu dano ou sua exposição ao perigo não subsistem na definição da previsão punitiva abstrata, vale invocar a legislação brasileira. Trazida pela Lei n.º 9.605⁴⁵, o tipo de crime de poluição pode exemplificar quando se constata que possui foco em proteger seres humanos, animais e flora de condutas poluentes que causem perigo de dano. O olhar, como se pode perceber da leitura do artigo 54 do mesmo diploma legal, não atende à magnitude já destacada, referente ao equilíbrio climático enquanto elemento autônomo e detentor de particularidades que lhe são essenciais. Ainda que o estudo desse tipo penal possa merecer aprofundamento, a intenção é de utilizá-lo. Ratifica-se, como exemplo, de que, mesmo o equilíbrio climático estando impregnado nas realidades ecológicas, pode não restar contemplado em proteção no nível de sua importância. As previsões penais possuem tendência de tutelar dimensões especiais do meio ambiente, não alcançando suas condições de existência sintetizadas aqui nos fatores climáticos.

Como se sabe, os processos de alteração da biosfera terrestre para ações extrativistas, os desmatamentos para ocupação humana, plantio e pecuária, assim como a poluição atmosférica com altos níveis de CO₂ decorrentes de atividades industriais, constituem, em maior parte, as condutas desestabilizadoras do clima. Por isso, entende-se necessário que, à mercê da tutela da fauna, da flora e das previsões sobre poluição, seja possível que a dogmática penal reconheça que os respectivos crimes representam, em verdade, tipos de ilícito pluriofensivos. Entende-se que condutas penais frente às quais seja possível demonstrar, à luz de complementos normativos, índices diagnosticados como danosos ou perigosos ao equilíbrio climático podem ter repercussão jurídico-penal proporcional à pluralidade dos bens jurídicos que comprometem.

Reforçando os contornos do bem jurídico do equilíbrio climático, um ponto importante para o argumento é confirmar que também atende às condições para justificar sua existência autônoma. Opera-se, tal como antes, a partir de Hefendehl⁴⁶, seguindo-se a lógica da análise já procedida quanto ao próprio bem jurídico-penal ambiental frente aos requisitos indicadores da supraindividualidade. Em consequência, constata-se que a não exclusividade é uma marca do equilíbrio climático, que abrange não apenas a totalidade dos humanos, mas também todos os demais sistemas ecológicos, configurando-se condição de qualidade e existência da própria vida. Ao mesmo tempo, não suporta ser fracionado em partes que possam ser distribuídas, carac-

⁴⁵ BRASIL. *Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

⁴⁶ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 69-94.

terizando, assim, sua não rivalidade. Tais requisitos, conforme já se justificou, servem ao reconhecimento de um autêntico bem supraindividual, não confundido com a expressão de um somatório de bens individuais.

Frente a isso, admitir a existência do equilíbrio climático enquanto bem jurídico-penal autônomo significa a possibilidade de se refletir acerca da efetiva inclusão desse valor no âmbito das normas penais de proteção do meio ambiente. Uma das soluções (*de lege ferenda*) recai sobre a possibilidade de se incluir majorantes de pena que reconheçam a pluriofensividade de algumas condutas já existentes por conta de seus (possíveis) impactos climáticos. Para tanto, poder-se-ia considerar a remodelação da parte geral da Lei dos Crimes Ambientais para satisfazer a proteção do equilíbrio climático a partir de sua ofensa ou exposição a perigo diante da prática de condutas previstas no seu Capítulo V.

Não se desconhece que, na parte final da Seção II do Capítulo V, há menção de circunstância de aumento de pena para as condutas que resultem modificação do regime climático. Entretanto, a previsão exerce tutela mediante comprovação de resultado efetivo, desconsiderando o nível de influência sistêmica das condutas influenciadoras do bem jurídico climático, reduzindo-se, apenas, à flora. O artigo 53 traz a majorante no inciso I, que também menciona a diminuição de águas naturais e a erosão do solo, em uma clara demonstração de que o equilíbrio climático não fica concebido pela lei enquanto valor autônomo de tutela e na dimensão estrutural que representa, mas sim é considerado, apenas, no que diz respeito às consequências de condutas contra a flora, entendido no raio de ação da tutela do próprio bem ambiental.

Ademais, ainda que se possa empreender esforços para entender que a expressão regime climático diz respeito às condições de uma determinada forma de expressão do sistema climático, diante de tudo já fundamentado, defende-se que a nomeação que melhor condiciona as reflexões político-jurídicas é o equilíbrio climático. Trata-se, até mesmo, de unificar os termos que apresentam relevância para as ciências ecológicas, uniformizando objetivos e estratégias.

A compreensão de uma norma geral que considere o nível da resposta jurídica a partir da pluriofensividade dos tipos de crime contidos na parte especial parece adequada, inclusive, diante da noção que se quer reconhecida sobre o grau de imbricação que o sistema climático exerce para os subsistemas ecológicos. Se as influências climáticas são condições para o todo, torna-se decisivo que haja, nas específicas previsões penais, o reconhecimento da dimensão climática que encerram. Uma norma geral potencializa essa conclusão, deixando clara a indispensável justaposição do sistema climático para os demais conceitos jurídico-penais-ambientais.

Diante disso, para além de uma majorante de pena já existente e que reduz incidência sobre uma específica consequência das condutas contra a flora, aquilo que se defende aqui é a de que o bem jurídico-penal do equilíbrio climático pode estar, teleologicamente, integrado às estruturas típicas. Importa reconhecê-lo como sistema norteador de condutas ofensivas ao meio ambiente, que devem ser vistas sob olhares de pluriofensividade pelo fato de que se justificam diante dos bens penais equivalentes aos equilíbrios ecológico e climático.

No início deste texto, optou-se por introduzir o tema das crises climáticas enquanto passos para o fim do mundo. A intenção foi a de conectar um tom apocalíptico às conclusões bastante reais e objetivas que as Ciências da Terra têm revelado quanto ao real comprometimento das condições de vida no planeta. Em relação à ideia de fim de mundo, tal qual já advertido, tradicionalmente ser atribuída a contextos pouco científicos e, inclusive, panfletários, os cenários evidenciados e traduzidos pela considerável maioria dos estudos permitem que essa possibilidade hoje seja considerada desde um ponto de vista acadêmico.

Considerar o fim do mundo dimensionado pela crise climática assumidamente antropogênica deve servir para impulsionar esforços para que a mesma ciência utilizada para trazer a humanidade a uma espécie de estado parasitário quanto aos recursos naturais redimensione valores atuações, revertendo o próprio sentido de fim. Fim do mundo tomado como finalidade, como propósito ecossistêmico, motivo de integração do humano ao ambiente natural que o cerca. Um remodelamento ético que implique a adoção de uma nova

hierarquia de objetivos capazes da conservação dos equilíbrios ambiental e climático como efetivo eixo de toda ciência que se possa produzir.

5 Considerações finais

As transformações no meio ambiente natural provocadas pelas ações humanas maximizaram a importância da relação entre seres humanos e meio ambiente natural. Nesse cenário, as Ciências da Terra são capazes de diagnosticar que um dos maiores impactos ambientais desses tempos se dá frente às crises climáticas. E essa constatação invoca considerar o nível de interação que o Direito pode oferecer.

Focando a possibilidade de o Direito Penal contribuir com a tutela do equilíbrio climático, é importante reconhecer que os processos de criminalização devem seguir os limites da teoria do bem jurídico. Esta deve ser entendida enquanto conjunto de limites jurídicos para o reconhecimento dos valores decisivos ao desenvolvimento ético-social das comunidades, pautado por perspectivas liberais, revelando-se, em consequência, em um efetivo limitador da intervenção penal.

Tendo por base a relevância social dos temas atrelados aos equilíbrios ambiental e climático e a necessidade de se refletir sobre processo de criminalização de condutas ofensivas a esses equilíbrio por meio da teoria do bem jurídico, ganha espaço a discussão sobre os padrões atentos ao bem supraindividual.

O meio ambiente natural, possuidor de variados subsistemas, adequa-se aos limites da supraindividualidade penal, tais quais os requisitos trabalhados ao longo do terceiro tópico, e o equilíbrio climático é sua parte e condição existencial simultaneamente. Para além disso, equilíbrio climático também se insere nos requisitos delineadores do bem supraindividual, eis que está de acordo com a não-rivalidade e a não exclusividade, assim como encontra-se dentro dos interesses ético-sociais em razão das conclusões científicas que levam o assunto ao topo das prioridades políticas da contemporaneidade.

Ademais, no sentido do reconhecimento do equilíbrio climático enquanto legítimo bem supraindividual, parte e premissa determinante do meio ambiente natural, é possível encontrá-lo presente na linha de ofensa de condutas lesivas ou ameaçadoras a diversos subsistemas ecológicos.

Crimes ambientais, nesse norte, comportam-se frente ao sistema climático como tipos pluriofensivos, mas que, em razão da ausência de reconhecimento da autonomia do valor equilíbrio climático na realidade jurídica brasileira, acabam não considerando em suas estruturas primária e secundária esse nível de interação.

Diante disso, *de lege ferenda* defende-se que é possível considerar adequações normativas capazes de tratar dos assuntos penais do meio ambiente no nível da complexidade que encerram, reconhecendo e redimensionando as condutas que tenham no seu âmbito não apenas o bem ambiental, mas também o equilíbrio climático. Essa postura normativa, traduz a própria organicidade do equilíbrio climático enquanto fator intrínseco do valor ambiental e o estabelece enquanto pauta autônoma. Ao mesmo tempo, indica a possibilidade da remodelação de previsões típicas protetoras do meio ambiente para a satisfação da pluriofensividade que evidenciam.

Destarte, confirma-se a hipótese da possibilidade de proteção autônoma do equilíbrio climático pelo Direito Penal tido como legítimo bem jurídico supraindividual. Entende-se possível que haja readequações legislativas para que as condutas contra o meio ambiente tenham condições de escalonar o nível de comprometimento do equilíbrio climático, mostrando essa conclusão fundamento diante das matrizes pluriofensivas que os crimes ambientais podem revelar.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AMOS, Jonathan. O mundo entrou mesmo em uma nova época geológica? *BBC Brasil*, 8 jan. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160108_antropoceno_cientistas_ja_cc. Acesso em: 4 maio 2020.
- ARGULLOL, Rafael. *O fim do mundo como obra de arte*: um relato da cultura ocidental. Rio de Janeiro: Rocco, 2002.
- AYALA, Patrick de Araújo; LEITE, José Morato (org.). *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BARBOSA, Rildo *et al.* *Fauna e flora silvestres*: equilíbrio e recuperação ambiental. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BRASIL. [(Constituição 1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.
- BRASIL. *Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956*. Define e pune o crime de genocídio. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.
- BRASIL. *Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540 DF*. Relator Min. Celso de Mello. 2006.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Marid: Civitas, 2001.
- CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Pillares, 2016.
- CHOMSKY, Noam. *Internacionalismo ou extinção*: reflexões sobre as grandes ameaças à existência humana. Madri: Crítica, 2020.
- CHRISTOFOLETTI, Antônio. *Modelagem de sistemas ambientais*. São Paulo: Blucher, 1999.
- CORTESE, Tatiana; NATALINI, Gilberto (org.). *Mudanças climáticas*: do global ao local. Barueri: Manole, 2014.
- COSTA, José de Faria. O Direito Penal e a ciência: as metáforas possíveis no seio de relações “perigosas”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid (AFDUAM)*, Madrid, nº extraordinário, p. 107-119, 2006.
- COSTA, Luis; OLIVEIRA, Vladia. Sistemas ambientais, vulnerabilidade ambiental e uso e ocupação na sub-bacia hidrográfica do riacho Santa Rosa – Nordeste do Brasil. *Revista Brasileira de Geografia Física*, Recife, v. 12, n. 4, p. 1525-1537, 2019.
- D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *In*: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 91-100.

HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 69-94.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate Change 2013: The Physical Science Basis*. 2013. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL.pdf. Acesso em: 15 dez 2022.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MAGALHÃES, Diogo Amaral de; CRUZ, Frederico Firmo de Souza. Sistema climático e corpo humano: conceitos da física de sistemas complexos para a sala de aula. *Revista Brasileira de Ensino de Física*, São Paulo, v. 43, supl. 1, 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROBINSON, Mary. *Justiça climática: esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal. Das linhas globais a uma ecologia de saberes. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 23-72.

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

TORRES, S. Distopia no antropoceno, ou re(a)presentando o interregno. *Gragoatá*, Niterói, v. 26, n. 54, p. 558-587, maio/ago. 2021.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Por uma detração compensatória enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos

For a compensatory jail credit as a harm-reduction criminal policy device

Patrícia Carlos Magno

Leonardo Furtado Carvalho

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Por uma detração compensatória enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos*

For a compensatory jail credit as a harm-reduction criminal policy device

Patricia Carlos Magno**

Leonardo Furtado Carvalho***

Resumo

Em um contexto carcerário judicialmente reconhecido enquanto estado de coisas inconstitucional, somado à aplicação indiscriminada de prisões provisórias, não é raro que as medidas cautelares pessoais impostas no curso do processo penal acabem se revelando mais gravosas que eventual pena aplicada. Nessas hipóteses, resta esvaziado o tradicional instituto da detração. Este artigo tem por objetivo estudar os fundamentos constitucionais, internacionais e legais da ora intitulada detração compensatória, para localizá-la enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos. Em um primeiro momento, propôs-se uma reflexão a partir do marco teórico adotado, firmando o caráter afilativo da pena e sua dimensão qualitativa, bem como a possibilidade da compensação penal. Na sequência, estenderam-se esses atributos à prisão provisória em especial, e às medidas cautelares pessoais em geral, o que justifica o instituto da detração. Partiu-se, então, para uma revisão bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema da detração, com adoção de critérios objetivos na pesquisa em revistas acadêmicas, indexadores, bancos de teses, *sites* de tribunais e buscadores de jurisprudência. Por fim, sistematizou-se o estudo no sentido de organizar pistas para a fixação do conceito, fundamentos e aplicações práticas da detração compensatória. Almeja-se, com isso, instrumentalizar um uso emancipatório do direito em prol da defesa dos direitos humanos das pessoas em situação de vulnerabilidade em razão da privação de liberdade.

Palavras-chave: Detração. Compensação penal. Detração compensatória. Prisão provisória. Medidas cautelares pessoais. Direitos humanos.

Abstract

Given the scenario of a prison system classified as an unconstitutional state of affairs, alongside an indiscriminate use of provisional prisons, it is not rare that provisional measures imposed during criminal proceedings end up proving to be more burdensome than the penalty ultimately applied. In those cases, the traditional jail credit calculation loses its purpose. This article aims to study the constitutional, international and legal foundations of the now called compensatory jail credit, in order to pinpoint it as a harm-reduc-

* Recebido em 19/11/2022
Aprovado em 13/02/2023

** Doutora em Direito pela UFRJ. Mestre e Graduada em Direito pela UERJ. Pesquisadora vinculada ao Laboratório de Direitos Humanos (LADIH/UFRJ). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.
E-mail: patymagno@gmail.com.

*** Mestrando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).
E-mail: leofccarvalho@gmail.com.

tion criminal policy device. At first, it was drawn from the theoretical framework the painful character of the penalty and its qualitative dimension, as well as the possibility of penal compensation. Subsequently, those attributes were extended to provisional prison in particular, and to provisional measures in general, which justifies the jail credit. Then, a bibliographical and jurisprudential review on the subject of jail credit was carried out, adopting objective criteria to search in academic journals, indexers, theses banks, court websites and jurisprudence search engines. Finally, the study was systematized in order to arrange clues for the concept, the foundations and the practical applications of compensatory jail credit. It is hoped that, by doing that, an emancipatory use of law is instrumentalized, defending the human rights of people in a vulnerable state caused by incarceration.

Keywords: Jail credit. Penal compensation. Compensatory jail credit. Provisional prison. Provisional measures. Human rights.

1 Introdução

Segundo dados consolidados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP)¹, consultados em dezembro de 2022, o Brasil conta com cerca de 383 mil pessoas submetidas a prisão provisória sem condenação, o que equivale a mais de 43% da população carcerária.

Não se trata de peculiaridade brasileira. Em 2013, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apurou dados das Américas e seu informe apontava que “o uso não excepcional da prisão preventiva é um dos problemas mais graves e generalizados que enfrentam os Estados membros da OEA no que tange ao respeito e à garantia dos direitos das pessoas privadas de liberdade”², situação que persistia em 2017, quando publicado outro relatório, dessa vez preocupado em apontar soluções para a questão³. Especificamente quanto ao Brasil, no relatório de 2021, a CIDH apontou que “a prisão provisória é claramente aplicada de maneira contrária ao seu caráter excepcional”⁴.

Uma das consequências do emprego excessivo de prisões provisórias é a situação peculiar em que o indivíduo, ao cabo do processo penal de conhecimento, recebe uma *sentença menos gravosa que a prisão cautelar*: seja porque é absolvido, seja porque é condenado a sanções penais alternativas ou a prisão em regime inicial distinto do fechado.

De fato, pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), publicada em 2015, verificou que 37% das pessoas submetidas a prisão provisória *não* foram condenadas a pena privativa de liberdade quando sentenciadas.⁵

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Estatísticas BNMP*. Disponível em: <https://portallbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 20 dez. 2022.

² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46, 30 dez. 2013. par. 317. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022. Tradução livre dos autores. O original em espanhol é: “el uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad”.

³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Relatório sobre medidas para reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163, Doc. 105, 03 jul. 2017. par. 224. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 9, 12 fev. 2021. par. 165. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

É nesse contexto de violência sistemática que se estuda o tradicional instituto da detração penal, para ressignificá-lo. Sob os influxos da criminologia crítica, do realismo marginal e da teoria crítica dos direitos humanos, aposta-se na releitura da detração penal enquanto medida de reparação *in natura* reductora de danos⁶.

No ordenamento brasileiro, a detração encontra previsão no art. 42 do Código Penal⁷. É digno de registro que o art. 672 do Código de Processo Penal⁸ também se referia ao instituto, mas foi revogado tacitamente pela Lei de Execução Penal. Sua interpretação pela dogmática tradicional tem ocorrido de forma restritiva, qual seja, *um dia de prisão provisória subtrai um dia de pena* (1:1).

Essa hermenêutica tem se mostrado distanciada da concretude da realidade material quando a pena ao final imposta não guarda homogeneidade com a forma de cumprimento da prisão provisória. É preciso que a interpretação do instituto incorpore a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e *compense* o “excesso antijurídico de dor”⁹ imposto à pessoa presa provisoriamente, reduzindo-lhe, proporcionalmente, a pena. Por essa razão, é importante estudar a detração, na modalidade compensatória.

Nossa proposta é a de trazer para o âmago da dogmática jurídico-penal — especialmente da teoria da pena, no direito penal, e da teoria das medidas cautelares pessoais, no direito processual penal — os dados da brutalmente violenta realidade social¹⁰, apurados a partir dos marcos teóricos acima mencionados, desenhando, com isso, uma contra-hegemônica política criminal de *redução de danos*.

É preciso retornar aos próprios fundamentos da detração para resgatar sua promessa originária de reparação e radicalizá-la por intermédio de uma prática que efetive a detração compensatória (ou reparatória). Nosso objetivo, nesse viés, é recolher e sistematizar as pistas para a fixação do conceito, fundamentos e propostas práticas da detração compensatória. Almeja-se, com isso, instrumentalizar um uso emancipatório do direito em prol da defesa dos direitos humanos das pessoas em situação de vulnerabilidade em razão da privação de liberdade.

São etapas desse percurso: (i) firmar conceitos fundamentais a partir do marco teórico eleito, definindo especialmente o caráter afitivo da pena e sua dimensão qualitativa; (ii) efetuar uma revisão do estado da arte quanto às reflexões sobre a detração que superem o tradicional paradigma 1:1, a partir de revisão bibliográfica e de levantamento jurisprudencial; e, por fim, (iii) sistematizar os resultados obtidos na forma de pistas para a construção futura de uma nova teorização sobre o instituto e algumas possibilidades de sua incidência.

Adota-se, assim, um esquema metodológico dedutivo, inscrito na dogmática jurídico-penal, mas atento aos influxos empíricos trazidos pela criminologia crítica enquanto âncora que

⁶ Extraiu-se a ideia de *redução de danos* aplicada à política criminal das reflexões de Roig, que propõe uma teoria reductora de danos na execução penal enquanto “dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas”, partindo da premissa que “a pena não pode ser um meio para resolver problemas, porque ela mesma é um problema social, que não anula o dano do crime (dialética hegeliana), mas, sim, duplica a danosidade do evento delitivo” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*. IX.).

⁷ “Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.”

⁸ “Art. 672. Computar-se-á na pena privativa da liberdade o tempo: I – de prisão preventiva no Brasil ou no estrangeiro; II – de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro; III – de internação em hospital ou manicômio.”

⁹ Expressão empregada em CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 22 de novembro de 2018. par. 124. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

¹⁰ “A possibilidade, por outro lado, de que no desdobramento desta crise se realize uma transformação da Dogmática Penal e de sua relação funcional com o sistema penal tendente a compensar o pilar dos Direitos Humanos e a interagir com o próprio sistema depende do deslocamento de sua separação à sua aproximação e abertura cognoscitiva para a realidade social; de seu monólogo e isolamento acadêmico à busca do diálogo interdisciplinar; da reprodução à autocrítica e suspensão do dogmatismo na Ciência Penal e da dogmatização à problematização de suas próprias premissas.” (ANDRADE, Vera Pereira Regina de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 316).

firma as reflexões teóricas na realidade social¹¹, e eticamente comprometido com os processos culturais de lutas por dignidade que definem criticamente os direitos humanos¹². Empregar-se-ão, primordialmente, os métodos da revisão bibliográfica e da análise documental para enfrentar o problema da pesquisa, qual seja, *quais as ferramentas teóricas para articular a detração compensatória enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos?*

2 O caráter aflitivo da pena e sua dimensão qualitativa

Pena é dor: uma premissa simples, mas que afasta desde logo as teorias legitimantes que tentam colorir a pena com funções positivas.¹³ Seu caráter *aflitivo*, embora inafastável, deve ser mantido dentro dos limites normativos que contêm o exercício do poder punitivo.

Se um dia a pena já foi assumidamente uma imposição de sofrimento, é com a ascensão das tecnologias de poder próprias do Estado liberal que ela assume funções declaradas *utilitárias*, especialmente voltadas à *prevenção* do crime, e não apenas à sua retribuição.¹⁴ Observa-se na obra de Rusche e Kirchheimer¹⁵ a transição das penas brutais do fim da Idade Média para as penas que exploravam a mão-de-obra do mercantilismo até a generalização da prisão na consagração do capitalismo. Igualmente, observa-se na obra de Foucault¹⁶ a passagem dos suplícios à prisão, com a incorporação da disciplina enquanto novo paradigma de poder.

O contexto histórico em que a forma-prisão assume um caráter de universalidade passa a traduzir a pena, predominantemente, em termos *quantitativos*:

além disso ela [a prisão] permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo. Há uma forma-salário da prisão que constitui, nas sociedades industriais, sua “obviedade” econômica. [...] Obviedade econômico-moral de uma penalidade que contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos e estabelece equivalências quantitativas delitos-duração. [...] A prisão é “natural” como é “natural” na nossa sociedade o uso do tempo para medir as trocas.¹⁷

Da margem brasileira, se os discursos que atribuem à pena funções preventivas são bem difundidas nos círculos intelectuais, eles nunca chegaram à prática. Gizlene Neder, debruçando-se sobre o início do século XX, observou que a preocupação com as funções *ressocializadoras* da pena, por exemplo, não se concretiza “em alguma atuação que produza efeitos, para além de ideológicos, e que apresente uma eficácia, que redunde em *recuperação* ou *regeneração dos delinquentes*”, destacando que “a história do sistema penitenciário na formação histórico-social brasileira está marcada pelo confinamento e pelo extermínio”¹⁸.

Ana Flauzina nota que, no contexto brasileiro pós-abolição, a criminologia positivista racista é o que justifica a punição diferenciada de negros e brancos, agora juridicamente iguais, trasladando a seletividade racial da criminalização primária para a secundária: “saindo expressamente das leis, a assimetria teria de ser

¹¹ O diálogo do direito penal com a criminologia ainda é escasso na dogmática tradicional: “no sistema de Roxin, se as trocas com a política criminal receberam um enorme impulso, a criminologia foi deixada no vestibulo: era uma convidada algo inconveniente, cujos maus modos poderiam perturbar o encontro, explodindo numa gargalhada quando alguém falasse de ressocialização através da privação de liberdade” (BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 20).

¹² HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

¹³ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

¹⁴ Cf. RAMÍREZ, Juan Bustos; MALLARÉ, Hernán Hormazábal. Pena y Estado. *Papers: Revista de Sociologia*, Barcelona, v. 13, p. 97-128, 1980.

¹⁵ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 224-225.

¹⁸ NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 95. Grifos no original.

garantida nas ruas”¹⁹. A autora demonstra que o projeto genocida brasileiro, ocultado no manto jurídico penal, manteve a neutralidade que lhe demandava o mito da democracia racial e foi executado em sintonia com o racismo estrutural sobre o qual se forjou a sociabilidade brasileira.

Portanto, o afastamento já observável nos países centrais entre o discurso legitimante da pena, que lhe atribui funções utilitárias, e sua realidade material torna-se um abismo na periferia.²⁰ Como consequência, a abstrata dimensão *quantitativa* da pena de prisão importada do pensamento central mostra-se desconectada da realidade violenta, classista e racista do cárcere, uma constante histórica de nossa margem.

O esforço de aproximar essa realidade e a necessidade de seu enfrentamento à dogmática jurídico-penal não é tarefa livre de contradições, uma vez que o direito é instrumento da ordem e sua precípua função é o controle social, como analisa Santos²¹. De acordo com o autor, um uso emancipatório do direito é possível, desde que comprometido com sua articulação contra-hegemônica, ampliando o acesso à justiça por aqueles e aquelas que costumam estar nas margens. Nesse viés, manejando a “racionalidade de resistência”, instrumentaliza-se o discurso jurídico em prol das lutas de direitos humanos.

A “racionalidade de resistência” mencionada por Herrera Flores exige uma mudança de perspectiva, por ele nominada de visão complexa dos direitos humanos. A partir da pluralidade de vozes — que conduz ao diálogo e à convivência, rechaçando as visões simplistas, abstratas e localistas que produzem uma visão de mundo desintegrado ou abstratamente universal e que só pensa a partir do centro —, a racionalidade de resistência incorpora diferentes contextos físicos e simbólicos na experiência do mundo, porque

a visão complexa dos direitos aposta em nos situarmos na periferia. Só existe um centro, e o que não coincide com ele é abandonado à marginalidade. Periferias, entretanto, existem muitas. Na verdade, tudo é periferia, se aceitamos que não há nada puro e que tudo está relacionado.²²

Além disso, a visão simplista dos direitos humanos desconsidera o contexto, enquanto para a racionalidade de resistência é precisamente “a incorporação dos diferentes contextos físicos e simbólicos na experiência do mundo”²³, que permitem novos influxos de pensamento e uma práxis emancipatória do direito.

Nesse diapasão, compreende-se que a racionalidade de resistência e o realismo marginal dialogam. Diante do *ser que não deve ser*²⁴, alguns esforços têm sido empreendidos para adotar uma perspectiva *qualitativa* sobre a pena de prisão, realçando o seu caráter essencialmente afitivo.

No campo acadêmico, há farta produção bibliográfica sobre o tema oriunda da Universidade de Buenos Aires. Em 2013 foi publicado relatório de um projeto de pesquisa dirigido por Raúl Zaffaroni com o tema *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena*, veiculando trabalhos de nove pesquisadores.²⁵

¹⁹ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

²⁰ “Nos países capitalistas, entre o explorado e o poder interpõe-se uma multidão de professores de moral, de conselheiros, de ‘desorientadores’. Nas regiões coloniais, ao contrário, o polícia e o soldado, pelas suas intervenções diretas e frequentes, mantém o contato com o colonizado e aconselham-no, com golpes de coronha ou incendiando as suas palhotas, que não faça qualquer movimento. O intermediário do poder utiliza uma linguagem de pura violência.” (FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Trad. Serafim Ferreira. Lisboa: Ulisseia, 1961. p. 33).

²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 65, p. 03–76, 2003.

²² HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 151.

²³ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 152.

²⁴ “A função responsável do direito penal, neste marco, é a de expressar teoricamente que o que é não deve ser, e operar, através das agências jurídicas, para que deixe de ser no menor tempo possível.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1. p. 658).

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación – FD UBA. 2013. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2022.

Mesmo antes disso, em 2001 (edição brasileira de 2003), Ana Messuti se debruçou sobre os laços entre tempo e pena. Adotando um olhar fenomenológico, a autora expõe como o *tempo objetivo*, fixado na sentença condenatória, não se confunde com o *tempo subjetivo* efetivamente vivenciado pelo condenado no curso do cumprimento da pena, único para cada sujeito, de maneira que nunca é possível extrair a *intensidade* do castigo a partir do aspecto quantitativo da pena de prisão:

como transformar a magnitude, tantos meses, tantos anos, tantos dias, em intensidade? Só na consciência do sujeito se opera a conversão de magnitude para intensidade, porque a intensidade é um fenômeno interior, pessoal, íntimo, intransferível. Logo, cada um vive de forma única e imprevisível sua própria pena. Daí que quando se dita a sentença não se sabe com certeza qual castigo se está aplicando. Pois as unidades temporais nas quais se fixa a pena sucederão com maior ou menor lentidão segundo o sujeito. E à medida que o sujeito interiorize essa duração, irá configurando sua pena.²⁶

Não se precisa chegar a tanto. As condições do cárcere podem propiciar penas *objetivamente* mais graves ou mais brandas, ainda que fixadas na exata mesma quantidade. Um ano de privação de liberdade em uma masmorra não é o mesmo que um ano de privação de liberdade em um quarto de hotel luxuoso: uma constatação evidente, mas que insiste em escapar à dogmática tradicional.

As normas constitucionais, internacionais e legais²⁷ fornecem um conjunto de parâmetros que limitam a aflição do cárcere e determinam as condições em que a pena de prisão deve ser cumprida, impondo que toda sentença condenatória, ao aplicar certa quantidade de pena privativa de liberdade, contenha em si uma cláusula subentendida: *pena a ser cumprida nas condições previstas pelo ordenamento jurídico*. A sentença, dessa forma, deve ser lida de maneira integrativa com as normas garantidoras de direitos humanos, à luz do princípio *pro persona*, fixando não apenas os limites *quantitativos* da pena, mas também os *qualitativos*.

É o que nos elucidava Pablo Vacani:

o valor da coisa julgada na sentença não só admite a certeza de determinada quantidade de pena, mas também torna *responsável* a autoridade judiciária para que aquela, sendo pena privativa de liberdade, seja executada de acordo com certos requisitos mínimos que devem ser salvaguardados em conformidade com as políticas penitenciárias.²⁸

O desrespeito às normas que integram o ordenamento jurídico de proteção e de tutela dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade torna *ilícita* a pena, uma vez que a aflição sofrida concretamente pela pessoa condenada será maior que aquela fixada em sua sentença. Em outras palavras, a sentença fixa os limites *quantitativos e qualitativos* para a intervenção punitiva do Estado, a partir da dosimetria orientada

²⁶ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 50.

²⁷ No plano constitucional, pode-se destacar os incisos XLVII, alínea “e” (vedação às penas cruéis), XLIX (preservação da integridade física e moral dos presos) e L (direito de presas a permanecerem com seus filhos durante a amamentação), todos do art. 5º da Constituição da República.

^{No plano internacional:} os arts. 5.2 (vedação à tortura e ao tratamento cruel, desumano e degradante; respeito à dignidade da pessoa presa), 5.4 (separação de presos provisórios dos condenados) e 5.6 (finalidade ressocializadora da pena) da Convenção Americana de Direitos Humanos; as Regras de Nelson Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos) e as Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras).

^{No plano legal:} especialmente o art. 38 do Código Penal (preservação de todos os direitos do preso com exceção da liberdade), mas também os arts. 34 a 36 (regras dos regimes de cumprimento), o art. 37 (prisão especial para mulheres) e o art. 39 (trabalho do preso), todos do Código Penal; além das disposições da Lei de Execução Penal, especialmente em seu art. 3º (garantia de todos os direitos do preso não atingidos pela sentença ou por lei).

²⁸ VACANI, Pablo Andrés. Ejecución penal y determinación cuantitativa de la pena: hacia una dogmática de la prisión. *Revista Derecho Penal Central*, Quito, v. 2, n. 2, p. 219-265, ago./2020. p. 246. Tradução livre dos autores. No original, lê-se: “El valor de la cosa juzgada en la sentencia no sólo admite la firmeza de cierta cuantía de pena, sino que hace *responsable* a la autoridad judicial de que la misma, siendo pena privativa de libertad, se lleve a cabo de acuerdo con ciertos requisitos mínimos que debe resguardar con relación al modo en que se llevan a cabo las políticas penitenciarias.”

pelos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, e sua extrapolação gera uma punição ilegalmente mais gravosa.²⁹

Zaffaroni³⁰ destaca três categorias de fatores que podem levar ao agravamento qualitativo da pena privativa de liberdade: a violência *estrutural*, decorrente das próprias condições materiais do cárcere; a violência *ativa*, quando agentes estatais exercem força física direta contra a pessoa presa, incluindo as torturas; e a violência *interna*, decorrente das relações de poder entre os próprios presos.³¹

A violência estrutural é de tal forma generalizada³² que não foi possível ao sistema de justiça brasileiro ignorá-la, levando o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer nas prisões brasileiras um *estado de coisas inconstitucional*:

presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.³³

A questão que remanesce é: *o que fazer* diante da inegável realidade da ilicitude das penas privativas de liberdade? Há algumas propostas de caráter preventivo e corretivo, como a tese do *numerus clausus*³⁴, por exemplo. No presente estudo, enfocam-se aquelas de caráter *reparatório*: ou seja, destinadas a compensar, de alguma forma, as pessoas que foram efetivamente submetidas a penas ilícitas.

Em esforço de superação do paradigma da indenização pecuniária, propondo uma forma de reparação *in natura*³⁵, Roig empreendeu compreensivo estudo em que elenca fundamentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais por uma compensação propriamente penal àqueles submetidos a penas ilícitas, do qual se destacam suas conclusões:

sentenças penais expressam-se em tempo linear ou cronológico, mas expropriam tempo existencial — vida mesmo — do condenado. Uma pena de igual grandeza não é vivenciada por todos da mesma forma, sobretudo por aqueles acometidos por ilegalidades. Estes, pelo contrário, percebem a própria experiência penal como concreta ameaça à sua integridade e, eventualmente, como fator de redução de sua futura qualidade e expectativa de vida. O apreço pelo tempo existencial do sentenciado, tradicionalmente obscurecido pela objetiva linearidade do tempo imposto na sentença, traduz a essência do direito à compensação penal por penas ou prisões abusivas.

²⁹ Cf. o art. 185 da Lei de Execução Penal: “Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.”

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación – FD UBA. 2013. p. 03-06. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2022.

³¹ Todas as três violências foram constatadas pela CIDH em relatório de 2021 sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, concluindo: “A CIDH observa que a falta de controle do Estado em relação a esses recintos, o consequente autogoverno e as condições deploráveis de detenção nas instituições de privação de liberdade causam confrontos e tensões que resultam em altos níveis de violência e graves efeitos sobre a vida e integridade pessoal.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 9, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2022).

³² Como sempre o foi. Confirmando a tese foucaultiana que a crítica à prisão é contemporânea ao seu surgimento, Gizlene Neder observou: “as críticas ao sistema penitenciário [...] são abundantes no início do século. Partem de diferentes agentes históricos, ligados a diferentes segmentos da estrutura social. Porém, em sintonias variadas, afirmam a falência do sistema penitenciário.” (NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 94).

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado: 09 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 22 dez. 2022.

³⁴ Cf. BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

³⁵ Ou seja, restituindo-se no mesmo bem jurídico que havia sofrido dano. A discussão provém do campo da responsabilidade civil. Cf., por exemplo, o Enunciado n.º 589 da VII Jornada de Direito Civil/CJF: “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio.”

Mais do que um direito, a compensação penal ou *in natura* adquire cada vez mais contornos de autêntico princípio, capaz de atuar com eficácia normativa e se espriar por todo o ordenamento penal, promovendo a redução de danos sociais, econômicos e, sobretudo, humanos.

A cultura da compensação dará maior visibilidade às arbitrariedades sofridas pelas pessoas presas e demonstrará que, em uma ótica democrática, a subtração de tempo existencial (vivencial) de um ser humano, seja a que título for, jamais pode ser em vão. Nem a liberdade indevidamente suprimida pode ser banalizada com sua simples conversão em dinheiro. *Havendo a possibilidade de compensação com o mesmo bem subtraído – a liberdade –, este deve ser escolhido, independentemente da indenização pecuniária. Assim é que o conceito de indenização também deve abarcar a reparação pela via penal, com a utilização do tempo de prisão ou da forma de aprisionamento como espécies de “moeda” de reparação.*

Conforme já salientado, o Estado brasileiro assumiu o compromisso internacional de proteger o direito à não submissão a detenção ou encarceramento arbitrários, bem como de assegurar o direito de reparação a qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais. Deve, portanto, empregar todas as ferramentas jurídicas disponíveis para garantir que a reparação seja a mais efetiva e integral possível, sob pena de admitir – por pragmatismo ou formalismo – que encarceramentos que se tornaram arbitrários possam se converter em penas aplicadas em sua integralidade, e que penas aplicadas que se tornaram penas cruéis e desumanas possam ser integralmente executadas.

A compensação penal por penas ou prisões abusivas definitivamente não pode mais ser ignorada. Trata-se de poderoso instrumento à disposição do Poder Judiciário para o ajuste da dimensão aritmética da pena às condições qualitativas de aprisionamento. Mais ainda, trata-se de um dever legal, constitucional, convencional e humano do magistrado comprometido com a afirmação do Estado Republicano e Democrático de Direito.³⁶ [grifos nossos]

Essa tese acabou sendo acolhida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao deferir medidas provisórias contra o Estado brasileiro nos casos do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho³⁷ e do Complexo Penitenciário de Curado³⁸. Em ambos os casos, a Corte IDH determinou que se computasse em dobro cada dia de privação de liberdade naquelas unidades prisionais, sob a seguinte fundamentação³⁹:

120. Em princípio, e dado que é inegável que as pessoas privadas de liberdade no IPPSC podem estar sofrendo *uma pena que lhes impõe um sofrimento antijurídico muito maior que o inerente à mera privação de liberdade, por um lado, é justo reduzir seu tempo de encarceramento*, para o que se deve ater a um cálculo razoável, e, por outro, *essa redução implica compensar, de algum modo, a pena até agora sofrida na parte antijurídica de sua execução*. As penas ilícitas não deixam de ser penas em razão de sua antijuridicidade, e o certo é que vêm sendo executadas e causando sofrimento, circunstância que não se pode negar para chegar a uma solução o mais racional possível, em conformidade com a estrutura jurídica internacional e de acordo com o *mandamus* do Supremo Tribunal Federal estabelecido na Súmula Vinculante No. 56.

121. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que *duplica também a inflição antijurídica eivada de dor da pena que se está executando*, o que imporá que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado **à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes**. [...]

123. Cabe pressupor, de forma absoluta, que as privações de liberdade dispostas pelos juízes do Estado, a título penal ou cautelar, o foram no prévio entendimento de sua licitude por parte dos magistrados que

³⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 331-381, jun./2017.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 22 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022. Medida urgente inicialmente requerida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em defesa dos interesses das pessoas privadas de liberdade naquela unidade penitenciária.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Complexo Penitenciário de Curado*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 28 de novembro de 2018. par. 124. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

³⁹ A mente por trás do cômputo em dobro parece ter sido a de Raúl Zaffaroni, um dos juízes da Corte IDH que assinam as resoluções e que na sequência publicou obra com suas reflexões dogmáticas sobre o tema de forma abstrata. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Penas ilícitas: um desafio a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.

as dispuseram, porque os juízes não costumam dispor prisões ilícitas. *No entanto, são executadas ilicitamente e, por conseguinte, dada a situação que persiste, e que nunca devia ter existido, mas existe, ante a emergência e a situação real, o mais prudente é reduzi-las de forma que seja computado como pena cumprida o excedente antijurídico de sofrimento não disposto ou autorizado pelos juízes do Estado.*

124. A via institucional para arbitrar esse cômputo, levando em conta como pena o excesso antijurídico de dor ou sofrimento padecido, deverá ser escolhida pelo Estado, conforme seu direito interno, não sendo a Corte competente para indicá-la. Obviamente, nesse processo decisório, os juízes internos devem dar cumprimento ao determinado pelo STF na Súmula Vinculante No. 56 (Considerandos 110 a 114 *supra*). Não obstante isso, a Corte recorda que, conforme os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Estado não poderá alegar descumprimento em virtude de obstáculos de direito interno.⁴⁰ [grifos nossos]

Estabelecidas as premissas teóricas desse raciocínio, propõe-se investigar os fundamentos possíveis para transportar a mesma lógica reparatória à hipótese em que a pessoa é submetida à *prisão provisória ilícita*, por intermédio do instituto da detração penal.

3 O caráter afitivo da prisão provisória e a detração

Prisão provisória é dor. Com essa afirmação inicial, busca-se aproximar a prisão provisória (e as medidas cautelares pessoais de forma geral) da pena, pois, embora afastadas em natureza jurídica⁴¹, possuem a mesma consequência na realidade material: a privação de liberdade do indivíduo, geralmente em condições degradantes.

Foi dessa aproximação *material* entre a prisão-pena e a provisória que se consagrou o chamado princípio da homogeneidade, uma incidência específica do princípio da proporcionalidade das penas no âmbito processual:

e, embora a prisão preventiva, do ponto de vista teleológico, não seja uma “pena antecipada”, como adverte Maurach, o mal real causado pela prisão preventiva deve ser parecido, quanto aos efeitos realmente produzidos, aos da pena. Na prisão preventiva, o acusado não deve pagar um preço que ele provavelmente não será chamado a pagar nem mesmo depois da condenação. Há, pois, um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares e, em especial, a prisão cautelar. [...] É o que tem sido denominando, na jurisprudência do STJ, de “princípio da homogeneidade”. [...] O juiz deverá [...] considerar a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada em regime prisional. Somente no caso em que se anteveja, com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá que se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento definitivo que ela visa assegurar. Caso o prognóstico judicial seja de que a pena a ser imposta será somente de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou, ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (*sursis*), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional em relação ao resultado final do processo, cuja utilidade se quer assegurar.⁴²

É a mesma razão que justifica o instituto da detração, que busca “evitar que o sujeito seja punido em excesso”, pois “se esteve preso cautelarmente por um delito, há uma equivalência entre essa privação provisória de liberdade e a pena imposta ao final”⁴³.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 22 de novembro de 2018. par. 120-124. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁴¹ Destacando a distinção entre a *prisão-pena* e a *prisão sem pena*, cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 634-639.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*. RB-18.13.

⁴³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. RB-8.12.

Pode-se considerar, então, que a prisão provisória, em seu aspecto material, deve ser tida como uma verdadeira *antecipação da pena*, embora jamais possa ser decretada com esse fundamento. Ou seja, embora sua finalidade precise ser estritamente vinculada aos pressupostos de cautelaridade previstos no ordenamento positivo, seu inevitável efeito colateral é antecipar a aflição penal que será potencialmente fixada ao fim do processo de conhecimento.⁴⁴

Isso porque, conforme exposto, é a sentença penal condenatória que, orientada pelos princípios da proporcionalidade e da individualização das penas, bem como pelas regras legais de dosimetria, delimita a quantidade e a intensidade da sanção penal apropriada ao delito sob julgamento, definindo, com isso, os limites de intervenção punitiva do Estado sobre o indivíduo *a qualquer título*. Se houve prisão provisória anterior, essa aflição punitiva já imposta ao indivíduo deve ser descontada da pena a ser executada. Entra em cena, então, a detração.

Contudo, a detração tem sido interpretada de maneira restritiva pela dogmática tradicional, incorporando o cálculo padrão de *um dia de prisão provisória abate um dia de pena privativa de liberdade* (1:1) independentemente das circunstâncias do caso concreto. Tal visão afasta a dimensão qualitativa do sofrimento, e um simples exemplo (nada incomum na prática forense) é suficiente para derrubá-la: um dia de prisão provisória não equivale e não pode equivaler a um dia de privação de liberdade em regime aberto.

Diante disso, pretende-se revisar o estado da arte no que tange ao cálculo da detração, buscando, na produção acadêmica e na jurisprudência, teses que, de qualquer forma, superem o paradigma tradicional de 1:1, para incorporá-las a uma teoria da detração compensatória.

3.1 Revisão bibliográfica

Para concretizar a revisão bibliográfica, buscaram-se artigos publicados em revistas com avaliação Qualis A1, A2, B1 ou B2 na área do Direito⁴⁵, bem como dissertações de mestrado e teses de doutorado de cursos avaliados com nota CAPES igual ou maior a 4, publicadas ou defendidas até dezembro de 2022, data da pesquisa. Empreendeu-se a busca com os termos “detração” e “detração penal”, tanto diretamente nos portais das revistas, quando possível, quanto em indexadores e bancos de dados diversos⁴⁶.

Com isso, foi possível encontrar sete artigos e três dissertações que, de alguma forma, apresentam visões sobre a detração para além da proporção 1:1.

A discussão parece ter se iniciado diante da diversificação do direito penal e do direito processual penal para além da lógica prisional: de um lado, com as penas restritivas de direito e, de outro, com as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Esses influxos desequilibraram a congruência do sistema da detração, construído a partir da dicotomia prisão provisória e pena privativa de liberdade, exigindo novas soluções teóricas. Nesse sentido foram três dos artigos e uma das dissertações.

O primeiro deles, publicado na Revista dos Tribunais em 1989, trilhou os caminhos abertos pela nova Parte Geral do Código Penal, inserida pela Lei n.º 7.209/84, para discutir a detração no caso de cumprimento parcial da pena restritiva de direitos. Reconhecendo que o legislador parece ter descartado qualquer pena cumprida no caso de conversão da pena alternativa em privativa de liberdade, Gilberto Ferreira propôs solução diversa:

⁴⁴ Não por outra razão a jurisprudência admite o deferimento *in favor rei* de incidentes da execução penal ao preso provisório com condenação não transitada em julgado (Enunciado n.º 716 da Súmula do STF: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”).

⁴⁵ Foi considerada a avaliação do quadriênio 2013-2016, pois os resultados do quadriênio 2017-2020 só foram oficialmente divulgados após concluído o levantamento.

⁴⁶ Google Scholar, ORCID, Scielo, Dialnet, DOAJ, Oasisbr e Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES.

a letra do art. 45 parece excluir a possibilidade de detração do período cumprido, no caso de conversão. Isto quer dizer que, se o réu trabalhou onze meses regularmente e descumpriu a obrigação no último mês, terá que cumprir integralmente a pena privativa de liberdade de um ano, que lhe foi imposta. [...] A prestação de serviços quando substitui a pena privativa de liberdade é pena autônoma, como se infere do disposto no art. 44. Logo, se é pena e se o réu cumpriu parte dessa pena, como obrigá-lo a resgatar a pena por inteiro, no caso de conversão? Por isso, para evitar essa aberrante injustiça e equívoco do legislador, tenho que à espécie, por analogia, deve ser aplicado o art. 42, que trata da detração da pena privativa de liberdade e da medida de segurança. [...] Mas como computar o período de trabalho prestado? Se a substituição se dá pelo mesmo tempo de duração da pena aplicada (art. 55) e se a cada oito horas de trabalho corresponde a uma semana do tempo integral, parece-me óbvio que a cada oito horas de trabalhos prestados terá o sentenciado cumprido sete dias da pena privativa de liberdade, na hipótese de conversão. O mesmo se diga quanto a limitação de semana. Para cada fim de semana corresponderá a sete dias da pena privativa de liberdade.⁴⁷

A interpretação proposta pelo autor é de máxima importância para densificar uma proporção mais adequada a cada caso concreto. Ressalte-se, apenas, que se trata de uma proporção *entre penas* (da restritiva de direitos à privativa de liberdade) e não entre pena e medida processual.

Outro passo foi dado por Aury Lopes Jr., em trabalho publicado na Revista de Processo em 1998. Muito antes da Lei n.º 12.403/11, que introduziu, no sistema processual brasileiro, as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, o autor já se debruçava sobre o tema, a partir do estudo do ordenamento espanhol. Destaca-se sua observação quanto a um dispositivo do Código Penal da Espanha, que institui o *abono de condena*, “uma espécie de detração penal, onde o tempo de privação de liberdade cumprido através de uma medida cautelar será abatido do tempo da pena a ser definitivamente cumprido”⁴⁸.

Mas é, sem dúvidas, com o advento da Lei n.º 12.403/11 que a discussão ganhou fôlego. Em 2013, na Revista Brasileira de Direito Processual, Carlos Henrique Haddad enfrentou o tema das medidas cautelares pessoais e anteviu a possibilidade de detração do recolhimento noturno:

o recolhimento domiciliar impõe restrição à liberdade de locomoção, em caráter mais severo do que as demais cautelares que estabelecem proibições, tanto é verdade que, na Itália, permite-se o desconto dos dias em que vigorou a medida cautelar no cômputo da pena, a título de detração. Considera-se que o acusado que permanece em residência encontra-se em estado de custódia cautelar. A Lei n.º 12.403/11 foi omissa na previsão da detração, porém, diante do grau ocupado pelo recolhimento domiciliar na escala de coercitividade, o desconto do tempo expiado durante a execução da medida cautelar deve ser abatido no montante da pena imposta. O número de horas em que o acusado permaneceu em recolhimento domiciliar deve ser descontado na mesma proporção, ou seja, pelo equivalente de horas de cumprimento de pena.⁴⁹

Wank Medrado dedicou sua dissertação de mestrado, defendida em 2015, especialmente ao tema da detração nas medidas cautelares pessoais diversas da prisão. O autor destacou que “as medidas cautelares, mesmo diversas da prisão, produzem um constrangimento no imputado, uma limitação em seus direitos, embora, de menor intensidade do produzido pelo recolhimento ao cárcere”, de forma que “deve o instituto [da detração] ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos fundamentais do cidadão, inclusive no caso de medidas cautelares alternativas, qualquer que seja a intensidade da ingerência”⁵⁰.

Para além da temática das medidas cautelares, os demais trabalhos levantados vislumbraram na detração um possível mecanismo de *compensação*, como é a nossa proposta. Em 2008, na Revista Brasileira de Ciências

⁴⁷ FERREIRA, Gilberto. A prestação de serviços à comunidade como pena alternativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 647, p. 255-268, set./1989.

⁴⁸ LOPES JR., Aury Celso Lima Lopes. Medidas cautelares no direito processual penal espanhol. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 89, p. 158-190, jan.-mar./1998.

⁴⁹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, jan.-mar./2013.

⁵⁰ MEDRADO, Wank Remy de Sena. *Detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015. p. 163.

Criminais, Bernardo Azevêdo e Marco Villas Bôas defendiam a detração enquanto forma de reparar o descumprimento da duração razoável do processo: “se o processo durou além da pena mínima em abstrato, o prazo que exceder a esta, em caso de condenação do acusado, deve ser abatido no tempo de cumprimento de pena”⁵¹.

Rodrigo Roig, por sua vez, no já citado artigo publicado em 2017 na Revista Brasileira de Ciências Criminais, propõe ampliar a detração ao questionar o chamado princípio da conta-corrente⁵², defendendo que “o tempo de prisão provisória, imposta em processo no qual o réu foi absolvido ou teve declarada a extinção da sua punibilidade, seja computado para a detração de pena imposta, ainda que em processo relativo a crime posteriormente cometido”⁵³. O autor também critica o disposto no art. 88 do Código Penal⁵⁴, que versa sobre a perda do tempo em livramento condicional no caso de superveniente revogação:

note que mesmo em caso de eventual prática de crime no curso do livramento, poderia a compensação penal incidir sobre o período de prova, considerando que o condenado, durante certo tempo, efetivamente cumpriu as condições estipuladas pelo Juízo, vinculando seu projeto existencial às exigências do Estado. O eventual descumprimento posterior do livramento condicional não deve, por isso, tornar sem efeito e desnaturar o esforço e tempo existenciais anteriormente despendidos com o regular adimplemento de suas condições. Importante recordar que o livramento, embora não seja regime de cumprimento de pena, é também etapa da execução penal, tanto é que a expiração do período de prova não suspenso conduz à extinção da pena privativa de liberdade. Com estas premissas, nas hipóteses de revogação do livramento condicional, seria plausível a detração compensatória de seu período de prova, seguindo-se o mesmo raciocínio traçado, por exemplo, no art. 657-bis do Código de Processo Penal italiano (inserido pela Lei n. 67, de 28.04.2014), em que, para fins de detração, três dias de prova da suspensão condicional da pena – que tenha sido revogada – são equiparados a 1 dia de prisão ou arresto domiciliar.⁵⁵

Mais uma vez na Revista Brasileira de Ciências Criminais, agora em 2018, Adriano Damasceno defendeu a aplicação analógica do cálculo da remição penal para se efetivar a “detração penal sempre que as condições de cumprimento da pena ultrapassarem os limites de supressão previstos normativamente”⁵⁶. No ano seguinte, na Revista Paradigma, Gisele Matos e Pedro Sérgio dos Santos seguiram a mesma lógica compensatória inaugurada por Roig, propondo *de lege ferenda* a criação de “um banco de penas em caso de excesso punitivo”⁵⁷.

Por fim, duas dissertações merecem destaque.

A primeira, defendida por Najme Sanches em 2020, aborda, detalhadamente, o instituto da detração com base em uma ótica constitucional. Merece destaque, em seu trabalho, o fato de a autora, assim como nós,

⁵¹ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão; VILLAS BÔAS, Marco de Aguiar. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 74, p. 230-280, set.-out./2008.

⁵² Tese que veda a detração de prisão provisória imposta em processo que culminou em absolvição sobre a pena aplicada a crime posterior: “a detração pressupõe a custódia penal pelo mesmo crime ou por delito posterior, por isso que inadmissível empreender a operação do desconto em relação a delitos anteriores, como se lícito fosse instaurar uma ‘conta-corrente’ delinquential, viabilizando ao imputado a prática de ilícitos impuníveis amparáveis por créditos de não persecução. [...] A detração, nesse caso, resultaria em uma espécie de bônus em favor do réu, ou seja, em um crédito contra o Estado, e representaria a impunidade de posteriores infrações penais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus n.º 111.081/RS*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado: 28 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1846107>. Acesso em: 02 jan. 2023.). Para outra crítica a essa posição, cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*. RB-12.134.

⁵³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 331-381, jun./2017.

⁵⁴ “Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.”

⁵⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 331-381, jun./2017.

⁵⁶ DAMASCENO, Adriano Antunes. Cárcere e compensação penal no Brasil: uma perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 150, p. 293-307, dez./2018.

⁵⁷ MATOS, Gisele Gomes; SANTOS, Pedro Sérgio dos. Crédito de penas ou reforma no instituto da remição: uma necessidade por justiça e respeito constitucional. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto/SP, ano XXIV, v. 28, n. 2, p. 264-286, mai.-ago./2019. p. 284.

vislumbrar na detração um instrumento propício para a concretização do princípio da proporcionalidade na seara penal, tendo em vista sua natureza essencialmente reparatória. Seu grande mérito é sistematizar algumas das propostas que têm circulado na doutrina e na jurisprudência, fundamentando-as a partir de analogias *in bonam partem* para defender a detração incidente nas medidas socioeducativas, na pena de multa, no *sursis* e nas penas restritivas de direitos, bem como a detração das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Para a autora:

detração penal pode ser conceituada, de forma mais ampla, como o cômputo, na pena final, de toda situação jurídico-penal ou processual que cerceou qualquer ato ou direito de liberdade do indivíduo durante o processo penal. Esta situação jurídico-penal ou processual não se restringe à prisão provisória ou internação, mas atinge toda e qualquer situação imposta ao indivíduo não só pela lei, mas pelo Estado, que suprima a sua liberdade. Se a detração tem o escopo de evitar excessos por parte do Estado, impedindo o abuso do poder-dever de punir, sujeitando o sentenciado a uma fração desnecessária de pena (e não aplicada na sentença), a detração penal deve alcançar todas as situações que restrinjam a liberdade do jurisdicionado dentro do processo, e não apenas aquelas expressamente previstas em lei.⁵⁸

A segunda é a que mais se aproxima do objeto deste estudo. Defendida em 2022 por Thaís Lima, a dissertação alia a lógica redutora de danos com uma verdadeira teoria geral da compensação penal, partindo do princípio constitucional da individualização da pena para delinear conceitos, fundamentos e critérios de cálculo casuísticos. No último tópico, a autora aborda que a detração deve ser mobilizada para que o julgador compense eventual excesso punitivo:

quem tiver cumprido tempo de prisão cautelar e for condenado a pena em regime diverso do inicial fechado terá inevitavelmente incorrido em excesso de punição, se a detração se der em proporção de 1:1. Assim, por exemplo, não é possível compensar de forma completa o tempo de prisão preventiva, que em seu cumprimento é equivalente ao regime fechado, computando-se o tempo de pena em regime semiaberto. O regime fechado e o regime aberto são diversos em severidade de pena. Assim, para que não se incorra em excesso punitivo, a detração deve ser na proporção de 1:2 (cômputo em dobro).

Outros critérios podem ser estabelecidos para as diversas formas de se compensar o excesso punitivo. O mais importante é que o julgador saia da zona de conforto e não abandone aquele que sofre em excesso.⁵⁹

Percebe-se que todas as pesquisas revisadas têm em comum uma tentativa de tornar o instituto da detração mais condizente com a *realidade material* da pessoa submetida a prisão provisória ou a medidas cautelares pessoais diversas, a partir de leituras pelo princípio da proporcionalidade e da individualização das penas. É desse estado da arte doutrinário que se parte para recolher pistas em prol de uma sistematização da detração compensatória.

3.2 Revisão jurisprudencial

Foram pesquisadas decisões colegiadas de mérito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, de forma positiva ou negativa, abordassem teses direcionadas à superação do paradigma 1:1 da detração, proferidas até dezembro de 2022.⁶⁰

⁵⁸ SANCHES, Najme Hadad. *Aplicação da detração penal sob a luz da Constituição Federal*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020. p. 116.

⁵⁹ LIMA, Thaís dos Santos. *Compensação punitiva: uma reinterpretação do princípio constitucional da individualização das penas para redução de danos*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. p. 201

⁶⁰ Consultaram-se os próprios sites dos Tribunais, além do portal JusBrasil, o Buscador Dizer o Direito e a pesquisa do Google. Inicialmente, realizou-se um levantamento preliminar exploratório com o termo “detração”, para localizar as expressões mais empregadas e as teses em discussão. Após, uma busca aprofundada com os termos “detração proporção”, “detração horas”, “detração medidas cautelares”, “detração recolhimento noturno”, “detração monitoração eletrônica”, “detração restritiva direitos”, “detração prestação serviços” e “detração prestação pecuniária”. Quando buscados no Google, foram adicionados os termos “STF” e “STJ”. Além disso, buscaram-se, também, eventuais julgados pertinentes que tenham citados nos acórdãos localizados.

Reuniram-se 54 (cinquenta e quatro) acórdãos, sendo 3 (três) do STF e 51 (cinquenta e um) do STJ, que podem ser reunidos em duas grandes temáticas: a detração de medidas cautelares pessoais diversas da prisão e a detração em penas restritivas de direitos.

3.2.1 A detração nas penas restritivas de direitos

Nesse terreno, a tendência geral da jurisprudência é de resistência à detração. Foram levantados dez acórdãos do STJ: sete sobre a detração na prestação de serviços à comunidade⁶¹ e três referentes à prestação pecuniária⁶².

Dentre os primeiros, o entendimento é uniforme: no caso de pessoa presa provisoriamente que vem a ser condenada a prestação de serviços à comunidade, o tempo de prisão cautelar deve ser detraído da pena privativa de liberdade *antes* da conversão em horas de serviço estatuída pelo art. 46, §3º, do Código Penal⁶³. Exemplificativamente, destaca-se:

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE INCÊNDIO. ART. 250, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CÁLCULO DA DETRAÇÃO À RAZÃO DE 24 HORAS DE TRABALHO PARA CADA DIA DE PRISÃO CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 C.C. O ART. 46, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. O Tribunal *a quo*, sob o fundamento de aplicação do princípio da proporcionalidade, computou de forma diferenciada o período de prisão cautelar do Recorrido, de modo que, para cada dia de prisão, efetuou a detração de 24 horas de prestação alternativa.
2. Evidencia-se a falta de razoabilidade da tese atacada, uma vez que a detração, nos moldes propostos pela Corte *a quo*, torna possível a absurda hipótese de que o Acusado que permaneceu preso provisoriamente, mesmo por curto lapso de tempo, tenha a pena cumprida em sua totalidade quando da sua efetiva condenação.
3. O art. 42 do Código Penal preceitua o desconto do período cumprido a título de prisão provisória do total da pena privativa de liberdade fixada na condenação e, não, a conversão direta e integral do tempo de segregação cautelar em horas de prestação de serviços à comunidade, como propôs o aresto objurgado.
4. Deduzido o tempo de segregação cautelar, a substituição do saldo da pena deve ser efetuada à razão de 1 (uma) hora de prestação de serviços à comunidade para cada dia de condenação, nos termos do art. 46, §3º, do Código Penal.
5. Recurso provido.⁶⁴

Não nos parece “absurda” a hipótese de que a pessoa presa provisoriamente por curto lapso temporal tenha sua pena declarada cumprida, uma vez que a segregação cautelar, especialmente em nosso sistema carcerário, é muito mais gravosa que a prestação de serviços à comunidade. Aliás, o acórdão não elucida por que essa possibilidade seria “absurda”, além do aparente sentimento de revolta moralista. Absurdo, em face ao princípio da homogeneidade, é que a pessoa com direito à substituição da pena tenha sido submetida a prisão provisória.

⁶¹ HC 134.329, j. 23/11/2010; HC 202.618, j. 19/06/2012; REsp 1.295.396, j. 24/09/2013; REsp 1.326.520, j. 03/04/2014; REsp 1.376.263, j. 14/10/2014; REsp 1.332.686, j. 20/11/2014; AgRg no AREsp 778.405, j. 17/03/2016.

⁶² AgRg no HC 401.049, j. 13/12/2018; AgRg no REsp 1.853.576, j. 23/06/2020; REsp 1.853.916, j. 04/08/2020.

⁶³ “As tarefas a que se refere o §1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.”

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Recurso Especial n.º 1.326.520/SP*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado: 03 abr. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201154040&dt_publicacao=14/04/2014. Acesso em: 02 jan. 2023.

Para além disso, os julgadores aplicaram equivocadamente o disposto no art. 46, §3º, do Código Penal, que traduz mero critério quantitativo de fixação da prestação de serviços, para parametrizar a detração. O referido dispositivo não implica, e nem poderia implicar, tornar *materialmente equivalentes* um dia de privação de liberdade e uma hora de prestação de serviços; trata-se, apenas, de um critério matemático adotado pelo legislador para a dosimetria da pena alternativa. A detração deve observar, exclusivamente, o art. 42 do Código Penal e as regras e princípios constitucionais e internacionais pertinentes, conforme será exposto no último tópico deste artigo.

Os demais três acórdãos são categóricos em vedar qualquer forma de detração sobre a prestação pecuniária. Por todos:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DETRAÇÃO NA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REDUÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...]

2. Não é possível a aplicação por analogia da detração na prestação pecuniária, pois, ainda que aplicadas conjuntamente (prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária), trata-se de institutos diversos, com consequências jurídicas distintas. Ademais, a prestação pecuniária tem caráter penal e indenizatório, sendo que o possível exame da redução do *quantum* arbitrado ensejaria reanálise das provas carreadas nos autos, o que é incompatível com a estreita via do *writ*.

3. Agravo regimental desprovido.⁶⁵

O simples fato de a prestação pecuniária ter a pretensão de uma questionável finalidade indenizatória não lhe afasta a natureza jurídica de *pena*, o que lhe difere da indenização propriamente dita, enquanto efeito da condenação previsto no art. 91, inciso I, do Código Penal⁶⁶. Sendo pena, não há qualquer razão para lhe afastar a incidência da detração, apesar da maior dificuldade em fixar um critério objetivo, conforme será discutido mais adiante.

3.2.2 A detração das medidas cautelares diversas da prisão

Este é, sem dúvidas, um dos temas mais profícuos nos Tribunais Superiores com relação à detração, tendo sido localizados 3 (três) acórdãos do STF e 41 (quarenta e um) do STJ.

A posição inicial de ambas as Cortes era de negar qualquer detração das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, sob o argumento de faltar previsão legal para tanto. Nesse sentido são dois acórdãos do STF⁶⁷ e dez do STJ⁶⁸. A mudança de entendimento teve início na Quinta Turma do STJ, com julgado de relatoria do Min. Ribeiro Dantas:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. DETRAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Inexiste previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena, cujas hipóteses estão elencadas no artigo 42, do CP. Entretanto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 401.049/SC*. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado: 13 dez. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701217634&dt_publicacao=01/02/2019. Acesso em: 02 jan. 2023.

⁶⁶ “São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; [...]”.

⁶⁷ HC 144.429, j. 24/08/2020; HC 205.740, j. 22/04/2022.

⁶⁸ HC 380.370, j. 07/03/2017; HC 402.628, j. 21/09/2017; AgInt no REsp 1.457.535, j. 10/04/2018; AgInt no REsp 1.575.281, j. 04/09/2018; AgRg no REsp 1.737.976/SP, j. 06/12/2018; AgRg no AREsp 1.406.675, j. 28/05/2019; AgRg no HC 494.693, j. 11/02/2020; AgRg no HC 562.045, j. 12/05/2020; AgRg no HC 515.444, j. 15/12/2020; AgRg no HC 587.950, j. 15/12/2020.

ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*.

2. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena.⁶⁹

Reproduziu-se esse entendimento em outros nove acórdãos da Quinta Turma do STJ até março de 2021⁷⁰, tempo durante o qual a Sexta Turma insistia em negar a detração. Apenas em abril de 2021 a situação mudou, com um julgamento da Terceira Seção do STJ, que reúne ambas as turmas de matéria criminal, de relatoria da Min. Laurita Vaz:

HABEAS CORPUS. PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE RECOLHIMENTO NOTURNO, AOS FINAIS DE SEMANA E DEMAIS DIAS NÃO ÚTEIS (FISCALIZADA, NA ESPÉCIE, POR MONITORAÇÃO ELETRÔNICA). DETRAÇÃO. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE. ESPECIAL PERCEPÇÃO DA PESSOA PRESA COMO SUJEITO DE DIREITOS. ÓBICE À DETRAÇÃO DO TEMPO DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR DETERMINADO COMO MEDIDA SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. MEDIDA CAUTELAR QUE SE ASSEMELHA AO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. HIPÓTESES DO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO SÃO NUMERUS CLAUSUS. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A detração é prevista no art. 42 do Código Penal, segundo o qual se computa, “na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referido no artigo anterior”.

2. Interpretar a legislação que regula a detração de forma que favoreça o Sentenciado harmoniza-se com o Princípio da Humanidade, que impõe ao Juiz da Execução Penal a especial percepção da pessoa presa como sujeito de direitos. Doutrina.

3. No clássico *Direito e Razão*, Ferrajoli esclareceu a dupla função preventiva do Direito Penal. De um lado, há a finalidade de prevenção geral dos delitos, decorrente das exigências de segurança e defesa social. De outro, o Direito Penal visa também a prevenir penas arbitrárias ou desmedidas. Essas duas funções são conexas e legitimam o Direito Penal como instrumento concreto para a tutela dos direitos fundamentais, ao definir concomitantemente dois limites que devem minimizar uma dupla violência: a prática de delitos é antijurídica, mas também o é a punição excessiva.

4. O óbice à detração do tempo de recolhimento noturno e aos finais de semana determinado com fundamento no art. 319 do Código de Processo Penal sujeita o Apenado a excesso de execução, em razão da limitação objetiva à liberdade concretizada pela referida medida diversa do cárcere.

5. A medida diversa da prisão que impede o Acautelado de sair de casa após o anoitecer e em dias não úteis assemelha-se ao cumprimento de pena em regime prisional semiaberto. Se nesta última hipótese não se diverge que a restrição da liberdade decorre notadamente da circunstância de o Agente ser obrigado a recolher-se, igual premissa deve permitir a detração do tempo de aplicação daquela limitação cautelar. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Habeas Corpus* n.º 380.369/DF. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado: 19 set. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603127175&dt_publicacao=27/09/2017. Acesso em: 02 jan. 2023.

⁷⁰ AgRg no HC 447.385, j. 16/10/2018; HC 466.586, j. 27/11/2018; HC 496.049, j. 14/05/2019; AgRg no HC 508.191, j. 27/08/2019; AgRg no HC 565.899, j. 27/10/2020; HC 613.003, j. 15/12/2020; HC 631.554, j. 09/02/2021; AgRg no REsp 1.895.641, j. 23/02/2021; AgRg no HC 612.328, j. 09/03/2021.

6. O Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que há a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, admite que a condenação em regime semiaberto produza efeitos antes do trânsito em julgado da sentença (prisão preventiva compatibilizada com o regime carcerário do título prisional). Nessa perspectiva, mostra-se incoerente impedir que a medida cautelar que pressuponha a saída do Paciente de casa apenas para laborar, e durante o dia, seja descontada da reprimenda.

7. Conforme ponderou em seu voto-vogal o eminente Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, o réu submetido a recolhimento noturno domiciliar e dias não úteis - ainda que se encontre em situação mais confortável em relação àqueles a quem se impõe o retorno ao estabelecimento prisional -, “não é mais senhor da sua vontade”, por não dispor da mesma autodeterminação de uma pessoa integralmente livre. Assim, em razão da evidente restrição ao *status libertatis* nesses casos, deve haver a detração.

8. Conjuntura que impõe o reconhecimento de que as hipóteses do art. 42 do Código Penal não consubstanciam rol taxativo.

9. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça deliberou que a soma das horas de recolhimento domiciliar a que o Paciente foi submetido devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada.

10. Parecer ministerial acolhido. Ordem de *habeas corpus* concedida, para que o período de recolhimento domiciliar a que o Paciente foi submetido (fiscalizado, no caso, por monitoramento eletrônico) seja detraído da pena do Paciente, nos termos do presente julgamento.⁷¹

São inúmeras as contribuições desse emblemático julgado, dentre elas: (i) a incorporação do princípio da humanidade na leitura da detração; (ii) o reconhecimento da equivalência material entre a afluência da medida cautelar e a da pena; (iii) a conclusão de que as hipóteses legais de detração não são taxativas; e (iv) a superação da tradicional proporção 1:1, reconhecendo a possibilidade de se detrair da pena privativa de liberdade *por hora* de recolhimento cumprido.

A partir desse marco, a jurisprudência do STJ consolidou-se pelo cabimento da detração do recolhimento noturno, com outros dezesseis acórdãos favoráveis posteriores⁷² e nenhum desfavorável. O mais recente deles foi afetado como representativo de controvérsia, sendo julgado pelo rito dos recursos repetitivos e firmando-se as seguintes teses:

1) O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*; 2) O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento; 3) As horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada.⁷³

O STF, contudo, ainda não demonstrou, de forma inequívoca, que acompanhará o mesmo entendimento, tendo proferido o primeiro (e até o momento único) julgamento colegiado favorável em 08 de novembro

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Habeas Corpus n.º 455.097/PR*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado: 14 abr. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801484120&dt_publicacao=07/06/2021. Acesso em: 02 jan. 2023.

⁷² RHC 140.214, j. 08/06/2021; AgRg no HC 668.298, j. 15/06/2021; AgRg no REsp 1.919.330, j. 22/06/2021; AgRg no HC 675.630, j. 10/08/2021; AgRg no HC 652.810, j. 14/09/2021; AgRg no HC 631.989, j. 28/09/2021; AgRg no RHC 152.424, j. 26/10/2021; AgRg no HC 625.295, j. 09/11/2021; AgRg no HC 693.581, j. 14/12/2021; AgRg no HC 713.847, j. 22/03/2022; AgRg no HC 718.288, j. 05/04/2022; AgRg no HC 712.570, j. 19/04/2022; AgRg no AREsp 2.026.411, j. 17/05/2022; AgRg no HC 733.909, j. 09/08/2022; AgRg no HC 757.805, j. 25/10/2022; REsp 1.977.135, j. 23/11/2022.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Recurso Especial n.º 1.977.135/SC*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado: 23 nov. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921805&dt_publicacao=28/11/2022. Acesso em: 02 jan. 2023.

de 2022, por sua Primeira Turma, no bojo do Recurso Extraordinário n.º 1.398.051/SC, ainda sem acórdão publicado.

A despeito dos inegáveis avanços, o STJ ainda resiste em reconhecer a detração em quaisquer outras medidas cautelares, já tendo assim se manifestado em quatro acórdãos⁷⁴.

Enfim, o objetivo desse tópico era apresentar um panorama jurisprudencial, enquanto território de incidência do uso estratégico e emancipatório do direito, e, com isso, reunir mais pistas para estabelecer o desenho da detração compensatória, que se passa a expor.

4 Por uma detração compensatória: conceito, fundamentos e casuística

Apresentou-se, na revisão bibliográfica, uma definição de detração mais ampla que a tradicionalmente veiculada: “o cômputo, na pena final, de toda situação jurídico-penal ou processual que cerceou qualquer ato ou direito de liberdade do indivíduo durante o processo penal”⁷⁵. Embora seja uma conceituação pertinente e suficientemente ampla, pode-se, ainda, incrementá-la, a partir dos influxos sobre o caráter aflitivo da pena e da prisão provisória e sua dimensão qualitativa.

Partindo da noção de cômputo de sofrimento antecipado e da obrigatoriedade jurídica de descontá-lo da pena aplicada, em diálogo com a perspectiva de Roig⁷⁶ sobre compensação penal, constrói-se o conceito de detração compensatória. Trata-se de *modalidade especial de detração em que o excesso de sofrimento imposto antecipadamente ao indivíduo no curso do processo penal deve ser proporcionalmente compensado no tempo de pena aplicada, mediante a redução proporcional ou extinção da pena, conforme a hipótese*.

Sua justificativa deriva da exigência democrática de proporcionalidade entre fato e punição, abalada quando o sofrimento antecipado se mostra *mais gravoso* que a pena final, em inobservância de princípios assegurados pelo ordenamento, como será apresentado adiante.

O excesso ou desproporcionalidade material, que também se pode intitular como ilicitude material⁷⁷, somente pode ser apurado *ex post facto*, ou seja, olhando-se para o processo penal já findo, após a fixação da pena adequada ao fato em apuração. Ainda que a decretação da prisão provisória tenha observado todos os requisitos legais à época da decisão, ela, ainda assim, deve ser reputada ilícita ou excessiva se, ao final, a pena aplicada for menos gravosa.⁷⁸ Assim, a noção de desproporcionalidade e de ilicitude se entrelaçam para lançar as bases da compensação penal enquanto exigência de reparação, em um Estado democrático de direito.

4.1 Fundamentos constitucionais, legais e convencionais

A detração compensatória não encontra previsão expressa no Código Penal, uma vez que os dispositivos sobre a detração foram elaborados a partir da clássica dicotomia prisão preventiva e pena privativa de

⁷⁴ AgRg no AREsp 1.700.717, j. 25/08/2020; AgRg no REsp 1.792.710, j. 15/09/2020; AgRg no HC 649.804, j. 29/03/2022; AgRg no HC 742.154, j. 16/08/2022.

⁷⁵ SANCHES, Najme Hadad. *Aplicação da detração penal sob a luz da Constituição Federal*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020. p. 116.

⁷⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. E-book. RB-20.5.

⁷⁷ Para contrapor à ilicitude formal, como, por exemplo, no caso de decretação de prisão provisória por Juízo incompetente, sem a devida fundamentação, em acusação de crime que não admite prisão preventiva etc.

⁷⁸ Há uma discussão similar na seara do direito administrativo, em relação à responsabilidade civil do Estado nos casos de prisão provisória seguida de absolvição. Como decorrência da natureza objetiva da responsabilidade, há entendimento de que a absolvição posterior sempre enseja o dever de reparação, ainda que a decisão que havia decretado a prisão provisória fosse lícita à época da prolação. Nesse sentido, cf. PINTO, Helena Elias. Responsabilidade civil do Estado nos casos de prisão seguida de absolvição. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa, *Relações Privadas e Democracia*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 396-419. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=4c63a38de84c8eb2>. Acesso em: 03 jan. 2023.

liberdade. Embora fosse salutar um movimento legislativo interno nesse sentido⁷⁹, em prol da segurança jurídica, demonstrar-se-á que os princípios e regras em vigor, atualmente, já autorizam sua aplicação pelos órgãos judiciários. O instituto tem respaldo firme nas normas e princípios expressamente assegurados pelo ordenamento jurídico de proteção dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, formado pelo acoplamento entre direito interno e direito internacional, em prol da maior efetividade da proteção da pessoa humana, conforme ensina Antônio Augusto Cançado Trindade⁸⁰.

No exercício de sua soberania, ao ratificar convenções internacionais de proteção da pessoa humana, o Estado brasileiro tem assumido deveres específicos para reparar as violações de direitos humanos sofridas pelas pessoas privadas de liberdade, especialmente ao se considerar o cárcere definido pelo STF como *estado de coisas inconstitucional*. Portanto, a detração compensatória vigora material e formalmente no ordenamento jurídico que o Estado brasileiro integra, enquanto Estado-membro das principais organizações internacionais de proteção e de defesa dos direitos humanos.

Acrescenta-se, ainda, o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição da República⁸¹, expresso em dar às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata. Sua eficácia não pode ser impedida pelas lacunas do ordenamento, devendo o julgador recorrer (na seara penal, sempre *in bonam partem*) à analogia e aos princípios gerais do direito, conforme o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁸².

No plano constitucional, o inciso XLVI do art. 5º da Carta Magna⁸³ assegura, expressamente, a individualização da pena, a ser regulada pela lei. Salo de Carvalho⁸⁴ descreve três dimensões desse princípio. Interessa, para este artigo, a *dimensão executiva*, referente ao efetivo cumprimento da pena fixada na sentença penal condenatória. Se, no curso do processo penal, o indivíduo é submetido a condições mais gravosas que a pena individualizada pelo julgador, pode-se afirmar que houve uma violação ao princípio em comento, na sua dimensão executiva.

O princípio constitucional implícito da proporcionalidade repercute na seara penal enquanto um “princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão”⁸⁵. Se não cabe recorrer às medidas taliônicas que buscam uma proporção exata entre lesão e pena no marco de uma visão retributivista sobre a pena, esta deve resguardar um mínimo de *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito* com o evento lesivo que lhe deu causa.

Essa proporcionalidade é concretizada no plano infraconstitucional pelos dispositivos do Código Penal que versam sobre a dosimetria da pena, criando parâmetros para que o julgador consiga adequar a sanção ao caso concreto *sub judice*. Uma vez fixada a pena proporcional ao crime em sentença definitiva, o sofrimento mais gravoso anterior configura, também, uma violação ao princípio da proporcionalidade.

⁷⁹ Há iniciativas, nesse sentido, no âmbito do Congresso Nacional. Destaca-se o Projeto de Lei n.º 9.054/2017, originário do Projeto de Lei do Senado n.º 513/2013, já aprovado pelo Plenário do Senado Federal e em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende, entre outras alterações, inserir o seguinte dispositivo na Lei de Execução Penal: “Art. 186-C. Nos casos em que o cumprimento da pena se der em regime mais severo que aquele fixado na sentença, o condenado terá direito a detração compensatória pelo excesso ou desvio de execução sofrido, na proporção de: I – 2 (dois) dias de efetivo cumprimento de pena a cada dia em que permanecer em regime diverso do semiaberto; e II – 3 (três) dias de efetivo cumprimento de pena a cada dia em que permanecer em regime diverso do aberto.” Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1619253&filename=Tramitacao-PL%209054/2017. Acesso em: 03 jan. 2023.

⁸⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. I.

⁸¹ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁸² “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

⁸³ “[...] a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”

⁸⁴ CARVALHO, Salo de. Comentário ao artigo 5º, XLVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. *E-book*.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1. p. 230.

Já no campo do processo penal, a proporcionalidade ganha contornos de *homogeneidade*, para que as medidas cautelares pessoais eventualmente impostas não se tornem mais gravosas que a pena ao final imposta — e, caso isso ocorra, haverá ilicitude.⁸⁶

Há, ainda, repercussões sobre o princípio da legalidade. Se “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, nos termos do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República; e se a sentença penal é a aplicação da lei penal ao caso concreto; pode-se afirmar, como já afirmado, que é a sentença que *delimita o âmbito de intervenção punitiva para o caso julgado*, a qualquer título. Se o Estado aplicou sobre o indivíduo medida mais gravosa que a autorizada pela sentença condenatória (lei concreta), houve também violação à legalidade penal. O mesmo princípio encontra guarida internacional, especialmente nos arts. 7 e 9 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁸⁷.

Uma vez reconhecido que houve descumprimento das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro e violados os direitos consagrados no ordenamento jurídico de proteção de direitos humanos, surge em prol da pessoa prejudicada uma *pretensão reparatória*.

Tanto o art. 10 da CADH⁸⁸ quanto o inciso LXXV do art. 5º de nossa Constituição⁸⁹ determinam que a pessoa condenada tem direito a indenização por erro judiciário. Desde essa norma-regra, serão deduzidos os efeitos específicos para as hipóteses da detração compensatória, enquanto situações análogas ao *excesso de execução* previsto no texto constitucional, exigindo, pois, soluções jurídicas análogas (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

Destaca-se, contudo, que a essa indenização não precisa se restringir à pecúnia, incidindo em matéria de direitos humanos fundamentais a interpretação por sua máxima efetividade. São o art. 5º, inciso V, da Constituição Federal⁹⁰ e o art. 14 da CADH⁹¹ que autorizam o direito de resposta enquanto forma de reparação *in natura*. Com Roig⁹² e com Zaffaroni⁹³, vislumbra-se a possibilidade da *compensação penal*, restituindo-se ao indivíduo prejudicado no mesmo bem jurídico que lhe fora violado: a liberdade.

Essa solução foi acolhida como juridicamente viável pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas resoluções que impuseram medidas provisórias nos casos do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho⁹⁴

⁸⁶ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*. RB-18.13.

⁸⁷ “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal [...] 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. [...]”

⁸⁸ Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delincente será por isso beneficiado.”

⁸⁹ “Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.”

⁹⁰ “[...] o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”

⁹¹ “[...] é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

⁹² “1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.”

⁹³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Compensação penal por penas ou prisões abusivas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 331-381, jun./2017.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Penas ilícitas: um desafio a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.

⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 22 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

e do Complexo do Curado⁹⁵, cuja validade tem sido pacificamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça⁹⁶, conforme já destacado.

A ausência de dispositivos legais internos específicos para a efetivação dessa compensação impele-nos a recorrer à detração penal como o instituto mais adequado para tanto. Em seu entendimento mais recente, o Superior Tribunal de Justiça reconhece, expressamente, que o art. 42 do Código Penal não traduz rol taxativo, viabilizando a detração em outras hipóteses análogas⁹⁷.

Em verdade, a própria redação do dispositivo não indica, de forma restritiva, a proporção 1:1, fruto da atividade hermenêutica; o legislador limitou-se a determinar que seja *computado* na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, mas silenciou quanto à forma que esse cômputo ocorreria.

Assim, a partir da leitura do art. 42 do Código Penal pela ótica da interpretação *pro persona* — consagrada pelo art. 5º, §2º, da Constituição da República⁹⁸ e pelo art. 29 da CADH⁹⁹ —, se torna possível aplicar a detração compensatória independentemente de legislação específica para tanto.

4.2 Casos específicos de detração compensatória

Neste tópico, serão abordadas hipóteses referentes à *prisão provisória*, uma vez que o objeto da detração compensatória exige uma medida cautelar mais gravosa que a pena aplicada, sem prejuízo de se reconhecer a possibilidade de detração das medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Se, materialmente, a prisão provisória equivale ao regime fechado¹⁰⁰, qualquer condenação que não seja a pena privativa de liberdade em regime inicial fechado será *menos gravosa* que a prisão provisória. Consideram-

⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Complexo Penitenciário de Curado*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 28 de novembro de 2018. par. 124. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁹⁶ “[...] 4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. [...] 5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena. 6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados. 7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 136.961/RJ*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado: 15 jun. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002844693&dt_publicacao=21/06/2021. Acesso em: 03 jan. 2023).

⁹⁷ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Habeas Corpus n.º 455.097/PR*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado: 14 abr. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801484120&dt_publicacao=07/06/2021. Acesso em: 02 jan. 2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Recurso Especial n.º 1.977.135/SC*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado: 23 nov. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921805&dt_publicacao=28/11/2022. Acesso em: 02 jan. 2023.

⁹⁸ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁹⁹ “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

¹⁰⁰ Embora os presos provisórios devam ser mantidos em estabelecimento distinto dos condenados a regime fechado (art. 84 da LEP) – estes em penitenciárias (art. 87 da LEP) e aqueles em cadeias públicas (art. 102 da LEP) –, as condições em ambos os ca-

-se, portanto, as seguintes hipóteses: (i) condenação a privação de liberdade em regime inicial distinto do fechado; (ii) substituição da privação de liberdade por penas restritivas de direitos; e (iii) suspensão condicional da pena (*sursis*).

4.2.1. Prisão provisória e regime inicial distinto do fechado

É inegável a incompatibilidade dos regimes semiaberto e aberto com a prisão provisória.¹⁰¹ Não obstante, a detração ainda tem sido aplicada na proporção de 1:1, embora, evidentemente, um dia de prisão provisória não possa ser equivalente a um dia em regime semiaberto ou aberto.¹⁰²

Tentar fixar um critério alternativo é tarefa complexa, com resultado sempre imperfeito, que a busca pela densificação do princípio da maior efetividade dos direitos fundamentais tem o condão de arrefecer. Por exemplo, ao se projetar o cumprimento integral da pena, o regime inicial fixado na sentença é, apenas, a primeira etapa da execução; mesmo o preso condenado ao regime inicial fechado geralmente progredirá ao semiaberto e ao aberto, usufruindo de saídas temporárias, terá direito ao livramento condicional etc., além de ser possível a regressão de regime.

Ou seja, a rigor, mesmo a detração nos casos do regime inicial fechado deveria ter parâmetros distintos, já que a pena não será cumprida *integralmente* no regime fechado; e o mesmo vale para as hipóteses de regime inicial semiaberto (pois parte da pena será cumprida em regime aberto e em livramento condicional, podendo regredir ao fechado) e aberto (parte em livramento condicional, podendo regredir ao semiaberto e ao fechado).

Apesar desses empecilhos, adota-se o regime inicial como parâmetro objetivo para se avançar minimamente em direção a uma maior densificação dos direitos humanos.

No que tange ao regime semiaberto, o art. 35 do Código Penal¹⁰³ dispõe que se aplicam as mesmas regras do regime fechado, com a ressalva de que, no período diurno, o condenado estará sujeito ao trabalho comum em colônia agrícola ou industrial, bem como poderá realizar trabalho externo e atender a cursos supletivos. É o que asseguram o art. 37¹⁰⁴ e o art. 122¹⁰⁵ da Lei de Execução Penal, autorizando o trabalho

sos são as mesmas, com privação integral de liberdade. Ademais, a separação de presos é disposição rotineiramente descumprida. Uma rápida consulta ao sistema Geopresídios do Conselho Nacional de Justiça (https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 03 jan. 2023) demonstra a multiplicidade de presos provisórios em penitenciárias e de condenados ao regime fechado em cadeias públicas. Com isso pode-se equiparar, com alguma segurança, a prisão provisória ao regime fechado.

¹⁰¹ Há, inclusive, entendimento jurisprudencial nesse sentido, nas hipóteses em que o preso provisório é condenado, por sentença recorrível, a pena privativa de liberdade em regime inicial diverso do fechado. Os julgados ora concluem pela transferência do réu a estabelecimento de regime semiaberto (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 750.316/B.A.* Relator: Min. Antonio Saldanha Pinheiro. Julgado: 14 set. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201874701&dt_publicacao=21/09/2022. Acesso em: 03 jan. 2023), ora pela revogação da segregação cautelar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Habeas Corpus n.º 196.288/MG.* Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado: 15 mar. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755973669>. Acesso em: 03 jan. 2023).

¹⁰² Já em 2010, Carlos Alberto de Figueiredo Jr. questionava essa falsa equivalência da detração nas penas fixadas em regime inicial aberto: “faremos Justiça Material, então, se compensarmos, como se fossem grandezas idênticas, na proporção de um para um, o período de prisão processual na pena daquele que a sentença condenatória impõe o regime aberto? Com certeza, não.” (FIGUEIREDO Jr., Carlos Alberto de. *Detração Penal: uma nova leitura do art. 42 do Código Penal.* In: IDEIAS para a construção de uma execução penal democrática. Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2010. p. 113-123.)

¹⁰³ “Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. §1º – O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. §2º – O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.”

¹⁰⁴ “A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.”

¹⁰⁵ “Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III – participação em atividades que concorram para o

externo e a saída temporária dos presos em regime semiaberto. Assim, pode-se fixar como critério abstrato que o indivíduo passará uma média de *oito horas* do seu dia trabalhando ou estudando, sendo privado de liberdade nas demais *dezesesseis horas*.

Portanto, se, no regime semiaberto, o indivíduo passaria *dezesesseis horas* por dia privado de liberdade, entende-se que cada dia de prisão provisória (privação de liberdade por *vinte e quatro horas*) deve detrair *um dia e meio* da pena (1:1,5).¹⁰⁶

No regime aberto, por sua vez, a situação é exatamente inversa: nos termos do art. 36, §1º, do Código Penal¹⁰⁷, o indivíduo deve se recolher à casa de albergado apenas no período noturno. Ou seja, permaneceria *dezesesseis horas* fora do estabelecimento, estando privado de sua liberdade durante as *oito horas* para o sono. Dessa forma, cada dia de prisão provisória, com *vinte e quatro horas* de privação de liberdade, deve detrair *três dias* da pena (1:3).

Os critérios propostos aproximam-se da razão adotada pelo legislador para o instituto da remição, em que cada três dias de trabalho ou estudo abatem um dia de pena, sendo possível uma interpretação analógica do art. 126 da Lei de Execução Penal¹⁰⁸.

Para exemplificar, imagine-se o caso de uma pessoa presa provisoriamente durante cinco meses, que veio a ser condenada, pela prática de furto simples, à pena de um ano de reclusão em regime aberto. Aquele tempo de prisão cautelar significa 3.600 (três mil e seiscentas) horas de privação de liberdade, considerando as 24 (vinte e quatro) horas diárias e 30 (trinta) dias em um mês. A pena aplicada, por sua vez, considerando as 8 (oito) horas diárias e 12 (doze) meses de 30 (trinta) dias, equivaleria a 2.880 (duas mil, oitocentos e oitenta) horas de prisão-pena. Se essa pessoa, no momento de prolação da sentença, já ficou 3.600 (três mil e seiscentas) horas privada de liberdade, deve restar reconhecida a extinção da pena por seu integral cumprimento, mediante aplicação da detração em conformidade com sua modalidade compensatória.

Essas proporções são parâmetros *mínimos* para uma detração mais coerente com a realidade material, mas ainda são insuficientes; diante da dimensão qualitativa da pena, é certo que oito horas em uma casa de albergado ou em recolhimento noturno no próprio lar (alternativa que a prática forense tem traduzido) não equivalem a oito horas em uma cadeia pública. Ademais, a ilicitude da imposição desproporcional da prisão provisória, *per se*, pode e deve ser objeto de reparação penal.

Por essas razões, e em prol da simplificação do cálculo, foram desconsiderados os dias de folga, em que haveria privação integral de liberdade tanto no regime semiaberto quanto no aberto, como uma forma de *compensar* o excesso qualitativo do sofrimento imposto e a ilicitude da segregação cautelar.

4.2.1 Prisão provisória e penas restritivas de direitos

Como visto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a detração da prisão provisória na prestação de serviços à comunidade, mas não na prestação pecuniária. Além disso, no primeiro caso, a detração deve ser efetuada *antes da conversão* em horas preceituada pelo art. 46, §3º, do Código Penal.

Ambas as posições devem ser superadas no marco de uma detração compensatória.

retorno ao convívio social.”

¹⁰⁶ Eventuais frações de dia existentes ao fim do cálculo deve ser desprezadas, conforme a orientação do Superior Tribunal de Justiça já exposta, fundada no art. 11 do Código Penal: “desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro”.

¹⁰⁷ “O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.”

¹⁰⁸ “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. §1º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de: I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar — atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional — divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.”

Com relação à prestação de serviços, entende-se adequada a tese rechaçada nos acórdãos estudados, de que *cada hora de prisão provisória deve ser detraída das horas de prestação de serviços*, após a conversão da pena. Exemplifica-se: se a pessoa permaneceu presa provisoriamente por duas semanas e é condenada a dois anos de reclusão, essa pena, uma vez convertida na forma do art. 46, §3º, do Código Penal resultaria em 730 (setecentos e trinta) horas de prestação de serviços; como a pessoa já havia permanecido 336 (trezentas e trinta e seis) horas presa provisoriamente, restariam 394 (trezentas e noventa e quatro) horas de prestação de serviços a cumprir.

Embora o STJ tenha classificado essa tese como “absurda”, pois meros dezesseis dias de prisão provisória seriam suficientes para abater uma pena de um ano de reclusão, não somente não nos parece absurda como também *insuficiente*. Isso porque há uma diferença abismal entre permanecer uma hora lançado às masmorras do sistema penitenciário brasileiro e prestar uma hora de serviços em entidades de interesse público. Embora insuficiente, é, novamente, um parâmetro *mínimo* para aproximar a detração da realidade material do sofrimento imposto.

A limitação de fim de semana deve ter solução similar: se o apenado deve permanecer recolhido por *cinco horas* aos sábados e domingos, totalizando *dez horas* de privação de liberdade por semana, é preciso calcular quantas horas o indivíduo permaneceu preso provisoriamente e descontá-las das horas impostas na limitação. Por exemplo: se houve prisão provisória por dois meses, e pena final aplicada de dois anos de reclusão, substituída por limitação de fim de semana, haveria efetivo recolhimento por 1.040 (mil e quarenta) horas; como a pessoa já permaneceu presa por 1.440 (mil, quatrocentos e quarenta) horas, a pena deve ser reputada extinta.

O cenário torna-se complexo nas demais penas restritivas de direitos, pois o bem jurídico atingido deixa de ser a *liberdade* e passa ao patrimônio (prestação pecuniária, perda de bens e valores) ou a direitos diversos (interdição temporária de direitos), impedindo uma equivalência temporal direta com a prisão provisória.¹⁰⁹

Uma possível solução para esses casos é adotar a sistemática admitida pelo STJ, de efetuar a detração sobre a pena privativa de liberdade *antes* da conversão em restritiva de direitos, mas com os parâmetros que se propõem no subitem anterior. Assim, aplica-se a detração em conformidade com o regime de pena — fechado como 1:1, semiaberto como 1:1,5 e aberto como 1:3 —, e o saldo remanescente, se existente, deve ser utilizado como parâmetro para a substituição em penas restritivas de direitos.

4.2.3 Prisão provisória e suspensão condicional da pena

O *sursis*, previsto nos arts. 77 e seguintes do Código Penal, consiste em verdadeiro amálgama de espécies de pena, pois, no primeiro ano do período de prova, admite a prestação de serviços e a limitação de fim de semana (art. 78, §1º, do CP) ou formas de interdição temporária de direitos (art. 78, §2º, do CP). No restante do tempo, fica o beneficiado submetido às condições *negativas* do art. 81 do Código Penal, além de eventuais condições judiciais impostas na forma do art. 79 do Código Penal.

Devem ser adotadas as mesmas soluções já expostas, de modo articulado. No caso de imposição de prestação de serviços ou de limitação de fim de semana, o tempo de prisão provisória deve ser detraído na proporção definida para essas penas. Com as demais condições há a mesma problemática da diversidade de bens jurídicos atingidos, ficando a cargo do julgador ponderar o tempo de segregação cautelar quando da fixação do período de prova e de suas condições, podendo, inclusive, reduzi-lo a patamar inferior aos limites legais ou desde logo reputar a pena cumprida.

¹⁰⁹ O que, contudo, não é motivo idôneo para impedir a detração, ao contrário do entendimento adotado pelo STJ. A dificuldade no cálculo da detração não afasta o seu cabimento.

5 Considerações finais

Iniciou-se o percurso da pesquisa explorando o caráter afitivo da pena e sua dimensão qualitativa, revelando a realidade material de sofrimento por trás da abstração quantitativa de prisão em dias. Com isso, observou-se a possibilidade de uma *compensação penal* sempre que houver excesso antijurídico de sofrimento, a ser reparado no mesmo bem violado (a liberdade), reduzindo-se, proporcionalmente, a pena.

Na sequência, asseverou-se que o conteúdo afitivo da prisão provisória — e das medidas cautelares pessoais em geral — é equivalente ao da pena, o que justifica a adoção do princípio da homogeneidade e do próprio instituto da detração. Sobre este, efetivou-se revisão bibliográfica, com base em trabalhos acadêmicos que buscam aproximar a detração da realidade material do sofrimento imposto; e revisão jurisprudencial, localizando recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido.

Por fim, partiu-se dessas contribuições para delinear a *detração compensatória* em seu conceito, fundamentos e algumas incidências concretas. Longe de esgotar o tema, nossa contribuição busca lançar luzes em território a ser explorado, sistematizando a detração compensatória enquanto *modalidade especial de detração em que o excesso de sofrimento imposto antecipadamente ao indivíduo no curso do processo penal deve ser proporcionalmente compensado no tempo de pena aplicada, mediante a redução proporcional ou extinção da pena, conforme a hipótese*.

A partir dessa conceituação, recolheram-se pistas do ordenamento jurídico de proteção dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade e decantou-se uma racionalidade mínima a respeito de uma compensação de finalidade reparatória de direitos humanos. Levantaram-se algumas situações concretas e apresentaram-se soluções fundamentadas para municiar, teoricamente, um uso emancipatório do direito, em sintonia com o princípio da maior efetividade dos direitos humanos e para dar mais densidade aos processos de lutas por dignidade que estão na base do estudo.

Partiu-se da constatação de que o direito é instrumento da ordem e que não se presta a promover revolução social. No entanto, seu uso emancipatório pode promover fissuras ou fendas democráticas no sistema de justiça. Na medida em que a pesquisa escavou fundamentos para uma detração compensatória, encontrou as bases para reduzir ou minimizar os danos provocados pelo punitivismo exacerbado, contribuindo, em algum nível, para o desencarceramento. A articulação da modalidade compensatória do instituto da detração penal mostra-se, portanto, uma forma de concretização de uma política criminal redutora de danos.

O exercício matemático realizado foi decantado da noção proposta neste artigo, cuja sistematização é central. Assim, se a equidade dos parâmetros de cálculo da detração compensatória, propostos no trabalho, puder ser aprimorada em novas pesquisas, sempre em direção à maior densificação dos direitos das pessoas privadas de liberdade, terá sido atingido o objetivo de provocar reflexões contra-hegemônicas sobre um instituto que pode ser relido e ressignificado, enquanto *detração compensatória*.

Afinal, tais parâmetros são mediações provisórias nos processos de lutas por dignidade, evitados de uma insuficiência potencial, mas que podem, em alguma medida, produzir resultados positivos concretos, dentro da racionalidade de resistência que articula a luta pelo instrumental jurídico como uma, dentre diversas outras, possibilidade de garantir o respeito à pessoa humana e a efetivação dos princípios da individualização das penas, da proporcionalidade e da legalidade.

Referências

Bibliografia geral

- ANDRADE, Vera Pereira Regina de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão; VILLAS BÔAS, Marco de Aguiar. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 74, p. 230-280, set.-out./2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.
- BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. I.
- CARVALHO, Salo de. Comentário ao artigo 5º, XLVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. *E-book*.
- DAMASCENO, Adriano Antunes. Cárcere e compensação penal no Brasil: uma perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 150, p. 293-307, 2018.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.
- FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Trad. Serafim Ferreira. Lisboa: Ulisseia, 1961.
- FERREIRA, Gilberto. A prestação de serviços à comunidade como pena alternativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 647, p. 255-268, set./1989.
- FIGUEIREDO Jr., Carlos Alberto de. Detração Penal: uma nova leitura do art. 42 do Código Penal. In: IDEIAS para a construção de uma execução penal democrática. Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2010. p. 113-123.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, jan.-mar./2013.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas: relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.
- LIMA, Thaís dos Santos. *Compensação punitiva: uma reinterpretação do princípio constitucional da individualização das penas para redução de danos*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

- LOPES JR., Aury Celso Lima Lopes. Medidas cautelares no direito processual penal espanhol. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 89, p. 158-190, jan.-mar./1998.
- MATOS, Gisele Gomes; SANTOS, Pedro Sérgio dos. Crédito de penas ou reforma no instituto da remição: uma necessidade por justiça e respeito constitucional. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto/SP, ano XXIV, v. 28, n. 2, p. 264-286, mai.-ago./2019.
- MEDRADO, Wank Remy de Sena. *Detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- PINTO, Helena Elias. Responsabilidade civil do Estado nos casos de prisão seguida de absolvição. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa, *Relações Privadas e Democracia*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 396-419. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=4c63a38de84c8eb2>. Acesso em: 03 jan. 2023.
- RAMÍREZ, Juan Bustos; MALLARÉ, Hernán Hormazábal. Pena y Estado. *Papers: Revista de Sociologia*, Barcelona, v. 13, p. 97-128, 1980.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 331-381, jun./2017.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.
- RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2004.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.
- SANCHES, Najme Hadad. *Aplicação da detração penal sob a luz da Constituição Federal*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020.
- SANTOS, Boaventura Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 65, n. 0254-1106, p. 3-76, 2003.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VACANI, Pablo Andrés. Ejecución penal y determinación cuantitativa de la pena: hacía una dogmática de la prisión. *Revista Derecho Penal Central*, Quito, v. 2, n. 2, p. 219-265, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación – FD UBA. 2013. p. 03-06. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferecia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2022.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Penas ilícitas: um desafio a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación – FD UBA. 2013. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferecia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

Jurisprudência e documentos internacionais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 401.049/SC*. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado: 13 dez. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701217634&dt_publicacao=01/02/2019. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 742.154/MG*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado: 16 ago. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201442001&dt_publicacao=22/08/2022. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 136.961/RJ*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado: 15 jun. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002844693&dt_publicacao=21/06/2021. Acesso em: 03 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Habeas Corpus n.º 380.369/DF*. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado: 19 set. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603127175&dt_publicacao=27/09/2017. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Recurso Especial n.º 1.326.520/SP*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado: 03 abr. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201154040&dt_publicacao=14/04/2014. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 750.316/BA*. Relator: Min. Antonio Saldanha Pinheiro. Julgado: 14 set. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201874701&dt_publicacao=21/09/2022. Acesso em: 03 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Habeas Corpus n.º 455.097/PR*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado: 14 abr. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801484120&dt_publicacao=07/06/2021. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Recurso Especial n.º 1.977.135/SC*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado: 23 nov. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921805&dt_publicacao=28/11/2022. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus n.º 111.081/RS*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado: 28 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1846107>. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado: 09 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Habeas Corpus n.º 196.288/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado: 15 mar. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755973669>. Acesso em: 03 jan. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46, 30 dez. 2013. par. 317. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Relatório sobre medidas para reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163, Doc. 105, 03 jul. 2017. par. 224. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 9, 12 fev. 2021. par. 165. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 22 de novembro de 2018. par. 124. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Complexo Penitenciário de Curado*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 28 de novembro de 2018. par. 124. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

**POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS
A GRUPOS MINORITÁRIOS**

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Do processo-Rocco ao processo-risco: o paradigma negocial tornando *démodée* a constitucionalização do processo penal brasileiro

From the Rocco process to the risk process: the negotiation paradigm that makes the constitutionalization of the brazilian criminal process *démodée*

Rui Carlo Dissenha

Ana Paula Kosak

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Do processo-Rocco ao processo-risco: o paradigma negocial tornando *démodée* a constitucionalização do processo penal brasileiro*

From the Rocco process to the risk process: the negotiation paradigm that makes the constitutionalization of the brazilian criminal process *démodée*

Rui Carlo Dissenha**

Ana Paula Kosak***

Resumo

Parte-se, no presente artigo, da concepção sobre a sociedade do risco e suas demandas, pautadas na lógica da insegurança, necessidade de prevenção de riscos, celeridade e eficiência, e suas influências no processo penal brasileiro. Objetiva-se analisar como a sociedade do risco alimenta uma busca pelo eficientismo no processo penal por meio da adoção de mecanismos negociais na legislação processual penal. Para isso, o artigo realiza uma análise das características centrais da sociedade de risco na gestão do poder punitivo e, em seguida, passa a analisar as recentes mudanças processuais penais que materializam tais demandas na adoção do paradigma negocial adotado pela legislação brasileira especialmente a partir dos anos noventa. A discussão seguinte é realizada na tentativa de demonstrar como esse novo paradigma processual, embora amplamente aceito, entra em conflito com os ditames da Constituição Federal de 1988. Por fim, defende-se a razão desse conflito como baseada na falta da oportuna e necessária constitucionalização do processo penal brasileiro, que deveria ter ocorrido, ainda, nos anos noventa. A perda dessa chance colocou o processo penal nacional refém das demandas eficientistas da sociedade do risco que rejeita, em grande medida, o conteúdo axiológico humanizador presente nos ditames de 1988.

Palavras-chave: sociedade do risco; processo penal; mecanismos negociais; direitos fundamentais.

Abstract

This article starts with the conception of the risk society and its demands, based on the logic of insecurity, the need for risk prevention, speed and efficiency, and its influences on the Brazilian criminal procedure. The objective is to analyze how the risk society feeds a search for efficiency in criminal proceedings through the adoption of negotiation mechanisms in criminal procedural legislation. For this, the article performs an analysis of the cen-

* Recebido em 14/01/2023
Aprovado em 05/04/2023

** Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (2013). Bolsista do Programa PDEE da CAPES junto à Università di Bologna (2008-2009). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná em Direito das Relações Sociais (2004). Masters in Law em Direito Internacional Público com especialização em Direito Internacional Criminal na Leiden University – Holanda (LLM/PIL International Criminal Law Specialization – Universiteit Leiden – 2006). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1997). Diplôme Supérieur de l'Université pela Université Paris II – França (2000). Professor Adjunto da Graduação e do PPGD da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da graduação e do PPGD do Centro Universitário Internacional – UNINTER. Advogado. E-mail: ruidissenha@hotmail.com.

*** Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER (2021). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC/UNINTER) (2018). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER (2016). Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal na Graduação em Direito do Centro Universitário UNIFACEAR. Advogada. E-mail: apkosak@gmail.com.

tral characteristics of the risk society in the management of punitive power, and then proceeds to analyze the recent criminal procedural changes that materialize such demands in the adoption of the negotiation paradigm adopted by Brazilian legislation, especially from the nineties. The following discussion is carried out in an attempt to demonstrate how this new procedural paradigm, although widely accepted, conflicts with the dictates of the Federal Constitution of 1988. Finally, the reason for this conflict is defended as based on the lack of timely and necessary constitutionalization of the Brazilian criminal procedure, which should have taken place in the 1990s. The loss of this chance placed the national criminal process hostage to the efficiency demands of the risk society that largely rejects the humanizing axiological content present in the 1988 dictates.

Keywords: risk society; criminal proceedings; negotiation mechanisms; fundamental rights.

1 Introdução

As transformações sociais ao longo da história e a forma como os sujeitos as observam podem auxiliar o olhar lançado sobre a organização das instituições e as normas que regem a vida em sociedade. A chamada sociedade do risco, caracterizada pela insegurança e pela necessidade de prevenção de riscos de toda ordem, decorre de uma observação das transformações históricas operadas pela modernidade e, na contemporaneidade, especialmente, algumas consequências desse processo de mudanças são verificadas em diversos ramos sociais.

No campo do direito penal, isso é verificado, principalmente, com o chamado expansionismo do direito penal, responsável pelo que se chama de direito penal do risco. Com isso, o processo penal, enquanto instrumento de efetivação do direito material, parece sofrer influências dessa lógica, manifestada, principalmente, com os mecanismos de negociação, que ganharam cena em várias leis de natureza processual penal vigentes.

De fato, mudanças recentes no modelo processual penal brasileiro adotaram várias formas de negociação para a solução do problema criminal. Embora reconheçam-se a esse novo modelo uma série de ditas vantagens de ordem prática (menor custo, mais agilidade, eficiência punitiva etc.), o negócio penal é arriscado tanto do ponto de vista dos fins buscados pelo processo penal constitucionalizado quanto no que se refere aos direitos e garantias das partes envolvidas no conflito penal. Neste estudo analisa-se como se manifesta a lógica do risco no âmbito do processo penal brasileiro, especialmente com a inserção de instrumentos de abreviação do processo na forma da negociação e que conferem celeridade à resolução do caso penal. Pretende-se, ainda, explorar os riscos inerentes a esse novo paradigma negocial diante de um modelo constitucional de processo e discutir a questão à luz do aparente conflito entre as matrizes constitucionais e as demandas por um processo mais eficiente.

Para tanto, o estudo inicia com a demonstração de como a sociedade do risco leva o processo penal ao efficientismo inerente ao paradigma negocial. Posteriormente, e por meio de uma análise de algumas recentes mudanças normativas, procede-se com a discussão de como o modelo brasileiro abraçou o efficientismo negocial e quando isso se deu. Por fim, são apresentados os problemas do paradigma da negociação e como isso conflita com a democratização do processo penal. Ao que tudo indica, as demandas de uma sociedade de risco são justamente os elementos que parecem justificar a falta de constitucionalização do modelo processual penal brasileiro.

O estudo se justifica, pois, embora a lógica negocial encontre profundos empecilhos ao conflitar com direitos e garantias tão caros a um processo penal regido pela Constituição de 1988, é ela amplamente aceita e, especialmente, com base nas modificações recentes do *Pacote Anticrime*, tem possibilidade de se tornar o programa processual penal prevalecente no modelo nacional. Ao que tudo indica, portanto, a lógica do risco contamina mais o processo penal vigente do que o conteúdo axiológico da própria Constituição de 1988.

2 A sociedade do risco e o eficientismo processual penal: a pressa como regra e a negociação como solução

Ulrich Beck identifica, em sua obra¹, as características do que denominou de uma sociedade do risco com base em uma análise histórica das transformações sociais da modernidade. Juntamente com outros autores², indica como ponto de partida dessa compreensão histórica a *primeira modernidade*, momento identificado pelo período industrial como aquele a partir do qual se caracteriza de forma importante a modernidade e as suas essenciais transformações tecnológicas e econômicas. Já a *segunda modernidade*³, também chamada de *modernidade reflexiva*, consiste no estágio de progresso e transformação de um tipo de modernização caracterizada pelo questionamento dos fundamentos da própria modernidade industrial⁴. Nesse contexto, enquanto na primeira modernidade reconhecem-se as mudanças estruturais que conformam uma nova condição social, a segunda, de perspectiva eminentemente epistemológica e evidentemente posterior, caracteriza-se pelo reconhecimento das consequências não desejadas do processo de modernização⁵, dos seus efeitos e ameaças, algo impossível de ser assimilado pela racionalidade de outras épocas. Portanto, é apenas nesse contexto de modernidade reflexiva que se concebe essa sociedade do risco⁶.

Segundo Callegari e Linhares⁷, a antiga sensação de controle humano sobre os acontecimentos do mundo deu espaço à sensação de impotência e medo, decorrentes do desenvolvimento social que cada vez mais se abre a riscos invisíveis, a exemplo da ameaça nuclear. É curioso, nesse sentido, que o *animus* social, portanto, tenha migrado tão substancialmente de um estado de autoconfiança iluminista, proveniente de uma sensação de domínio racional humano sobre a natureza, característico, inclusive, do próprio método do positivismo científico, a um estado de angústia e preocupação proveniente do reconhecimento de que a humanidade não tem o controle real e efetivo dos efeitos produzidos pelo necessário processo de desenvolvimento industrial.

Uma consequência notória desse processo é a crise de legitimidade das instituições. De fato, o processo de tomada de decisões escapa ao modelo político clássico e novas formas de controle social e conformação da resposta das massas produzem outras formas de pressão. Novos medos estruturam as demandas populares e criam crises de segurança cada vez mais frequentes. Por sua vez, essa insegurança dá origem a um Estado vigilante, o qual se vê voltado à prevenção dos tais riscos reconhecidos⁸, o que, certamente, se potencializa diante do surgimento do Estado de bem-estar social. Sendo assim, a sociedade de risco é caracterizada pelo reconhecimento da indeterminação dos riscos globais e da sua imprevisibilidade, bem como de um sentimento de impotência diante deles, com a consequente demanda de medidas preventivas de riscos.

Dentre vários fatores potencializadores desse processo na contemporaneidade, a mídia é, certamente, um dos mais evidentes. A construção e manutenção desse sentimento de insegurança devido à imensa quantidade de informações a que submete a sociedade torna-se especialmente notável em virtude da facilidade pela evolução dos sistemas comunicacionais. Tal fato, inclusive, tornou possível afirmar que há “uma relação direta entre a quantidade de informação a respeito de episódios de violência e o sentimento de insegurança, o primeiro incidindo sobre o segundo”⁹. Essa formidável sensação de impotência diante da percepção dos

¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

² Ver também GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 02.

⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002. p. 189.

⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002. p. 173.

⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 30.

⁷ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal. *Direito & Justiça*, v. 40, n. 2, p. 126, jul./dez. 2014.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001. p. 138.

⁹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal. *Direito & Justiça*,

riscos, sentida na condição de ameaça, implica a pressão social, exercida, especialmente, sobre o Estado, para a evitação ou gestão desses perigos em um processo que tornou extremamente popular o discurso sobre a garantia da segurança pública.

De fato, embora esse não seja um processo propriamente novo, ele se aperfeiçoa tanto na era do risco quanto com a construção da noção de periculosidade que pretensamente permite, de certa forma, prevenir-se os fatores criminógenos e, conseqüentemente, prevenir-se os crimes. A modernidade reflexiva, portanto, é central para que a noção de segurança pública como demanda social passe a ser desenvolvida¹⁰. Isso se percebe, especialmente, com a adequação do poder punitivo e o seu discurso dogmático-penal à realidade dos novos problemas sociais¹¹ e suas conseqüências.

A colocação do aumento dos riscos no centro das reflexões sobre criminalização¹² preme a gestão político-criminal e dá origem ao que se convencionou chamar de Direito Penal do risco: o poder punitivo passa a usar o processo de criminalização antecipada e otimizada como elemento de estabilização social pelo atendimento às expectativas normativas. A criminalização ágil de condutas passa a ser considerada a solução para os problemas sociais, configurando-se um *expansionismo do Direito Penal* que, muitas vezes, resulta em conseqüências apenas simbólicas¹³. Esse fenômeno é constatado por Prittwitz que, tratando de um Direito Penal expansivo¹⁴ como mutação do Direito Penal do risco¹⁵, aponta como uma sua característica o aumento da criminalização de condutas apenas perigosas e não efetivamente lesivas de bens jurídicos¹⁶, ou seja, a criminalização de condutas meramente arriscadas, o que faz com que as fronteiras entre a natureza repressiva e reativa do Direito Penal desapareçam¹⁷. É o Direito Penal de *ultima ratio* assumindo a nova função de estabilizador do sentimento de segurança social — algo natural ao funcionalismo penal contemporâneo.

Essa mudança não ocorre, apenas, no direito material, pois o processo penal que o instrumentaliza também fica sujeito à pressão por resultados e solução ágil de problemas, o que é reflexo do mesmo e perigoso movimento. É notória uma utilização do processo para o atendimento de demandas sociais por uma justiça penal mais rápida e assim, em tese, mais eficiente na sua atuação *contra o crime*, de forma a oferecer uma resposta de ágil revitalização do sistema normativo violado pelo ilícito. Nesse contexto, em uma sociedade do risco, o processo penal sofre influências modificativas no sentido de se tornar mais acelerado, justamente uma das características que o transformam em algo que se pode chamar de um direito processual do risco¹⁸. Afinal, a ânsia social por respostas apaziguadoras do conflito, especialmente porque tornado público

v. 40, n. 2, p. 126, jul./dez. 2014.

¹⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 93.

¹¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 92.

¹² PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 37-38, mar./abr. 2004.

¹³ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal. *Direito & Justiça*, v. 40, n. 2, p. 126, jul./dez. 2014.

¹⁴ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 38, mar./abr. 2004.

¹⁵ Sintetizando as tendências político-jurídicas de um Direito Penal do risco, três são as características centrais: ampliação da proteção penal a bens jurídicos supraindividuais; o alargamento e antecipação da tutela penal, afastando a lesão ao bem jurídico para criminalizar as inobservâncias aos deveres de conduta, o que resulta no aumento dos tipos de perigo abstrato; e, por fim, o repensar o conceito de culpabilidade para abarcar também as pessoas jurídicas. Ver a síntese feita por MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 99 e DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, jan./mar. 2001.

¹⁶ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 39, mar./abr. 2004.

¹⁷ HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, Norteamérica, v. 4, n. 4, p. 55, abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/337rOK1>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 358.

pela facilitação dos modelos de comunicação, implica demandas sociais de urgência em torno da questão penal que se põe diante do Judiciário. Isso porque a sensação de temor provocada pelo risco decorrente da impunidade obriga o poder público a uma resposta jurídico-penal urgente que seja capaz de reafirmar as expectativas normativas¹⁹.

Obviamente, o binômio celeridade-certeza é alterado por essa demanda popular no sentido de tender mais à celeridade do que à certeza. A “doutrina da dupla eficiência”²⁰, que equilibra as demandas de *castigo* e de *proteção do cidadão* de maneira ótima no processo, mencionada por Binder, desestabiliza-se em favor do castigo.

Ao mesmo tempo, o Judiciário tem limitações de espaço e tempo importantes. Para além de se tratar de um serviço público que é notoriamente reconhecido como “lento, ineficaz e caro”²¹, demandas de eficiência penal (mais crimes reconhecidos, mais processos, mais prisões, mais penalização etc.) tornam necessária a adoção de medidas que evitem o processamento penal e acelerem seu trâmite de forma a oferecerem soluções tanto urgentes (para atender às demandas populares de solução dos conflitos) quanto expeditas (para evitar que processos ocupem o sistema judicial penal). Por isso, as respostas penais precisam ser *rápidas e abreviadas: eficientes e ágeis* para conjugar, ao mesmo tempo, os anseios populares de eficiência e as demandas estatais de reafirmação do *custo/benefício*. Todos esses aspectos, como se percebe, atendendo às características inerentes a uma sociedade do risco, que demanda medidas eficientes para gerenciar e prevenir as ameaças que acometem a coletividade.

O tema já vem sendo debatido pela doutrina mais atenta há algum tempo. Discutindo a questão, Jorge de Figueiredo Dias, inclusive, menciona que “parece-me hoje indiscutível que a ideia da sociedade do risco suscita ao direito penal problemas novos e incontornáveis”²², sem deixar de fazer também menção à influência da sociedade do risco no processo penal, muito embora não explore a questão e os problemas dela advindos. É o reconhecimento das demandas de *eficientismo* processual penal que, potencializado pela lógica de privatização do processo, inerente a um sistema de construção neoliberal que se tornou comum dos anos noventa em diante, reconfigura mesmo o sentido do processo penal como um todo²³. E a adoção do paradigma negocial no processo, sobretudo, parece ser um claro indicador desse processo. Isso fica evidente ao se analisar, por exemplo, a experiência processual penal mais recente.

3 O paradigma negocial no processo penal brasileiro: entre garantia e celeridade, venceu a pressa

¹⁹ Nas palavras de Suxberger: “parece razoável considerar que a ordem política vigente buscou emparelhar o direito penal, na perspectiva do recrudescimento das penas, com o direito processual penal, para atuar de forma mais eficiente e de modo a tornar visível a resposta estatal em virtude do enfrentamento da criminalidade de rua, de sangue, isto é, da mais violenta”. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 281, 2017.

²⁰ BINDER, Alberto M. Relaciones entre la dogmática penal y la política criminal. In: CÓPPOLA, Patricia. *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Advocatus, 2006. p. 44.

²¹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 165, set./dez. 2014.

²² DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, jan./mar. 2001.

²³ Nas palavras de Hartmann: “Prima-se, então, diante da imprevisão dos resultados das ações humanas, por ações eficientes, capazes de projetar os melhores fins. Neste quadro, o Direito, protetor do abandonado homo faber, passa a ser um empecilho ao bom funcionamento do mercado e, por isso, aparece a idéia de flexibilizá-lo. E isso é sentido, inclusive, no âmbito específico das reformas processuais penais”. HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 197.

Maya constata que a própria evolução legislativa evidencia a tendência político-criminal de busca por maior eficiência na investigação e na persecução criminal²⁴. Referida evolução se deu no sentido de se aprimorarem meios de investigação, por exemplo, com a infiltração de agentes, a ação controlada, a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, a colaboração premiada e a obrigatoriedade de identificação do perfil genético²⁵, em um processo que privilegia a eficiência investigativa e probatória, muitas vezes em detrimento da garantia de direitos individuais dos processados.

Mais recentemente, inclusive, a abreviação do processo se tornou uma tônica. A adoção de mecanismos eletrônicos de gestão do processo, com a eficiente migração do papel para meios digitais, foi um passo importante na aceleração dos trâmites processuais, mas isso não parece ter bastado. A opção pela eficiência e brevidade também se transferiu aos ritos e elementos que compõem o processo em si, demandando-se deles celeridade na produção de respostas capazes de satisfazer a opinião pública em detrimento da calma e cuidado necessários à instrução processual, justamente a fase em que se manifestam o contraditório e a ampla defesa. Afinal, esse processo demanda tempo, recurso que se torna escasso em uma sociedade do risco.

Por essa razão, portanto, tem sido neste preciso momento em que se populariza a adoção, pelo processo penal brasileiro, de mecanismos negociais, utilizados em sistemas do *Common Law* e que, de certo modo, abreviam o processo, além de serem instrumentos de obtenção de informações que ampliam as possibilidades de oferecimento de respostas. De fato, vários desses mecanismos foram adotados nas últimas décadas do processo penal brasileiro, modificando a perspectiva do Código de 1941 de forma fundamental. Tais ritos são ágeis, baratos e eficientes para a produção de *alguma* verdade processual, de maneira que surge uma série de argumentos em favor desse novo paradigma negocial. De fato, diante da alegação de que o processo penal comum é exageradamente lento e burocrático, a adoção da negociação seria um instrumento importante para evitar prescrições, nulidades e impunidade, o que tem um apelo dito democrático amplamente aceito pela população²⁶.

No processo penal brasileiro, vários foram os instrumentos negociais inseridos no ordenamento jurídico em um movimento que é curiosamente implementado apenas nos anos noventa e, a partir de então, se tem tornado notório e admitido formas cada vez mais amplas.

Nesse contexto, inicialmente, pode-se mencionar o art. 76 da Lei n.º 9.099/95, que trouxe o instituto da transação penal, prevista constitucionalmente desde 1988, no artigo 98, I. Aponta-se que, com a Constituição de 1988, se introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a justiça penal consensual²⁷ e, com a Lei n.º 9.099/95, foi estabelecido o primeiro modelo no Brasil²⁸, ao lado da composição civil e da suspensão condicional do processo²⁹.

A transação penal foi inserida no texto constitucional com a evidente pretensão de agilização do sistema processual penal para crimes menos graves na forma de mandado constitucional. Essa perspectiva foi razoavelmente bem aceita, tanto na doutrina quanto na *praxis* e foi responsável pela ampla redução de volume de

²⁴ MAYA, André Machado. Processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. *Rev. de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 111, jan./jun. 2017.

²⁵ MAYA, André Machado. Processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. *Rev. de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 103-105, jan./jun. 2017.

²⁶ HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 200.

²⁷ PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 80.

²⁸ GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Ramos de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, p. 1114, set-dez 2015.

²⁹ CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/13. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 258.

trabalho na Justiça Criminal³⁰ na medida em que os Juizados Especiais passaram a lidar com infrações penais de menor potencial ofensivo. Especialmente porque o processo nos Juizados Especiais Criminais é orientado pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, priorizando a reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62). Tais características, evidentemente, dão suporte a uma proposta de justiça negociada e abreviada.

Nesse contexto, o caráter de negociação do instituto fica evidenciado desde o seu funcionamento até a proposta central: como se sabe, em audiência preliminar, devem estar presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, acompanhados de advogado. Havendo representação pela vítima ou sendo crime de ação penal pública incondicionada, poderá ser realizada a transação penal, ofertada pelo Ministério Público, consistente na aplicação imediata do que é, na prática, uma pena restritiva de direitos ou multa determinada por um critério de conveniência da acusação.

Na oportunidade, o indiciado e seu defensor têm a possibilidade de “negociar” a proposta, aceitando ou não o acordo. A aceitação, por sua vez, implica a ausência de processo, já que há a imediata aplicação da sanção, mas sem importar em reincidência. A única anotação refere-se à realização do acordo, que visa impedir o uso do mesmo instituto dentro de cinco anos. Não havendo aceitação do acordo, o processo segue com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Muito embora a homologação do acordo seja feita pelo magistrado, que aplicará a sanção acordada, não há que se falar nas consequências jurídicas extrapenais do art. 91 do Código Penal, justamente porque não se trata de uma sentença penal condenatória, mas sim de acordo com estipulações delimitadas³¹.

Outro movimento importante é aquele das colaborações do acusado para com a Justiça, presente na Lei n.º 9.807/99 (que trata dos programas de proteção de vítimas e testemunhas), nos seus artigos 13 e 14³², que preveem a possibilidade de concessão de perdão judicial ao acusado primário que tenha auxiliado nas investigações, colaborando para a identificação de autores, para a localização de eventuais vítimas ou mesmo para a recuperação total ou parcial do produto do crime. Com a referida lei, a colaboração premiada foi possibilitada para todos os tipos de crime cometidos em concurso de pessoas³³; antes disso, encontrava previsão em diversos diplomas normativos específicos³⁴.

³⁰ Muito embora tenha implicado a redução do volume de trabalho, já que há a abreviação de muitos processos, existe a crítica no sentido de que, com os Juizados, muitas causas que poderiam ser descriminalizadas, ganharam notoriedade; e muitas que se resolviam na própria delegacia de polícia, passaram à esfera do Judiciário. Essa conclusão é verificada no estudo feito sobre a Comarca de Porto Alegre por AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Juizados especiais criminais: Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, p. 107, out. 2001. Ver também WUNDERLICH, Alexandre. *A Vítima no Processo Penal (Impressões sobre o fracasso da Lei no 9.099/95)*. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 35.

³¹ CAVALI, Marcelo Costenaro. *Dois faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/13*. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 259.

³² “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.” “Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.”

³³ ROSA, Alexandre Morais da; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico: A ausência de coação como requisito de validade*. Florianópolis: Emais, 2019. p. 27.

³⁴ Como é o caso da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que inseriu o §4º no art. 159 do CP (extorsão mediante sequestro), posteriormente alterado pela Lei n.º 9.269/96; a Lei n.º 9.080/95, que acrescentou dispositivo nas leis n.º 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) e na Lei n.º 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Econômica, Financeira e contra as Relações de Consumo); a Lei n.º 9.034/95, atualmente revogada pela Lei n.º 12.850/13 (Criminalidade Organizada); e a Lei n.º 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), atualmente com as alterações pontuais da Lei n.º 12.683, de 2012.

Embora a colaboração premiada tenha raízes históricas muito mais antigas (dispositivos de premiação a colaboradores existem desde as Ordenações Filipinas no Direito em vigor no Brasil) e seja recuperada em vários movimentos normativos mais recentes, especialmente a partir dos anos noventa, ela passa a gozar de amplo sucesso e com a edição da Lei n.º 12.850/13, cujos instrumentos definidos no seu art. 4º e seguintes a racionalizam sobremaneira, e passa a ser usada amplamente, especialmente na lida para com as organizações criminosas.

Efetivamente, com a Lei n.º 12.850/13, ocorre um tratamento detalhado à colaboração premiada, trazendo regramento mais amplo para sua aplicação, e evidenciando seu caráter negocial. Dela, pode-se extrair que o juiz não participa da negociação, que é realizada entre as partes (autoridade policial, Ministério Público, investigado ou acusado e seu advogado). O papel do juiz é voltado ao controle da legalidade, exercido na fase de homologação do acordo e, também, em relação à aplicação da pena. Inclusive, é no momento da homologação que o juiz deve analisar a voluntariedade do colaborador, exigida no acordo de colaboração e considerado um requisito de validade do negócio jurídico, seguindo a Teoria dos Negócios Jurídicos do Direito Civil³⁵ — é essa voluntariedade que caracteriza, portanto, o processo dito *negocial*.

O acordo de colaboração premiada pode ser formalizado na fase investigativa, durante o processo criminal, e mesmo após a sentença (art. 4º, §5º da Lei n.º 12.850/13). Nasce com a oferta de proposta de acordo, realizada pelo investigado ou acusado, assistido por seu advogado. O Ministério Público ou a autoridade policial poderão rejeitar, sumariamente, a proposta; e não havendo indeferimento sumário, as partes podem prosseguir nas tratativas e, após avaliar a pertinência da proposta, a autoridade policial ou o Ministério Público poderão rejeitar ou aceitar a proposta. Estando as partes de acordo com os termos, ocorre a formalização do termo de acordo da colaboração premiada que, sendo homologado pelo juiz, pode prosseguir com as próximas fases (produção dos elementos de prova e fornecimento de documentos). Ao final, o juiz analisa o cumprimento das cláusulas contratuais e aplica os prêmios, conforme pactuado no acordo entabulado.

Apesar de controversa na doutrina, a colaboração premiada foi reconhecida e chancelada pelo Supremo Tribunal Federal (como no HC 127.483/PR) como sendo um negócio jurídico processual, para além de ser um meio de obtenção de prova, considerando-se que seu objeto é a cooperação do imputado tanto na investigação quanto no processo criminal.

Além disso, pode-se apontar uma terceira forma de justiça penal negocial — talvez a mais evidente delas — no sistema penal nacional contemporâneo. No Projeto de Lei n. 6.341/2019, havia ampla discussão sobre a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico do chamado “acordo de não persecução penal”, que consistia na possibilidade de que o acusado confessasse o crime imputado em troca de uma pena mais branda. Antes disso, encontrava previsão na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), muito embora tenha sido alvo de diversas críticas³⁶.

A proposta veio à lume com a publicação da Lei n. 13.964/19, o *Pacote Anticrime*, que incluiu o instituto no art. 28-A do CPP, prevendo a possibilidade de que o Ministério Público proponha o acordo de não persecução penal para as infrações praticadas sem violência ou grave ameaça, com pena mínima em abstrato inferior a 4 (quatro) anos, desde que o acusado ou investigado tenha confessado a prática da infração penal.

³⁵ ROSA, Alexandre Morais da; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico*: A ausência de coação como requisito de validade. Florianópolis: Emais, 2019. p. 45-52.

³⁶ Especialmente pela inconstitucionalidade, por conta da violação à reserva da lei e aos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (LGL\2017\12790). *Boletim do IBCCRIM*, v. 25, p. 8, out. 2017; LOPES JÚNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 150; ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 252, dez. 2017.

A inclusão desse instituto representou uma ampliação substancial da justiça criminal negocial no Brasil, já que boa parte das infrações penais possui pena mínima inferior a quatro anos³⁷.

As condições propostas ao investigado podem ser ajustadas, podendo ser cumulativas ou não, e não incluem a aplicação da pena de prisão³⁸. Além disso, o procedimento evidencia, ainda mais, o caráter negocial do instituto: o acordo deve ser formalizado por escrito, e se dá entre o membro do Ministério Público, e o investigado e seu defensor. Da mesma forma que na colaboração premiada, o juiz possui o papel de controlador da legalidade, que ocorre no momento da homologação do acordo, após verificada, em audiência, a voluntariedade do investigado. Caso as condições estejam inadequadas, insuficientes ou abusivas, os autos são devolvidos ao Ministério Público para reformulação, a qual também deverá ter concordância do investigado e seu defensor para que seja novamente levada ao magistrado. Com a aceitação da proposta, caso cumpridas as obrigações, o investigado verá extinta sua punibilidade e, por outro lado, caso esta não seja aceita, será dado seguimento à persecução penal.

Há vasto campo para atuação do Ministério Público, já que o poder de negociação fica majoritariamente concentrado nas mãos do órgão acusatório³⁹ e depende da aceitação do investigado.

Em suma, conforme os institutos da transação penal, da colaboração premiada, e do acordo de não persecução penal, os últimos anos foram profícuos na adoção de instrumentos que reduzem a atuação do Judiciário sobre a prática de infrações penais, justamente priorizando-se o acordo entre as partes para a rápida resolução do caso ou a colaboração com a investigação, em consonância com o viés eficientista do processo. Tais formas de justiça penal negociada resultam na relativização de algumas garantias processuais, importando em problemas que necessitam ser enfrentados à luz do contexto constitucional que deveria orientar o sistema processual penal brasileiro.

4 O paradigma da negociação e seus problemas: ou como se saltou de rocco ao eficientismo

Embora o paradigma negocial seja, portanto, uma realidade no processo penal brasileiro, é importante que se entenda que esse modelo, além de prenhe de problemas, é de duvidosa adequação ao modelo constitucional de 1988. Adiante discute-se essa questão e, além disso, apontam-se possíveis explicações para a ampla aceitação normativa desse novo modelo ainda que ao arrepio da lei — como não poderia deixar de ser, a racionalidade de uma sociedade de risco é o elemento central que parece garantir esse delicado *desequilíbrio*.

4.1 Os riscos do paradigma negocial

Inicialmente, vale frisar que, ainda que se tome a justiça penal negociada como a “possibilidade de negociação entre defesa e acusação sobre aspectos variados da pena e do processo”⁴⁰, é certo que esse modelo se dá de maneira bastante ampla quanto às suas formas, sendo curioso, entretanto, que a proposta brasileira

³⁷ REALE JÚNIOR, Miguel; KAGUEIAMA, Paula Thieme. Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 1019, p. 277-304, set. 2020; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 166, p. 241–271, abr. 2020.

³⁸ É possível pactuar a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; a renúncia a bens e direitos indicados pelo Ministério Público; a prestação de serviço; o pagamento de prestação pecuniária; ou mesmo outra condição indicada pelo Ministério Público.

³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel; KAGUEIAMA, Paula Thieme. Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 1019, p. 277-304, set. 2020.

⁴⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 312.

tenha privilegiado apenas algumas delas, as negociações no modelo próximos ao *plea bargaining* estrangeiro, em detrimento de outras.

É preciso ter em mente que a nova “reprivatização do conflito penal”, característica do processo de negociação, é evidência de uma lógica *acelerada* do processo. Assim, se a negociação, em certa medida, abre espaço por propostas mais humanizadoras pretensamente substitutivas do processo — como a mediação e a justiça penal restaurativa, que também envolvem algum grau de negociação processual entre as partes —, por outro, é certo que essas medidas tomam tempo e exigem um repensar da própria pena e, por isso, tendem a ser rejeitadas por não atenderem, justamente, àquelas demandas particulares de uma sociedade do risco.

Substituindo a justiça do pai pela disciplina materna⁴¹ e buscando a solução do conflito entre as partes envolvidas, de forma informal e não violenta, em lugar da sanção penal de forte apelo social, a solução restaurativa abandona a lógica inquisitiva em favor de um *approach* muito mais apto à solução do problema penal⁴². Entretanto, demanda tempo — recurso escasso na sociedade moderna — e acaba por negligenciar o conflito penal, privando-o da possibilidade de servir de subsídio para a satisfação das expectativas normativas.

É assim evidente que a justiça restaurativa esteja desprivilegiada em favor do modelo da barganha: mais do que um processo democrático (vítima no processo negociando com o acusado e resolvendo o conflito-problema), o que se quer é privilegiar um processo ágil (promotor oferecendo penas menos violentas em troca da aceitação da responsabilidade) que foca na eficiência aparente do serviço público, não na solução do conflito. Por isso, não se deve estranhar que tenham sido adotados vários instrumentos de negociação depois dos anos noventa, mas não de restauração.

Essa “simplificação dos procedimentos penais em nome da eficiência da justiça penal”⁴³ tem o condão de evitar o processo sem a demora e sem a exclusão da afluência do modelo restaurativo. De fato, a negociação é ágil depois da investigação inicial levada a cabo pelo inquérito, o que facilita o papel da acusação e alimenta o sistema inquisitório. Além disso, a depender do interesse da acusação, mais ou menos afluência carrega a proposta negociada — mas sempre alguma dor precisa estar presente no negócio, pois é isso que parece dar sentido ao processo penal.

É verdade que os benefícios oferecidos por essas alterações podem ser bastante atraentes para o acusado. De fato, Gloeckner destaca que “à incerteza de um processo em que prevalecem as garantias, podendo sofrer uma pena restritiva de liberdade, o acusado prefere a certeza de uma punição menor, onde a sanção não é tão drástica”⁴⁴. Mas, como já se tornou notório na doutrina mais crítica, há riscos graves para os direitos e garantias processuais nessa tendência que se acirra⁴⁵. Conforme sintetiza Aury Lopes Junior, ao menos seis

⁴¹ PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. *Saggi sul governo della penaltà: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario*. Bologna: Martina, 2007. p. 76.

⁴² Evidentemente, a justiça restaurativa não segue isenta de críticas: para além de um movimento de certa forma *ingênuo*, escapa ao Princípio da Jurisdicionalidade, da legalidade e da celeridade, sendo palatável, apenas, para crimes leves e duvidosamente aceito para crimes mais graves, tudo colocando a justiça restaurativa sob fortes críticas. Sobre a justiça restaurativa, ver: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Sobre as críticas, ver HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 36.

⁴³ HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 197.

⁴⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 317.

⁴⁵ Ver LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 113-116, HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 43-44 e 202, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado*. *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, Edição Especial, p. 04, abr. 2019

princípios de um processo penal que se entenda garantista são violados, quais sejam: o da jurisdicionalidade, enquanto garantia orgânica da atividade e independência do juiz, não apenas para o processo penal; o da inderrogabilidade do juízo; o da separação das funções de acusar e julgar, tendo em vista que muitas vezes é o Ministério Público quem propõe a pena a ser aplicada caso o acordo seja firmado; o da presunção de inocência (que exige que o ônus da prova recaia sobre a acusação); a contradição, enquanto método de confrontação da prova entre acusação e defesa; e o da fundamentação das decisões judiciais (já que por meio da fundamentação, na sentença, deve ficar demonstrado se a prova foi suficiente para superar a presunção de inocência)⁴⁶. No caso da colaboração premiada, o destaque é dado, principalmente, para a violação ao princípio da vedação à autoincriminação⁴⁷, já que o acusado, ao aceitar o acordo, concorda em não exercer o seu direito de ficar em silêncio, conforme determina o §14 do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013. Caso opte por exercer o seu direito, o acordo de colaboração não se efetiva, posto que incompatível com o instituto.

Nesse sentido, são precisas as palavras de Jacinto Coutinho quando afirma que:

sendo o direito um estorvo (ou algo que estorva), natural é o avanço da ideia de flexibilização, a que, em *ultima ratio*, responde pela referida supressão de direitos e garantias, sem embargo de que são conquistas constitucionais e, portanto, por princípio não se poderia voltar atrás (Canotilho)⁴⁸.

No contexto apresentado, a justiça negocial busca conferir maior eficiência e celeridade⁴⁹ ao processo, porém, implica a relativização das garantias processuais, uma vez que o desenvolvimento do curso natural do processo⁵⁰ atrapalha o efficientismo e a celeridade almejadas em tempos de risco.

4.2 Da eficiência constitucional ao efficientismo: o que se busca com o novo paradigma?

As críticas a esse movimento que caminha em sentido da “eficiência” são especialmente dirigidas ao sentido que se empresta ao seu conteúdo, direcionado que é a questões de ordem econômica (o processo precisa custar menos) e temporal (o processo precisa ser rápido)⁵¹. Nesse contexto, trata-se de uma eficiência de ordem neoliberal e que, em certa medida, foca, apenas, nos meios (orientados segundo regras de mercado) e não nos fins (orientados constitucionalmente por propostas de garantias fundamentais). A consequência é óbvia: a lógica *protetiva* que se reconhece ao Direito é flexibilizada em favor de uma lógica econômica-mercadológica⁵². De certa forma, é a vitória do *volume* sobre a *qualidade*.

e PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 80.

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 117-118.

⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico*: A ausência de coação como requisito de validade. Florianópolis: Emais, 2019. p. 31-33.

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 326.

⁴⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 311.

⁵⁰ Nesse sentido, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 301-302: “essa aceleração corresponde ao impedimento de o processo seguir seu curso normal, seja através da assunção da culpabilidade antecipadamente (transação penal); delação premiada e seu respectivo perdão judicial ou abatimento da pena; crimes de perigo abstrato que tornam despiendo um resultado (e as provas desse resultado cuja carga seria da acusação); inversão da carga da prova, como ocorre no crime de lavagem de dinheiro no Brasil; prisões cautelares. Esses são alguns dos mais notórios instrumentos de aceleração processual encontrados no processo penal brasileiro”.

⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

⁵² HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático*: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 197.

Ora, procedimentos abreviados, ditos “eficientes”, tais como aqueles que privilegiam a negociação, implicam, necessariamente, a negação pessoal de direitos pelo próprio acusado em favor de alguns benefícios pontuais, transformando-o e à sua defesa em uma manifestação do *homo economicus* que se vê obrigado a escolher entre um sofrimento mitigado certo ou o risco de um sofrimento maior. Em outras palavras, retorna-se ao modelo inquisitório, como já reconheceu a doutrina mais crítica⁵³. E é curioso que a discussão sobre a constitucionalidade de uma tal opção pela “eficiência processual” seja substancialmente relegada, apenas, a uma pequena parcela da doutrina, pois sua aceitação na construção normativa nacional é de uma amplitude imensa e, aparentemente, inevitável; o que, evidentemente, como revela Binder⁵⁴, trata-se de uma opção de política criminal⁵⁵.

Percebe-se, portanto, que os mecanismos negociais inseridos no processo penal foram todos voltados à simplificação do processo, inclusive com a sua eliminação. Tais elementos estão diretamente relacionados com as características e demandas da sociedade do risco, servindo, fidelissimamente, ao eficientismo processual justamente porque flexibilizam garantias individuais, desvirtuando a instrumentalidade constitucional do processo penal.

Colocando a reflexão mercadológica sobre o tema, Dufour aponta o abandono da transcendência para a imanência, no sentido de que uma justiça atingida por meio da relação dual entre dois contratantes⁵⁶ desconsidera os parâmetros valorativos necessários a uma sociedade saudável. O que ele chama de “confissão negociada” ou *plea bargaining* é um exemplo de contratualização da justiça penal. E sobre esse ponto, afirma que: “deve-se notar que esse aparecimento do princípio, a negociação prevalecendo nas trocas mercantis, se fez em nome de um princípio econômico, o de uma melhor gestão dos fluxos judiciais”.⁵⁷

Em outras palavras, a utilização da negociação, para Dufour, afasta o processo de sua real função que seria a busca por alguma verdade (o acusado seria culpado ou não?). Segundo o autor:

O círculo está fechado: doravante a negociação é feita com todos os andares. Mas, por trás dessa “racionalização” e dessa “democratização” do empreendimento judiciário, o que de fato se abandona é a busca da verdade (o acusado é realmente culpado ou não?), a qual é trocada por uma simples negociação entre o acusado e o juiz⁵⁸.

Esse seria um traço evidente, inclusive, da administrativização do Direito Penal que também se orienta pela sociedade do risco. O conceito se refere à ampliação das condutas criminalizadas para envolver aquelas que criam apenas riscos ao bem jurídico ou que poderiam ser reguladas por outros ramos do Direito, especialmente o Direito Administrativo. Esse processo expansivo ignora a necessidade da lógica de *ultima*

⁵³ KARAM, Maria Lúcia. *Juízados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 42-48.

⁵⁴ BINDER, Alberto M. *Justicia penal y estado de derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 60.

⁵⁵ Nas palavras de Hartmann: “Não há como negar, afinal, que o processo penal é, de fato, uma síntese, condicionada culturalmente, da efetividade da persecução penal e das garantias dos indivíduos em face do poder punitivo estatal. É um equilíbrio dinâmico e instável entre essas duas forças, mormente no âmbito latino-americano. O desafio é encontrar um ponto ótimo para esse equilíbrio, sem que isso signifique retroceder em termos de garantias tão arduamente conquistadas, não se devendo esquecer, sobretudo, de que deve o Direito Processual Penal, assim como o Direito Penal, servir para a contenção do poder punitivo estatal. Em outras palavras, toda medida que, de alguma forma, permite a extensão do poder punitivo é ilegítima diante dos postulados do Estado Democrático de Direitos”. HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 206.

⁵⁶ DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado: a revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 230.

⁵⁷ DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado: a revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 231.

⁵⁸ DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado: a revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 231.

*ratio*⁵⁹ do Direito Penal e a sua absoluta incapacidade de efetiva prevenção de riscos⁶⁰, especialmente dadas tanto a sua atuação *post factum* quanto a sua estrutural seletividade. Mas o poder punitivo não reconhece essa incapacidade no plano político e termina por se confundir com a lógica do direito administrativo sancionador, convertendo-se em um instrumento de gestão dos próprios problemas sociais⁶¹. Essa condição repercute no processo, pois, ao atuar o poder punitivo em âmbitos em que não é necessário, antecipando-se na repressão ou tratando de temas de que não deveria tratar, a lógica da privatização do conflito é a única que lhe permite sucesso e eficiência. Além disso, com muitas mais questões a discutir, há a tendência em se privatizar o processo para que se selecione o que deve ou não deve ser objeto da persecução penal: “o crescente recurso, na regulação do processo penal a técnicas seletivas de persecução, é um indício de que o direito penal está ocupando-se de mais fatos que os que lhe correspondem”⁶². Por essa razão, ocorre a perda das características penais (inclusive e especialmente no processo), pois “suas técnicas de tratamento dos conflitos se administrativizam e se privatizam”⁶³. Ora, para tratar de questões não penais é necessário que se recorra a expedientes que tampouco são classicamente penais, como a negociação.

Assim, é de se questionar os motivos pelos quais o paradigma negocial é prevacente, mesmo com os vários conflitos de ordem constitucional que a sua aplicação gera. A resposta pode ser extraída com base na análise de como ocorreu a constitucionalização do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941).

4.3 A carência do paradigma negocial: prioridade para o eficientismo em detrimento do processo constitucional

O CPP de 1941 foi editado durante o Estado Novo, influenciado pelo Código de Processo Penal Italiano de 1930⁶⁴, de matriz autoritária. A própria Exposição de Motivos do CPP brasileiro evidencia tal afirmação, quando o então Ministro da Justiça Francisco Campos faz menção às ideias de Alfredo Rocco sobre os trabalhos de elaboração do *código*⁶⁵. Por isso, é perfeitamente possível afirmar que o atual Código de Processo Penal Brasileiro é influenciado por legislações autoritárias e possui uma matriz inquisitiva, ainda que com elementos agregados do sistema acusatório⁶⁶.

Também é certo que, na história do processo penal, verificam-se movimentos de oscilação, pois, em alguns momentos, predominava a ideia de eficiência repressiva e, em outros, a proteção do acusado⁶⁷. Esse

⁵⁹ Segundo Feijoo Sanchez: “o processo expansivo do direito penal o converte num sistema de gestão primária dos problemas sociais (utiliza-se, em muitas ocasiões, a expressão de que o ordenamento jurídico penal passa a construir-se como *prima ou sola ratio*). O diagnóstico crítico também incide na realidade de que, em muitas ocasiões, o processo de expansão provoca a justaposição das funções preventivas do direito penal e do direito sancionatório em geral, tornando-se muito difícil estabelecer diferenças teóricas entre o direito penal e os outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito administrativo sancionatório e o direito policial de prevenção de perigos. Encontramo-nos há algum tempo em um processo progressivo de diluição destas fronteiras”. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, n. 07, p. 24, maio/ago. 2011:

⁶⁰ HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, Norteamérica, v. 4, n. 4, p. 55, abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/337rOK1>. Acesso em: 15 nov. 2019.

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. ver. y ampl. Madrid: Civitas, 2001. p. 130.

⁶² FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, n. 07, p. 25, maio/ago. 2011.

⁶³ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, n. 07, p. 25, maio/ago. 2011.

⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 109-110, jul./set. 2009.

⁶⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 85.

⁶⁶ Aqui entendido como inquisitório o processo caracterizado pela possibilidade de o juiz produzir provas, ainda que em um sistema inquisitório-acusatório, conforme Jacinto Coutinho. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar. constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 111, jul./set. 2009.

⁶⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

movimento pendular se dá com base nas pressões axiológicas exercidas sobre os sistemas normativos e que, por sua vez, atendem a demandas de diversas ordens, sejam elas políticas, econômicas, sociais etc. Com o advento das Constituições democráticas, tais como, especialmente, a Constituição de 1988, o rol de direitos fundamentais tornou-se muito mais largo, e o desafio passou a ser dar ampla eficácia aos direitos fundamentais. Nesse contexto, a Constituição deve orientar o processo penal, pois os princípios nela previstos não são simples instrumentos para a solução de uma lacuna da lei, mas possuem uma dimensão normativa, que irradia na resolução dos casos pelo judiciário⁶⁸. Portanto, o processo penal passa a ser orientado pela concepção constitucional⁶⁹; especialmente porque uma Constituição democrática exige, também, que o processo penal seja democrático⁷⁰.

Com isso, falar de instrumentalidade do processo penal significa dizer que se trata do instrumento pelo qual se valerá o Estado a fim de que seja aplicada uma sanção penal, conforme previsão legal e segundo os ditames constitucionais. Mas não apenas isso, pois a sua finalidade também é dar a máxima eficácia aos direitos e garantias fundamentais do acusado, de modo a limitar o poder estatal⁷¹. Nisso consiste a instrumentalidade constitucional do processo penal.

Ocorre que, mesmo com a vinda da Constituição de 1988, as reformas parciais do CPP ocorridas desde então não foram significativas a fim de adequar suas disposições ao novo texto constitucional⁷² (o que era essencial, pois não há, às escâncaras, uma sincronia entre as disposições da Constituição de 1988 e o Código de 1941). Como era de se esperar, não houve uma correção automática daquela antiga racionalidade inquisitória do modelo Rocco e resistiu-se muito à implementação de um novo Código Processual Penal que fosse capaz de fazê-lo. Ao mesmo tempo, e justamente por isso, diante desse *hiato de constitucionalização* do processo penal brasileiro, dependia-se de uma hermenêutica que fosse capaz de, ao menos, corrigir as falhas do antigo sistema. Entretanto, verifica-se uma grande resistência, na prática, para a concretização das determinações constitucionais⁷³. A interpretação do processo que, constantemente, deveria ser feita à luz da Constituição, afirmando as garantias individuais do sujeito para que o processo de aplicação da pena seja considerado legítimo, termina às vezes sendo realizada com base em critérios de urgência que servem a atender às supra-mencionadas demandas de uma sociedade de risco.

Isso deveria ocorrer, também, com as legislações esparsas de natureza processual penal. Afinal, ainda que alguns arroubos de constitucionalização tenham ocorrido, “reformas parciais não mudam o sistema”⁷⁴, permanecendo, portanto, o sistema processual penal brasileiro, desatualizado e incompatível com a escolha constitucional de um processo acusatório.

Em realidade, entretanto, como se viu, verificam-se mudanças na legislação que inseriram no direito processual penal institutos que buscam a celeridade processual e que parecem ter relação direta com a influência

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 10-11.

⁶⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação lava-jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 422, jul./dez. 2017.

⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 30.

⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 64-65.

⁷² BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, v. 10, n. 21, p. 12-13, maio/ago. 2018.

⁷³ Conforme justificativa apresentada por Carvalho: “muito embora a Carta Magna de 1988 traga uma expressão valorativa significativa instituída no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais calcada na base da dignidade humana, não se observa na prática, sobretudo em matéria penal, que estas garantias sejam acatadas pelas instâncias jurídico-políticas. A justificativa, segundo Agamben, pode residir na aproximação cada vez mais intensa do Estado de exceção como paradigma de governo na política contemporânea”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação lava-jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 425, jul./dez. 2017.

⁷⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (Constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 257.

da sociedade do risco, mas que, duvidosamente, atendem aos critérios de constitucionalidade que se deveria exigir de um processo democrático. É fato: colecionam-se tantas medidas de eficiência econômica (porque ágeis) e simbólica (porque capazes de atender às “expectativas normativas”) com as recentes mudanças normativas e com a adoção do paradigma negocial, que se torna quase um exercício heroico a defesa do modelo constitucional-democrático para o processo. Afinal, esse modelo é demorado, caro, facilita a impunidade e a prescrição, sendo uma tarefa difícil defendê-lo diante do risco social provocado pelo crime.

Fato é que a universalização dos direitos humanos chegou tarde no Brasil e não pôde ser incorporada ao processo penal. Materializada de forma definitiva apenas em 1988, já foi obnubilada/ofuscada pela crescente sociedade do risco e, potencializada pela internet dos anos 2000, foi deixada de lado em favor de um efficientismo processual penal. Isso é levemente diferente no plano material, pois a reforma do Código Penal, realizada em 1984, trouxe o que havia de mais moderno no plano jushumanista, e teve o condão de humanizar o direito material dando as cartas, inclusive, a um novo Direito Penal que, por assim dizer, sedimentou as ideias que estariam presentes no texto constitucional poucos anos depois.

A divergência entre um processo destinado à regulação e controle do poder punitivo e o processo penal que ora se presencia não é ao acaso e só assusta os teóricos, mas satisfaz os efficientistas e a população em geral. O incômodo dos teóricos é justificado pela matriz axiológica que os orienta: aquela de um processo penal racionalizante e democrático como o que é estudado nos bancos das universidades, orientado para o controle do poder punitivo. É apenas nesse grupo que se reconhece uma carência normativa-constitucional evidente ao processo: *apesar* do texto constitucional de 1988, não se constitucionalizou o processo, o que era a única forma de se inserir no sistema as grandes conquistas humanizadoras produzidas pela lógica jushumanista.

Por outro lado, a comunidade em geral e um bom número de operadores do direito, movidos pelas demandas da sociedade de risco, não se satisfazem com aquele processo *como deveria ter sido*. Ele é lento e privilegia muito a defesa de forma a dar espaço para a impunidade o que, em sua lógica distorcida, facilita e aumenta os riscos sociais nesse momento de modernidade reflexiva. Por isso, a parte mais numerosa dos operadores do direito e do processo penal, e a população em geral demandam por outros parâmetros e por mais “eficiência”. A polícia ainda segue a lógica do século XIX; a acusação ainda opera segundo a lógica da guerra; a jurisprudência, um pouco mais cautelosa, ainda tenta operar na forma de controle, mas esbarra na demanda *volkisch*. A população, entretanto, sobre toda a pressão do risco, pouco racionaliza, senão apenas sentimentaliza. A resposta — especialmente do executivo e do legislativo — é no sentido de atender à demanda popular e, assim, a mudança inevitável é do fascismo dos anos 40 diretamente ao efficientismo da sociedade do risco.

Por essa razão, o salto de que se fala. A incapacidade do legislador nacional de construir um novo Código de Processo Penal constitucionalizado segundo os modelos de direitos humanos que constituíram o *ethos* normativo do final do século XX foi responsável por tornar obsoleta a constitucionalização do processo diante das demandas do século XXI. E, resistindo à Constituição Federal de 1988, a cópia nacional do *codice Rocco* tornou-se popularmente atual na sua inquisitividade, pois a lógica do risco é o conteúdo axiológico que orienta o processo penal brasileiro muito mais do que os valores constitucionais eleitos como importantes em 1988. Nesse sentido, em plena vivência da sociedade do risco, contemporaneamente, a constitucionalização do processo é *démodée*.

Há necessidade de um movimento de resistência a essa tendência. Atender a demandas populares nunca foi a melhor forma de se criarem políticas criminais eficientes e não é esse o papel de um processo penal minimamente orientado de acordo com o que se espera de um sistema racional e civilizado de gestão do poder punitivo. Mas lutar contra as demandas originárias de uma modernidade reflexiva paradoxalmente irracional tem sido um exercício difícil aos doutrinadores democráticos que ainda tentam salvar o processo penal nacional.

5 Considerações finais

O presente artigo tratou de discutir, ainda que sem a pretensão de se esgotar o tema, do paradigma negocial e da sua contextualização em uma sociedade do risco. Para atingir o objetivo do estudo, pretendeu-se, primeiramente, compreender o que é essa sociedade do risco e como ela produz efeitos importantes no modelo processual penal nacional. Em seguida, discutiu-se como o negócio no processo penal atende a várias das demandas dessa sociedade do risco, ainda que contradite várias determinações constitucionais especialmente vinculadas às garantias e direitos fundamentais. Nesse contexto, é certamente paradoxal que a negociação processual penal tenha sido aceita com tanta facilidade.

O artigo explora esse problema e tenta entender como a falta de constitucionalização do processo penal brasileiro, causada pela implementação de poucas e insuficientes modificações normativas pontuais, mas nunca de uma revisão do modelo inquisitório característico do padrão Rocco — que orienta o nosso código — permitiu a adoção do modelo negocial de forma tão ampla. As vantagens dessa nova proposta em uma sociedade de risco que, na modernidade reflexiva, pede por processos céleres, certos e *eficientes* no atendimento às expectativas normativas da população são a receita do sucesso dos negócios processuais. É justamente a carência da humanização processual penal, contra a qual muito se resistiu durante toda a segunda metade do século XX, que deixou espaço para o eficientismo que tomou de assalto a regulamentação normativa do processo.

Essa conclusão não afasta a necessidade de se discutir a questão e colocar em xeque esse novo modelo negocial. Cedo as dificuldades processuais e procedimentais desse paradigma negocial se tornarão evidentes e suas vantagens aparentes se podem tornar problemas. Afinal, se é certo que a modernidade reflexiva é um processo pelo qual a sociedade percebe problemas que a própria primeira modernidade criou e, portanto, percebe os riscos inerentes à nossa própria evolução, também é certo que as opções adotadas em um processo penal são também elas resultado de riscos dessa mesma evolução. A reflexão sobre as consequências do próprio modelo negocial, assim, é inevitável, e é possível que a adoção de medidas limitadoras desse novo sistema se torne a nova realidade no futuro.

Referências

- ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados especiais criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, out. 2001.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, v. 10, n. 21, maio/ago. 2018.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- BINDER, Alberto M. *Justicia penal y estado de derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.
- BINDER, Alberto M. Relaciones entre la dogmática penal y la política criminal. In: CÓPPOLA, Patricia. *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Advocatus, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC n.º 127.483/PR*. Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente. [...]. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3sUw9e0>. Acesso em: 24 abr. 2021.

- CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal. *Direito & Justiça*, v. 40, n. 2, p. 125-132, jul./dez. 2014.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação lava-jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 421-442, jul./dez. 2017.
- CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/13. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, Edição Especial, abr. 2019.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (Constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, jan./mar. 2001.
- DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado: a revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”: notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, n. 7, maio/ago. 2011.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Ramos de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, set./dez. 2015.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

- HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, Norteamérica, v. 4, n. 4, p. 54-57, abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/337rOK1>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- KARAM, Maria Lúcia. *Juízados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MAYA, André Machado. Processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. *Rev. de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 97-117, jan./jun. 2017.
- ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro V. Título CXVI: Como se perdoará aos malfeitores que derem outro à prisão. Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://bit.ly/3vnNwVT>. Acesso em: 28 out. 2020.
- PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. *Saggi sul governo della penaltà: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario*. Bologna: Martina, 2007.
- PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel; KAGUEIAMA, Paula Thieme. Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 1019, p. 277-304, set. 2020.
- ROSA, Alexandre Morais da; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico: a ausência de coação como requisito de validade*. Florianópolis: Emais, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 286-303, 2017.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (LGL\2017\12790). *Boletim do IBCCRIM*, v. 25, out. 2017.
- WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Um sistema de informantes?
notas sobre o direito ao
confronto e o estímulo a uma
justiça criminal underground**

**An informant system? notes
on the right to confrontation
and the encouragement to
underground criminal justice**

Ruiz Ritter

Ricardo Jacobsen Gloeckner

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

Um sistema de informantes? notas sobre o direito ao confronto e o estímulo a uma justiça criminal underground*

An informant system? notes on the right to confrontation and the encouragement to underground criminal justice

Ruiz Ritter**

Ricardo Jacobsen Gloeckner***

Resumo

O presente artigo se propõe a analisar o impacto no sistema de justiça criminal da utilização de um sistema de informantes confidenciais e institutos correlatos como método de investigação. Para tanto, tendo como hipótese a implementação no ordenamento jurídico processual penal brasileiro do sistema de informantes norte-americano, serão apresentados aspectos conceituais e funcionais do instituto com base na experiência estadunidense, à luz do devido processo legal, em especial do direito ao confronto; problematizadas as pretensões de importação do instituto para o Brasil, tanto por meio das Dez Medidas Anticorrupção propostas pelo MPF, quanto por meio de sua equiparação ao noticiante-anônimo, sugerida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *leading case* sobre o tema no país; e identificadas as principais características no campo do direito processual penal decorrentes de sua institucionalização. A metodologia parte da conjunção da revisão bibliográfica sobre a temática acima referida (devido processo, direito ao confronto e o sistema de informantes norte-americano) com o estudo de caso (dentro das extensas limitações que a falta de verticalidade no exame do *leading case* pelo Superior Tribunal de Justiça oferece). Em termos de objetivos e finalidade, o artigo tratou de demonstrar os processos, em distintos níveis, de penetração de um modelo de obtenção de informações de cariz negocial, representando inúmeros perigos para o sistema de justiça criminal brasileiro, considerando os parâmetros desenvolvidos no cenário norte-americano e os excessos que lá foram cometidos, ao mesmo tempo que procurou evidenciar a necessidade de se repensar o devido processo, mormente por meio de uma faceta pouco conhecida, e que, originariamente, também se desenvolveu no direito norte-americano mas que se expandiu para a Europa: o direito ao confronto.

Palavras-chave: processo penal. informantes. informantes confidenciais. direito ao confronto. dez medidas anticorrupção.

* Recebido em 11/11/2022
Aprovado em 26/05/2023

** Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Especialista em Ciências Penais pela PUC-RS. Especialista em Direito Administrativo pela PUC-MG. Advogado, sócio-fundador do escritório Ritter Linhares Advocacia Criminal e Consultoria.
E-mail: ruiz@ritterlinhares.com.br.

*** Pós-Doutor pela Universidade Federico II. Doutor em Direito pela UFPR. Professor do Programa em Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado e parecerista.
E-mail: ricardogloeckner@hotmail.com.

Abstract

This paper sets out to analyze the impact on the criminal justice system of using a confidential informant system and related institutes as a method of investigation. For this purpose, taking as hypothesis the implementation in the Brazilian legal system of criminal procedure of the U.S. informants system, conceptual and functional aspects of the institute will be presented from the U.S. experience, from the perspective of due process of law, especially the right to confrontation; problematized the claims that will be presented conceptual and functional aspects of the institute from the U.S. experience, from the perspective of due process of law, especially the right to confrontation; Once the problematizations are made about the pretensions of importing the institute to Brazil, both through the Ten Anti-Corruption Measures proposed by the MPF, and through its equation with the anonymous informant suggested by the Superior Court of Justice (STJ) in the trial of the leading case on the subject in the country; And identify the main characteristics in the field of criminal procedural law resulting from its institutionalization. The methodology starts from the conjunction of the literature review on the above mentioned theme (due process, right to confrontation, and the North American informant system) with the case study (within the extensive limitations that the lack of verticality in the examination of the leading case by the Superior Court of Justice offers). In terms of objectives and purpose, the article tried to demonstrate the processes, at different levels, of penetration of a model for obtaining information of a business nature, representing countless dangers for the Brazilian criminal justice system, considering the standards developed in the North American context and the excesses that were perpetrated there. At the same time, it tried to show the need to rethink due process, especially through a little-known facet, which originally developed in North American law, but expanded to Europe: the right to confrontation.

Keywords: criminal procedural law. Informants. confidential informants. right to confrontation. Ten Anti-Corruption Measures.

1 Breve Introdução

O presente estudo dedica-se ao exame do que se convencionou denominar como um “sistema de informantes”. Apesar de não se tratar de uma terminologia usual na literatura norte-americana sobre o instituto do informante, de onde vem a principal base doutrinária e jurisprudencial do tema e desde a qual, no Brasil, se procura legitimar a sua incorporação legislativa, tal parece ser a melhor forma de descrever o fenômeno em sua complexidade, considerando, sobretudo — como se verá — a coexistência no sistema de justiça estadunidense de uma série de categorias processuais penais cujos limites são frequentemente traçados com imprecisão pela doutrina, inobstante habitarem um mesmo espaço no processo penal: o uso de informações privilegiadas, destinadas ao enfrentamento da criminalidade organizada e cuja dificuldade na obtenção de provas autorizaria a expansão de metodologias investigativas novas. São exemplos: *whistleblower*, informante em sentido estrito e colaborador.

Conforme será desenvolvido tópico seguinte, tal sistema de informantes corresponde a um modelo de justiça criminal que cresce paralelamente à ampliação da justiça criminal negocial, muito embora não se resume a ela. Isso, em virtude de informantes, *lato sensu*, se tornarem “testemunhas estimuladas” pelas agências de persecução, com as quais, efetivamente, negociam estímulos e formas de cooperação.

A adoção estrutural e sistêmica de um sistema de informantes, indubitavelmente acarreta dificuldades para a sobrevivência de um sistema acusatório de processo penal. Quiçá a garantia processual penal mais atingida pelo sistema de informantes seja o direito ao confronto. Esta a razão para se examiná-lo mais detidamente, tanto em suas nuances jurídicas norte-americanas quanto nas características mais salientes referentes a distintos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Assim, no tópico número 3, se

encarrega de revisitar esse desenvolvimento e expansão transnacional do direito ao confronto, que já tem recebido alguma atenção doutrinária nacional.

Situando a temática em digressão no campo da política criminal em matéria penal e processual penal, as tentativas mais visíveis de regulamentação desse sistema de informantes aparecem na proposta legislativa, vulgarmente, conhecida como Dez Medidas Contra a Corrupção, por meio da previsão de implementação da figura do informante confidencial, que não se confunde com o colaborador característico do acordo de colaboração premiada. Sendo a tônica de enfrentamento à corrupção o canal para sensibilizar o campo político e promover tal pretendida alteração na legislação processual penal brasileira, procurou-se, no tópico número 4, contextualizar tal mecanismo de investigação na denominada luta anticorrupção, para finalmente se examinar, no mesmo espaço, o único julgado proferido por um tribunal superior sobre a matéria — ainda que os fundamentos deixem, em muito, a desejar quanto à distinção da figura e, especialmente, quanto à definição de limites jurídicos ao seu uso. Este é, em suma, o percurso que se objetivou realizar neste estudo.

O problema investigado corresponde, assim, objetivamente, à identificação e caracterização desse fenômeno e método investigativo denominado “sistema de informantes”, bem como às principais implicações deste em relação à eficácia do direito ao confronto e das demais premissas normativas condicionantes do correto funcionamento do sistema de justiça, conforme o devido processo, afetadas pela sua instituição, a partir, especialmente da vasta experiência estadunidense com tal metodologia investigativa, aspectos fundamentais no contexto de regulamentação legal e uso informal do instituto no país.

A hipótese de partida foi a de que um sistema de informantes debilita, de forma profunda, certas garantias do processo penal, especialmente o direito ao confronto. Ademais, como tese, pode-se afirmar que o traslado do uso do informante confidencial e da reflexa construção de um sistema de informantes está, hoje, no Brasil, em franca via de florescimento, comprometendo o devido processo e tal direito ora enfatizado. Isso por si só justificaria a necessidade de estudo e tematização. A ausência de referências mais sólidas sobre o informante confidencial, no Brasil, também contribui para a justificação da escolha do tema, visando suprir as lacunas de produção jurídica sobre o objeto.

Os objetivos do artigo procuram evidenciar os perigos da incorporação de um modelo negocial de justiça criminal e que se desenvolve em direção ao uso informal, pelo menos quanto ao tratamento das fontes de obtenção, de informações sobre determinadas práticas delitivas. Nesse sentido, examinou-se, com mais detalhe, o direito ao confronto, sua conformação normativa sob a forma comparada (especialmente julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos) e da necessidade não apenas de essa garantia ser reconhecida no Brasil (diante da parca produção doutrinária sobre o tema) como também compreender como processos de importação de institutos jurídicos contribuem para o esvaziamento de garantias caras a um processo penal de corte acusatório. O artigo assenta-se, assim, metodologicamente, na revisão bibliográfica, especialmente estrangeira (tendo em vista a lacuna bibliográfica sobre o tema no Brasil) e, parcialmente, no estudo do único caso tratado por um tribunal superior, que se constitui, à míngua de novos julgados, como *leading case* na matéria.

O referencial teórico utilizado na confecção deste artigo é plural, destacando-se, no tratamento do uso de informantes um dos poucos textos críticos elaborados sobre o tema, a pesquisa realizada por NATAPOFF. No campo do direito ao confronto, consideraram-se diversas fontes, destacando-se os trabalhos de BEWERS, FRIEDMAN, MALAN e FIGUEIREDO.

2 Um Sistema de Informantes: classificação de algumas categorias e análise das degenerações estruturais ao sistema de garantias processuais penais

O direito brasileiro, nos últimos tempos, tem se aproximado, assim como outros países, das experiências norte-americanas de administração da justiça criminal. Esta é a tese apresentada, à perfeição, por Elisabeta Grande¹. A ampliação das situações jurídicas negociáveis (especialmente a atenção recebida pela colaboração premiada nos últimos tempos) e a formação de uma doutrina, jurisprudência e legislação calcadas nas doutrinas norte-americanas sobre a prova ilícita também sinalizam na mesma direção apontada pela professora italiana. Pode-se dizer que uma dessas importações, que ficou à margem de maiores atenções foi a do informante confidencial.

A figura do informante confidencial apareceu nos discursos de justificação para a inserção dessa figura nos projetos de lei que, no embalo do sucesso midiático da Operação Lava-Jato, foram catalogados sob o nome de Dez Medidas Contra a Corrupção. O uso de informantes, em geral, ainda que não seja regulado em nenhuma lei brasileira, constitui uma prática da polícia judiciária. O vácuo legal tenta ser suprido mediante o reconhecimento especificamente da figura do “informante confidencial”, uma das propostas constantes nas referidas “Dez Medidas Contra a Corrupção”. Nos termos do projeto, “pretende-se introduzir a figura do informante confidencial, distinguindo-o do informante anônimo, cuja identidade se desconhece”². Invocando a experiência de Hong Kong para justificar a proposta nesse ponto, afirma-se, em relação ao projeto: “na experiência da região administrativa especial de Hong Kong, a propósito, o slogan central da primeira fase do processo de mudança de cultura, desde os anos relativos à década de 1970, foi “reporte a corrupção”³.

Trata-se, portanto, de um estágio embrionário do desenvolvimento do informante confidencial no Brasil, o que não lhe retira a necessidade de aprofundamento e estudo.

O informante constitui, no sistema norte-americano de justiça criminal, um importante componente, correlato ao próprio modelo negocial imperante. Isso significa dizer que o informante se desenvolveu em paralelo ao *plea bargaining*. Em grande medida, os poucos estudos que procuram examinar o instituto do informante o fazem em grande medida, à luz do enfrentamento à criminalidade organizada. Um dos principais argumentos invocados pelos sustentadores da ideia reside, justamente, na complexidade e dificuldade probatórias quando esteja sendo investigada uma organização criminoso e a lei do silêncio imperante em tais estruturas. Assim, uma informação privilegiada seria muito importante para que uma persecução penal resultasse exitosa. Nas palavras de MORO, “a obtenção de ‘informação de dentro’ da organização criminoso é, usualmente, essencial para provar o crime. O objetivo é romper a lei do silêncio”⁴. O fenômeno da utilização

¹ GRANDE, Elisabetta. *Imitação e Direito*: hipóteses sobre a circulação dos modelos. Porto Alegre: SAFE, 2009.

² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 3.855, de 03 de julho de 2019. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis n.ºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; as Leis n.ºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 4.737, de 15 de julho de 1965, 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, 8.906, de 4 de julho de 1994, 9.096, de 19 de setembro de 1995, 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.613, de 3 de março de 1998, e 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, e da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990; e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2080604>>. Acesso em: 23 mai. 2023.

³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 3.855, de 03 de julho de 2019. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis n.ºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; as Leis n.ºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 4.737, de 15 de julho de 1965, 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, 8.906, de 4 de julho de 1994, 9.096, de 19 de setembro de 1995, 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.613, de 3 de março de 1998, e 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, e da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990; e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2080604>>. Acesso em: 23 mai. 2023.

⁴ MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73. No mesmo sentido: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma

de informantes como peças centrais do sistema de justiça criminal advém, efetivamente, das práticas ligadas ao universo do sistema penal norte-americano.

Pode-se dizer, grosso modo, que a importação do sistema de informantes pelo projeto liderado pelo Ministério Público Federal é seletiva, pois se ignora que essa ferramenta, além de excessivamente polêmica, causa grandes problemas em termos de acerto nas condenações criminais. Para WEINSTEIN, o uso excessivo de informantes colaboradores deforma o sistema adversarial⁵. Todavia, antes de encerrar esta breve introdução, o que deve ser entendido por informante confidencial?

Em primeiro lugar, os informantes são pessoas que, de forma espontânea ou em troca de algum benefício, trazem às autoridades policiais ou ministeriais informações sobre a ocorrência da prática de algum crime. Assim, desde uma ótica do sujeito ativo que leva informações vitais à polícia, o informante se confundiria com o noticiante, isto é, a pessoa que reporta à polícia ou ao Ministério Público a ocorrência de um crime. Tais informantes também podem ser pessoas que agregam a um processo criminal ou a uma investigação em tramitação, informações que aperfeiçoam, expandem ou aumentam — tanto qualitativa quanto quantitativamente — o conjunto de elementos informacionais relevantes ao procedimento. De uma maneira muito genérica, seria possível o reconhecimento de dois tipos de informantes: o incidental (quando as contingências do caso conduzem a uma pessoa detentora de informações sobre o fato) e o recrutado (mediante recompensas ou leniência)⁶.

Mais do que uma figura ou instituto jurídico isolado, seria melhor falar-se de um sistema de informantes. Isso em virtude de haver um conjunto significativo de figuras processuais penais muito próximas, com limites incertos e cuja distinção pouco acresce no que diz respeito à sua conexão com o tratamento da prova (ou seja, em respeito às regras intrínsecas que organizam o princípio da melhor prova possível e suas derivações epistemológicas).

Dito de outra maneira, os diversos institutos que podem ser percebidos como componentes de um “sistema de informantes” divergem entre si, especialmente, quanto à forma de sua produção. Assim, o enfrentamento das questões concernentes às formalidades desses “meios de obtenção de prova” está associado ao tema da validade da prova e de eventuais nulidades ou ilicitudes probatórias. Entretanto, além da dimensão da validade, não se pode descurar de como esses “meios de obtenção de prova” (que podem se converter em meios de prova) autorizam debilitações desestruturantes no que se relaciona à sua confiabilidade.

A título de classificação, a primeira figura do informante é a do *whistleblower*. Essa categoria emerge do paradigma da governança corporativa e dos programas de *compliance* que lhe são inerentes, cuida de estabelecer um dever autorregulatório à empresa, justamente na prevenção do uso do sistema econômico e financeiro para lavagem de ativos. De forma muito geral, esse instituto se inclui em um modelo de prevenção à ilicitude corporativa. Essa figura, como destaca Nuno BRANDÃO, corresponde à pessoa que sinaliza uma atividade ilegal ou irregular e que tem o seu lugar em uma instituição pública ou privada, possuindo com ela alguma espécie de vínculo⁷. No caso brasileiro, a Lei 13.964/19 determinou a alteração do art. 4º-A da Lei 13.608/2018, expandindo o *whistleblowing* por meio de ouvidorias e equipes de correição a fim de receber informações sobre a prática de crimes e outras ilegalidades. O léxico de combate à corrupção acabou por identificar o *whistleblower* como um “informante do bem”⁸. De regra geral, o *whistleblower* é um noticiante não envolvido com as práticas criminais, que possui (ou que possuía) contrato de direito privado ou subordinado

análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 41.

⁵ WEINSTEIN, Ian. Regulating the Market for Snitches. *In Buffalo Law Review*. v. 47, 1999. p. 564.

⁶ BLOOM, Robert M. A Historical Overview of Informants. Research Paper n. 64. Boston: Boston College Law School, 2005. p. 01.

⁷ BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020, p. 99.

⁸ KICHILESKI, Gustavo Carvalho. *Sociedade na Luta Contra a Corrupção*: institucionalização do informante do bem (whistleblowing) no Brasil. Dissertação de Mestrado em Direito. Jacarezinho: UENP, 2020.

à legislação administrativa do funcionário público, capaz de identificar alguma atividade ilícita ocorrida em seu ambiente de trabalho. Portanto, o *whistleblower* corresponde a alguém externo à cadeia criminoso, não necessitando, para a sua configuração, de alguma característica especial. O denunciante pode ser qualquer pessoa⁹ e de regra as suas informações são de origem interna à corporação privada ou repartição pública, cujas atividades ilegais constituem o substrato da notícia-crime¹⁰.

As polêmicas a respeito dessa figura são doutrinariamente conhecidas. Quando se afirma sobre o *whistleblower* ser um “colaborador juridicamente desinteressado”, observa-se o alargamento indevido do conceito. Para ARAS¹¹ o *whistleblower* seria um gênero no qual estariam inseridos os informantes policiais. Para OLIVEIRA, por seu turno, a figura do *whistleblower* e do informante¹² se confundiriam, e o informante anônimo seria uma espécie de meio para a obtenção de uma prova penal futura e não a própria prova. Assim, o valor do informante anônimo estaria associado mais à informação que possui e que permite ser corroborada por fonte de prova do que propriamente pela avaliação de seu conteúdo¹³.

O *whistleblower* poderia se transformar em uma testemunha, a depender de como as informações ofertadas por esse agente foram por ele conhecidas. Todavia, se o *whistleblower* desencadeia uma investigação (administrativa e/ou criminal), nem toda testemunha pode ser chamada de *whistleblower*¹⁴. Tanto no caso dos informantes quanto no dos *whistleblowers*, admite-se o anonimato e a confidencialidade, considerando-se que, no anonimato, nenhuma das partes conhece a identidade da fonte. Já a respeito da confidencialidade, uma ou mais partes processuais sabem a identidade do informante, podendo ser ou não de conhecimento da defesa¹⁵. Os *whistleblowers* são empregados ou ex-empregados que reportaram ilícitos praticados por pessoas que teriam podido agir, diversamente, a fim de evitar a prática de crimes ou demais ilicitudes¹⁶.

Não obstante a existência de posicionamentos como os acima referidos, os informantes não se confundem com a figura do *whistleblower*, que possui vínculos prévios de direito público ou privado, alheios à cadeia do crime. Trata-se de figura autônoma e que não se pode confundir com a do informante confidencial.

Igualmente, não se pode confundir o *whistleblower* com o “colaborador”. Como uma das características do *whistleblower* é a externalidade à cadeia de práticas de atos criminosos, sendo um terceiro em relação ao crime, não se pode incluir nessa categoria o informante colaborador, vulgarmente conhecido no Brasil como “delator”. O delator, colaborador ou informante colaborador, necessariamente, é alguém que leva ao conhecimento das instâncias públicas a prática de crimes em que figura como coautor, ou ainda, contribui para o incremento da investigação em andamento, com a finalidade de obtenção de leniência. “Testemunha colaboradora” é o termo usado pelo FBI para descrever esta espécie de informantes¹⁷.

Os informantes, de uma maneira geral, também não se confundem com dois outros institutos: o “informante judiciário” e o agente infiltrado. O primeiro, corresponde à testemunha não compromissada, termi-

⁹ MACEDO, Cássio Rocha de. *Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores*. Dissertação de Mestrado em, Ciências Criminais. Porto Alegre: PUCRS, 2018. p.55.

¹⁰ Em sentido similar CASTILHO, Diego Gomes. Whistleblowing: principais características e vantagens: o que o Brasil está efetivamente perdendo? In BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Corrupção Como Fenômeno Supralegal*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 79.

¹¹ ARAS, Wladimir. Whistleblowers, Informantes e Delatores Anônimos. In ZANELATO, Viviana Damiani. *A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. P. 363.

¹² OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Constitucionalidade do Informante no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Uniceub, 2020. p. 10.

¹³ OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Constitucionalidade do Informante no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Uniceub, 2020. p. 19.

¹⁴ RAFIH, Rhasmye El. *Whistleblowing, Delinquência Econômica e Corrupção: desafios para a consolidação de uma política geral de reportantes no Brasil*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 118.

¹⁵ OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Constitucionalidade do Informante no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Uniceub, 2020. p. 19.

¹⁶ BERGEMANN, Patrick. *Judge thy Neighbor: denunciations in the spanish inquisition, romanov Russia, and nazy Germany*. New York: Columbia University Press, 2019. p. 186.

¹⁷ MADINGER, John. *Confidential Informant: law enforcement's most valuable tool*. Boca Raton: CRC Press, 2000. p. 38.

nologia recorrente na prática forense. Um informante poderá ser eventualmente convertido em testemunha, conforme mais adiante se verá. Todavia, o informante é alguém que alimenta a polícia, de forma periódica ou intermitente, com informações ligadas a práticas criminosas, em troca de algum benefício como o pagamento de recompensa ou, ainda, obtenção de vantagens em acordos (sobretudo informais) com agentes policiais. O seu depoimento em juízo dependerá do tipo de informação revelada, que, para ser utilizada, dependerá de passagem pelo filtro do contraditório e do direito ao confronto. Logo, a sua prática é muito mais ampla do que simplesmente o testemunho em juízo e os problemas processuais daí decorrentes. Pode-se dizer que o informante é uma pessoa interessada na prestação de informações (mediante recompensas em dinheiro ou leniência penal), de regra sendo sujeito ativo de crimes, como indica a prática norte-americana que inspirou a sua tentativa de regularização no Brasil.

Outro ponto de convergência e dificuldade relativa à identificação dos limites da categoria dos informantes ocorre em sua relação com o segundo instituto supramencionado, do agente infiltrado. O agente infiltrado é um agente das forças policiais ou de inteligência, que, mediante autorização judicial, consegue inserir-se em organização criminosa, tornando-se um de seus membros. A sua participação na organização criminosa tem a finalidade de colher informações sobre a estrutura, modo de operação, integrantes, além de eventualmente obter provas para uso em futura ação penal. O agente infiltrado compartilhará alguns problemas processuais com o informante, como será abordado mais adiante.

Evidentemente, o informante, em sentido estrito, não se confunde com o agente infiltrado, especialmente pelo fato de que, enquanto o agente infiltrado depende de autorização judicial para agir, o informante mantém relações informais e não sujeitas ao controle judicial. Aliás, esta é uma de suas características preponderantes. Além disso, o agente infiltrado é um agente das forças públicas de segurança, enquanto o informante pode ser qualquer pessoa.

Quanto às interfaces entre os informantes e o réu colaborador, a doutrina americana trata dessa categoria como “informantes colaboradores”, caracterizando uma relação de gênero (informantes) e espécie (informante colaborador). Para RICHMAN, os informantes seriam pessoas que forneceriam elementos de informação e, muitas vezes, assistência operacional à polícia, enquanto o colaborador ou réus colaboradores seriam frequentemente chamados a testemunhar¹⁸. Todavia, como se pode perceber, esta é uma distinção fraca, uma vez que adota como critério exclusivamente a frequência da convocação ao testemunho como critério distintivo para a diferenciação entre informantes e réus colaboradores. Para ROTH, o informante pode ser descrito como uma pessoa não perita que é incentivada a fornecer informação e, se necessário, testemunho a policiais ou promotores¹⁹. Logo, o único critério que tornaria possível uma distinção entre informante e informante colaborador residiria no chamado a juízo e na necessidade de o colaborador ter praticado algum crime, enquanto, para o informante, ser sujeito ativo de um crime constitui uma circunstância meramente contingencial.

Apesar dessas distinções que são úteis desde uma análise interna ao direito processual penal, todas essas categorias encontram-se conectadas em um “sistema de informantes”, podendo-se identificar características próprias em um sistema processual permeado por institutos que remetem à funcionalidade dos informantes para a justiça criminal.

Em primeiro lugar, um sistema de informantes se sustenta com a redução da publicidade do processo penal e do acesso a materiais importantes de investigação. A redução da publicidade se apresenta por meio de acordos informais e extralegais, realizados entre policiais e informantes, sem qualquer espécie de controle judicial. Portanto, a tolerância de policiais para o cometimento de crimes por informantes, as pressões e

¹⁸ RICHMAN, Daniel C. Informants & Cooperators. Disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3028&context=faculty_scholarship. Acesso em 11.02.2022. p. 02.

¹⁹ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 747.

ilegalidades cometidas por policiais contra os próprios informantes não possuem garantia de cumprimento, execução ou mesmo a determinação de um período em que as suas atividades cessarão representa um modelo paralegalista de interações. Quanto a esse aspecto RICH, sugere, inclusive, a aplicação da 13ª emenda ao informante, já que a polícia manteria o informante em um estado de sujeição similar ao do escravo²⁰: trabalho não remunerado, coerção, ausência de informações.²¹ Além disso, suscita-se a questão de filosofia moral se o exercício de atividades de informante não seria ela própria uma espécie de castigo ou punição. De fato, seria como uma “pena alternativa”, todavia sem limite de duração, sem controle judicial, sem parâmetros de legalidade²².

Em segundo lugar, o sistema de informantes é uma engrenagem indispensável de um modelo processual articulado em torno do *plea bargaining* e da administrativização de sanções criminais. A respeito desse, o modelo “negocial” e o sistema de informantes operam em um regime retroalimentar, já que um instituto reforça o outro. Para NATAPOFF, o uso de informantes no processo penal norte-americano é, inclusive, paradigmático, uma vez que reúne três características relevantes: o sigilo, a discricionariedade e a ampla dominância do *plea bargaining*. Os acordos realizados por informantes são majoritariamente secretos, montados apenas com base na discricionariedade da polícia e dos promotores, nos quais a resolução da responsabilidade criminal ocorre por meio de negociação largamente despida de regras, juízos ou prestação de contas públicas. O aumento do uso dos informantes transformou certos aspectos do processo adversarial, incluindo o papel do advogado de defesa, as regras de *disclosure*, *plea bargaining* e julgamento²³. Uma diferença importante entre o uso de informantes e o sistema de *plea bargaining* reside no fato de que o *plea bargaining*, apesar de envolver uma negociação sobre fatos penais e a admissão de culpa e que ocorre reservadamente, o seu conteúdo pode ser alvo de escrutínio público após a homologação do acordo. O uso de informantes é clandestino, uma versão “mercado negro” do processo de *plea bargaining*. A responsabilidade criminal, nesse sentido, passa a ser resolvida informalmente (*off the record*), sem regras e nos limites da discricionariedade dos agentes públicos²⁴. Esse acordo com os informantes é sempre parcial e precário, já que o Estado provisoriamente concorda em reduzir ou abolir a responsabilidade criminal do informante enquanto o informante renuncia ao seu direito de se defender prometendo fornecer informações de terceiros²⁵. Todavia, como não há contornos legais e formais, a polícia pode explorar as atividades do informante até liberá-los dessas ações.

Em terceiro lugar, por não envolver nenhuma espécie de controle judicial, a forma de recrutamento dos informantes também está ancorada em ilegalidades, favorecendo o desfecho de violações a direitos fundamentais das classes mais vulneráveis que são frequentemente objeto dessas interações com a polícia, realidade passível de exemplificação por meio do emblemático movimento “*Stop Snitching*”, ocorrido na cidade de Baltimore em 2004, com repercussão nacional e participação de celebridades.²⁶ Pode-se dizer que o controle judicial *ex ante* sobre o uso do informante é inexistente²⁷. Tampouco há controle judicial *ex post*, sobre as

²⁰ RICH, Michael L.; coerced Informants and Thirteenth Amendment Limitations on the Police-Informant Relationship. In *Santa Clara Law Review*. v. 50, 2010. p. 681-745.

²¹ Este o objeto central de tutela da respectiva Emenda constitucional. In *verbis*: “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos. *Décima Terceira Emenda*. Disponível em: <<https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-13/>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

²² SIMONS, Michael A. Retribution for Rats: cooperation, punishment and atonement. In *Vanderbilt Law Review*. v. 56, 2003. p. 33 *et seq.*

²³ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 06.

²⁴ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 16.

²⁵ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 31.

²⁶ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of American justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 121-138.

²⁷ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 757.

informações fornecidas pelo informante²⁸. Não há formas procedimentais para saber como o policial recrutou o informante e como o agente deixou de conduzir essa pessoa segundo os trâmites formais do processo penal²⁹. Assim, praticamente inexistente a documentação dos acordos, dos benefícios recebidos e das provas efetivamente auferidas pelo uso de informantes³⁰. Manuais dedicados às técnicas e estratégias a serem operacionalizadas pela polícia em relação aos informantes oferece excelentes pistas para se perceber o nível de ilegalidade institucionalizada no sistema processual penal norte-americano e que, segundo o discurso que se instituiu após a Operação Lava-Jato, auxiliaria o combate à corrupção em solo brasileiro, à medida que inúmeros atores jurídicos ligados ao megaprocessos passaram à defesa da importação e legitimação do instituto.

Segundo Dennis FITZGERALD, “oferecer a um indivíduo preso a oportunidade de cooperar e mitigar a sua situação é a técnica mais frequentemente usada para recrutar um informante”³¹. Outra forma de recrutamento de informantes, segundo Stephen MALLORY é o uso da técnica do “blefe informado”³². Para se ter notícia do nível de violação a direitos fundamentais (especialmente pelo fato de que o direito efetivo a um defensor se inicia no direito norte-americano apenas após uma prisão ou indiciamento), Dennis FITZGERALD destaca: “de grande importância para o policial, contudo, é que o indivíduo provavelmente ainda não esteja sendo representado por um advogado. Este é o momento em que réus informantes são recrutados”³³. Para MADINGER, o medo da prisão seria o melhor incentivo para a cooperação e o melhor meio para controlar alguém que decidiu cooperar. Nas palavras do autor, “alguém com um martelo sobre a cabeça trabalha barato, também”³⁴. Considerando que, no sistema estadunidense, o direito a um defensor se inicia, apenas, após um indiciamento formal ou uma prisão, a partir dos *Miranda warnings*, não há constrangimento em reconhecer-se que o melhor momento de recrutamento de um IC em liberdade é, justamente, antes disso, quando o indivíduo, ainda, não está representado por um advogado, e está “nervoso, confuso, assustado, zangado, ou experimentando uma combinação dessas emoções.”³⁵

De acordo com MADINGER, “informantes são pessoas com acesso à informação sobre crime. Eles se tornam informantes quando estão de alguma forma motivados a trazer tais informações à polícia. Estes fatores, mais o controle do informante pela polícia e as suas informações pelo investigador é o que torna os informantes essenciais para uma aplicação eficiente da lei, apesar de seu custo considerável”³⁶. Dessa maneira, o modelo de uso de informantes poderia ser descrito como Informantes = motivação + Acesso + Controle. Poderiam ser descritas, neste sentido, como aponta MOSTELLER, como “testemunhas incentivadas”³⁷.

Além dessas características, em quarto lugar, um sistema de informantes favorece condenações injustas. Preliminarmente, como aponta BERGEMANN, estima-se que réus oferecem informação criminalizante a fim de obter benefícios em 68% de todos os casos³⁸. Estudos de condenações injustas em casos de homicí-

²⁸ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *In American Criminological Law Review*. v. 53, 2016. p.759.

²⁹ MISNER, Robert L; CLOUGH, John H. Arrestees as Informants: a thirteenth amendment analysis. *In Stanford Law Review*. v. 29, 1977. p. 715.

³⁰ ZIMMERMAN, Clifford S. Toward a New Vision of Informants: a history of abuses and suggestions for reform. *In Hastings Constitutional Law Quarterly*. n. 1. v.22, 1995.

³¹ FITZGERALD, Dennis G. *Informants and Undercover Investigations: a practical guide in Law, Policy, and Procedure*. Boca Raton: CRC Press, 2007. p. 45.

³² MALLORY, Stephen. *Informants and Undercover Investigations: development and management*. Incline Village: Copperhouse Publishing, 2000. p. 18-19.

³³ FITZGERALD, Dennis G. *Informants and Undercover Investigations: a practical guide in Law, Policy, and Procedure*. Boca Raton: CRC Press, 2007. p. 57.

³⁴ MADINGER, John. Confidential Informant: law enforcement’s most valuable tool. Boca Raton: CRC Press, 2000. p. 62.

³⁵ FITZGERALD, Dennis. *Informants, cooperating witnesses, and undercover investigations: a practical guide to law, policy, and procedure*. 2nd ed. Florida: CRC Press, 2015. p. 75-76.

³⁶ MADINGER, John. Confidential Informant: law enforcement’s most valuable tool. Boca Raton: CRC Press, 2000. p. 18.

³⁷ MOSTELLER, Robert P. The Special threat of Informants to the Innocent Who Are Not Innocents: producing “first drafts”, recording incentives, and taking a fresh look at the evidence. *In Ohio State Journal of Criminal Law*. v. 06, 2009. p. 522.

³⁸ BERGEMANN, Patrick. *Judge thy Neighbor: denunciations in the spanish inquisition, romanov Russia, and nazy Germany*. New York: Columbia University Press, 2019. p. 183.

dio encontraram mais de 56% de acusações falsas por colaboradores buscando acordos³⁹. De acordo com um estudo conduzido pelo Centro de Condenações Injustas da *Northwestern University Law School*, 45.9% de condenações equivocadas em casos de pena de morte se basearam no uso de depoimentos falsos de informantes. Atualmente, o uso de informantes se tornou a maior causa de condenações injustas à pena de morte nos Estados Unidos⁴⁰. Este estudo, publicado em 2004, apontou a frequência assombrosa com que réus inocentes são sentenciados não apenas à pena de prisão, mas à sanção capital. O estudo descreve os casos de trinta e oito homens num total de cinquenta e um casos identificados, que foram condenados por crimes que eles não cometeram parcial ou totalmente, amparados no depoimento de testemunhas com razões para mentir, muitos deles ex-presos ou informantes penitenciários que receberam concessões do Ministério Público em troca de seu testemunho⁴¹. Em uma reportagem investigativa, o *Chicago Tribune* encontrou dados importantes ao apontar que informantes estavam envolvidos em 38 de 97 casos de pena de morte nos quais os acusados foram exonerados, o que corresponde a um percentual de 39.2%⁴². Brandon GARRET, em estudo conduzido sobre um conjunto de exonerados (réus que foram condenados e posteriormente tiveram a decretação de sua absolvição) constatou que 21% foram condenados com base em provas oriundas de depoimentos de informantes⁴³. Das 52 pessoas que se encontravam nessa situação, 23 tiveram o depoimento de um corrêu como prova suficiente para a sua condenação⁴⁴. O Projeto Inocência relata que em mais de 15% de todas as condenações injustas posteriormente revertidas pelo exame de DNA, ao menos um informante policial ou penitenciário depôs contra o acusado⁴⁵. Mas não é só.

Em estudo conduzido na cidade de San Diego, residências de afrodescendentes e hispânicos foram o alvo de cerca de 80% de mandados de busca baseados, apenas, em informações prestadas por informantes⁴⁶ e que conduziram a ações policiais despidas de causa provável. O problema não é, apenas, a celeridade e os atalhos promovidos pelo uso de informantes. A questão, também, se relaciona com a exagerada confiabilidade dada pelos promotores a depoimentos extraídos de informantes. No estudo conduzido por YAROSHEFSKY, a maior parte dos promotores que responderam à pesquisa da autora afirmaram saber que colaboradores tendem a minimizar a sua participação nos crimes, mas que raramente implicariam terceiros inocentes⁴⁷. Ou seja, verifica-se, cristalinamente, um excesso de credibilidade confiada à palavra do informante (estimulado a produzir informações). As palavras de informantes conduzem, como acima referido, a um nível inaceitável de erros judiciais. O grande problema é que, se, de um lado, o informante raramente depõe em juízo, já que os informantes estão inseridos em um sistema de *plea bargaining*, pode-se dizer que, em cerca de 95% (porcentagem média dos casos resolvidos mediante acordo) dos casos, os informantes estarão desonerados de comparecer em juízo e as informações coletadas, as estratégias e técnicas empregadas pela polícia contra os informantes jamais serão testadas ou confrontadas⁴⁸. Todavia, para os demais

³⁹ BERGEMANN, Patrick. *Judge thy Neighbor: denunciations in the spanish inquisition, romanov Russia, and nazy Germany*. New York: Columbia University Press, 2019. p. 185.

⁴⁰ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 07. Exatamente no mesmo sentido DODDS, Emily Jane. I'll Make a Deal: how repeat informants are corrupting the criminal justice system and what to do about it. *In William and Mary Law Review*. v. 50, 2008-2009. p. 1078.

⁴¹ DODDS, Emily Jane. I'll Make a Deal: how repeat informants are corrupting the criminal justice system and what to do about it. *In William and Mary Law Review*. v. 50, 2008-2009. p. 1076.

⁴² MOSTELLER, Robert P. The Special threat of Informants to the Innocent Who Are Not Innocents: producing "first drafts", recording incentives, and taking a fressh look at the evidence. *In Ohio State Journal of Criminal Law*. v. 06, 2009. p. 550.

⁴³ GARRET, Brandon. *Convicting the Innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 124.

⁴⁴ GARRET, Brandon. *Convicting the Innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 139.

⁴⁵ DODDS, Emily Jane. I'll Make a Deal: how repeat informants are corrupting the criminal justice system and what to do about it. *In William and Mary Law Review*. v. 50, 2008-2009. p. 1075.

⁴⁶ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 05.

⁴⁷ YAROSHEFSKY, Ellen. Cooperation With Federal Prosecutors: experiences of truth telling and embellishment. *In Fordham Law Review*. v. 68, 1999-2000. p. 932.

⁴⁸ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York

casos, o tribunal do júri tampouco oferece melhores garantias contra os casos de condenações injustas. Pode-se afirmar que o sistema do júri, com todas as suas garantias, não previne os jurados de condenar pessoas inocentes com base no depoimento de um informante. Em um estudo conduzido para verificar a atuação dos julgadores⁴⁹, os jurados foram divididos em dois grupos. Para o primeiro grupo, advertiu-se que a testemunha tinha sido beneficiada com um acordo em troca de seu depoimento. No segundo grupo, omitiu-se essa informação. O primeiro grupo condenou o acusado na mesma proporção do segundo. Ou seja, mesmo conhecendo os incentivos para um informante mentir, isso não retirou a crença na veracidade de seu depoimento⁵⁰, o que indica que, assim como os promotores, os jurados não são hábeis em detectar possível deficiência no depoimento dos informantes, dando-lhes credibilidade, apesar da existência de estímulos inequívocos ao informante ocultar ou dissimular fatos, pessoas ou informações.

A não confiabilidade de elementos de informação produzidos por meio do uso de informantes é tamanha que o pesquisador Brandon GARRET identificou dezessete corrêus que confessaram, falsamente, um crime, a fim de que os agentes públicos lhe dessem credibilidade em seu depoimento (e assim pudessem gozar dos benefícios oferecidos pelo Ministério Público), e que, posteriormente, foram exonerados por meio de provas de DNA⁵¹. Como aponta NATAPOFF, “quanto mais a polícia e os promotores confiam nas informações de alvos selecionados, mais a integridade do sistema é comprometida”⁵². O risco na produção de elementos de informação é tamanho que se deveria introduzir uma espécie de presunção de que as palavras do informante são ditas em seu próprio benefício, retirando-se qualquer qualidade probatória que pudesse ser-lhe atribuída.

Em quinto lugar, o sistema de informantes produz distorções no campo das dinâmicas inerentes ao direito processual penal. A tendência de expansão de seu uso, uma vez admitido, pode ser perfeitamente corroborada por dados extraídos do modelo norte-americano de persecução penal. Em apenas um ano, o FBI usou cerca de 2600 informantes⁵³. Muito embora raramente se dê a devida atenção, o uso de informantes, no processo criminal norte-americano, ocorre diariamente⁵⁴, estando vinculado geralmente em torno da criminalidade organizada e do tráfico de drogas⁵⁵, justificativas que são usadas por atores jurídicos e políticos para a importação do instituto no Brasil. Além do efeito expansivo, a propensão, com o uso de informantes é, também, a de produzir “atalhos processuais”, como bem identificado por ROSS⁵⁶. O uso de informantes exacerba algumas das piores características do sistema de justiça criminal norte-americano. A prática é clandestina e, portanto, não regulada, conduzindo a juízos sem acurácia, à prática de novos crimes ligados ao uso destes informantes, bem como incentiva práticas de corrupção. O Relatório do Departamento de Justiça dos Estados Unidos de 2005 indicou que 10% das fichas criminais dos informantes usados pelo FBI continham provas de que o informante estava praticando crimes sem autorização e que o governo sabia dessa prática⁵⁷,

University Press, 2009. p. 77.

⁴⁹ NEUSCHATZ, Jeffrey S; LAWSON, Deah S; SWANNER, Jessica K; MEISSNER, Christian A; NEUSCHATZ, Joseph S. The Effects of Accomplice Witnesses and Jailhouse Informants on Jury Decision Maker. *In Law and Human Behaviour*. v. 32, 2008. p. 137-149.

⁵⁰ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 78.

⁵¹ GARRET, Brandon. *Convicting the Innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 140.

⁵² NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 36.

⁵³ KATZ, David. The Paradoxical role of Informers Within the Criminal Justice System: a unique perspective. *In University of Dayton Law Review*. v. 7, 1981. p. 55.

⁵⁴ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 01.

⁵⁵ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 25.

⁵⁶ ROSS, Jacqueline E. Valuing Inside Knowledge: police infiltration as a problem for the law of evidence. *In Chicago-Kent Law Review*. v. 79, 2004. p. 1118.

⁵⁷ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York

tolerando as atividades ilegais em troca da prestação de informações. O instituto, como já referido, também atinge e causa danos a indivíduos vulneráveis como minorias raciais, usuários de substâncias entorpecentes e réus pobres que não possuem uma representação jurídica adequada⁵⁸.

Além disso, verbas públicas são destinadas ao uso de informantes quando não podem ser estimulados pela ameaça de prisão. O “*superinformante*” do DEA Andrew CHAMBERS recebeu cerca de U\$ 4 milhões ao longo do seu trabalho para várias agências federais, apesar de sua longa lista de crimes praticados⁵⁹. Assim, além da leniência, os informantes podem receber outros tipos de benefícios como dinheiro. Em apenas um ano, a administração federal norte-americana gastou aproximadamente U\$ 100 milhões para os seus informantes confidenciais. Há, também, permissivo legal encontrado em leis que regulam o confisco de bens, autorizando o pagamento de informantes mediante o redirecionamento de uma porcentagem do valor dos ativos apreendidos com base naquela informação⁶⁰.

William STUNTZ aponta para outra distorção provocada pelo modelo de informantes: réus que possuem a melhor informação ganham o maior desconto. A troca de concessões por informação significa dar os maiores descontos aos piores atores⁶¹, o que comprometeria os princípios de proporcionalidade das sanções, bem como um modelo de justiça criminal minimamente igualitário. Pode-se dizer que o uso de informantes, também, torna as atividades de persecução penal mais baratas e fáceis, evitando a necessidade de mandados de busca, escutas telefônicas e outras atividades investigativas que demandam tempo e requerem autorização judicial⁶². Ademais, uma vez que o Estado recompensa, apenas, informantes que fornecem informações para a acusação, todos os demais que possuam conhecimentos de interesse da defesa são desestimulados a trazer tais informações à tona⁶³. Ou seja: enquanto o informante da acusação é estimulado mediante prêmios ou ameaças, não há nenhuma espécie de estímulo para que as informações interessantes à defesa pudessem advir por meio de um informante, provocando, ainda, maiores disparidades entre os sujeitos processuais na fase de investigação preliminar.

Em sexto lugar, a larga utilização de depoimentos de informantes penitenciários, como testemunhas contra acusados traz como reflexo — e, de certa maneira, —, justifica o acentuado número de condenações injustas em que esse tipo de prova é utilizado. Os informantes penitenciários podem ser avaliados como a maior ameaça ao sistema de justiça criminal norte-americano⁶⁴. Informantes que estão na prisão e que testemunham contra companheiros de cela são considerados, de longa data, fontes não confiáveis, dada a possibilidade de mentir em favor de um acordo⁶⁵. Isto é assim especialmente pelo fato de que no grupo dos “informantes penitenciários” devem ser incluídas aquelas pessoas presas cautelarmente⁶⁶. Assim, não é difícil encontrar argumentos e defesas da abolição integral desse meio de prova, justamente por ser o mais problemático, altamente inconfiável⁶⁷. Apesar de alguns Estados norte-americanos passarem a exigir

University Press, 2009. p. 32.

⁵⁸ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 03.

⁵⁹ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 27-28.

⁶⁰ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 27.

⁶¹ STUNTZ, William J. plea Bargaining and Criminal Law's Disappearing Shadow. *In Harvard Law Review*. v. 117, 2004. p. 2564-2565.

⁶² NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 31.

⁶³ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 186.

⁶⁴ RAEDER, Myrna S. See No Evil: wrongful convictions and the prosecutorial ethics of offering testimony by jailhouse informants and dishonest experts. *In Fordham Law Review*. v. 76, 2007. p. 1419.

⁶⁵ GARRET, Brandon. *Convicting the Innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 124.

⁶⁶ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *In American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 748.

⁶⁷ COVEY, Russell D. Abolishing Jailhouse Snitch Testimony. *In Wake Forest Law Review*. v. 49, 2014. p. 101-157.

a corroboração das declarações do informante (regras inexistentes na justiça federal norte-americana), essa corroboração é um limitador deficiente e que pode ser facilmente ultrapassado por elementos “anêmicos”⁶⁸ como declarações de outro informante, perícias de suspeita científicidade, testemunhas oculares que fornecem depoimentos imprecisos etc.⁶⁹.

Em sétimo lugar, o uso de informantes produz mais um efeito desestabilizador com relação às posições dos sujeitos processuais. Trata-se da impossibilidade de acesso da defesa ao conteúdo das declarações do informante devido às regras processuais de *disclosure* que permitem que o promotor as mantenha em sua posse até o início do julgamento (isto quando e se houver julgamento⁷⁰), podendo manter sigilo sobre a existência de um informante sempre que o caso se resolver por meio de um acordo, o que ocorre na imensa maioria das vezes. Após a decisão *Brady v. Maryland*, a Suprema Corte Americana determinou que todos os elementos de prova (inclusive exculpatórios) fossem disponibilizados à defesa em caso de julgamento. O grande problema centra-se no fato de que inexistindo julgamento, não se aplica esse dever. Posteriormente, em *Giglio v. United States*⁷¹, a Suprema Corte determinou a revelação (*disclosure*) de alguma promessa, recompensa ou induzimento a testemunhas sob a cláusula do devido processo legal. Assim, quando a confiabilidade de uma testemunha for determinante para a inocência do acusado, o dever de *disclosure* obedece à regra estabelecida em *Brady*⁷². A decisão da Suprema Corte em *Giglio*, portanto, estendeu os deveres de *disclosure* de *Brady* à existência de algum acordo com testemunhas ou informantes. Todavia, esses casos não implicam o conhecimento da história do informante bem como a sua identidade, que poderia ser utilizada pela defesa como tese exculpatória baseada no impedimento da testemunha⁷³.

Por fim, como no próximo tópico será examinado, o uso de informantes pode produzir deformações sensíveis no que se relaciona ao direito ao confronto. De toda sorte, apesar de tantas vicissitudes, o uso dos informantes é tido como indispensável, já que eles seriam parte essencial do sistema de justiça criminal⁷⁴. Nas palavras do tribunal federal do 9º circuito no caso *United States v. Bernal-Obeso*, de 1993, “nosso sistema de justiça criminal não poderia funcionar adequadamente sem a informação fornecida pelos informantes... sem os informantes, as autoridades públicas não teriam condições de penetrar e destruir os sindicatos do crime organizado, carteis de tráfico de drogas, fraudes bancárias, fraudes telefônicas, corrupção pública, bandos terroristas, lavagem de dinheiro, casos de espionagem etc.”⁷⁵. Como é possível identificar, assim como o próprio sistema de *plea bargaining*, o correlato modelo de uso de informantes também está assegurado desde a premissa de sua indispensabilidade. Ainda que prova empírica alguma esteja associada às declarações.

3 O Direito ao Confronto e o Sistema de Informantes Como Meio de Prova

Pode-se dizer, juntamente com NATAPOFF, que a prática policial e forense norte-americanas precipitam o surgimento de uma espécie de “direito dos informantes”. Esse campo poderia ser descrito como o conjunto de leis e doutrinas que definem os parâmetros legais da relação entre informantes e o Estado. Tal “direito”, dada a sua própria natureza, estaria fortemente amparado na discricionariedade oficial e na

⁶⁸ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 760-761.

⁶⁹ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 761.

⁷⁰ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 759.

⁷¹ *Giglio v. United States* 405 U.S. 150 (1972).

⁷² *Giglio v. United States* 405 U.S. 150 (1972). p. 154.

⁷³ DODDS, Emily Jane. I’ll Make a Deal: how repeat informants are corrupting the criminal justice system and what to do about it. In *William and Mary Law Review*. v. 50, 2008-2009. p. 1065.

⁷⁴ MADINGER, John. *Confidential Informant: law enforcement’s most valuable tool*. Boca Raton: CRC Press, 2000. p. 23.

⁷⁵ *United States v. Bernal-Obeso*, 989, 335, 1993 (9º Circuito).

flexibilidade relativa à inaplicabilidade de muitas das limitações estabelecidas pelo direito processual penal, inclusive em relação à tolerância a comportamentos criminosos e o segredo⁷⁶. Parte desse segmento jurídico trata da autoridade concedida a policiais e ao Ministério Público para recompensar informantes, persuadir criminosos a se tornar colaboradores e excluir a sua responsabilidade criminal quando cooperam e as informações prestadas são exitosas.

A segunda dimensão presente e que pode ser identificada nessa subárea jurídica estabelece a maneira como os informantes podem ser utilizados como ferramentas investigativas contra terceiros. Um terceiro espectro desse “direito” estabelece as proteções processuais e a informação que os réus podem receber quando confrontados com provas obtidas através do uso de informantes. Por fim, uma quarta expressão desse direito consiste em um conjunto estreito de regras que aponta limites, dizendo ao Estado o que pode e o que não pode fazer com relação aos informantes ou com os informantes⁷⁷.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que na experiência norte-americana e, posteriormente, difundida pelo globo (e que serve como inspiração para o projeto de lei Dez Medidas Contra a Corrupção), ao informante será concedida uma garantia, a de sigilo ou confidencialidade sobre a sua identidade. Destaca BEWERS que essa garantia do informante — assim como outras imunidades ou regras probatórias ou de competência — frequentemente opera no sentido de ser negado ao réu o conhecimento e a possibilidade de uso de uma prova exculpatória. Atuando dessa maneira, a garantia da confidencialidade pode violar o devido processo⁷⁸. A Suprema Corte norte-americana reconhece, de há muito, que a cláusula do *due process* protege os acusados contra condenações baseadas em depoimentos que o promotor sabia ou deveria saber serem falsos⁷⁹. Mas o fundamento mais concreto para a proteção do acusado contra informações que não são submetidas ao controle judicial é o direito ao confronto. O entendimento mais frequente é que a garantia do informante deve ceder ao direito constitucional do acusado em inquirir a testemunha quando haja probabilidade de que as declarações possam afetar o caso⁸⁰.

O direito ao confronto, no cenário jurídico norte-americano, se encontra previsto na Sexta Emenda à Constituição. Além do direito ao confronto, constata-se o direito de o acusado compelir testemunhas para deporem em juízo. Além da Sexta Emenda, as Quarta e Quinta Emendas que cuidam do devido processo, também, poderiam se afigurar como baluartes contra a garantia de confidencialidade do informante, sustentando o direito do acusado ao conhecimento da identidade do meio de prova⁸¹.

Preliminarmente, o direito ao confronto é exclusivo do acusado⁸². Como destaca BEWERS, tal direito é composto de cinco garantias específicas do acusado: a) de não ser julgado à revelia; b) de que o Estado deve produzir, diretamente, os testemunhos que serão usados contra ele; c) que o Estado deve prover tais testemunhas para que seus depoimentos sejam analisados perante o júri; d) direito do acusado de contestar e testar os depoimentos perante o júri; e) e que o Estado não possui o direito de introduzir testemunhos produzidos fora do processo a não ser que seja provado que é a única e melhor prova possível⁸³. A cláusula compulsória, que obriga o Estado a prover meios para buscar as testemunhas indicadas pelo acusado deri-

⁷⁶ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 45.

⁷⁷ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 45.

⁷⁸ BEWERS, Michael D. Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity. *In Louisiana Law Review*. v. 40. n. 1, 1979. p. 158.

⁷⁹ POULIN, Anne Bowen. Convictions Based on Lies: defining due process protection. *In Pennsylvania State Law Review*. v. 16, 2011. p. 334.

⁸⁰ WHITE, Welsh S. Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence. *In The Journal of Law and Criminology*. v. 80, 1989. p. 397.

⁸¹ BEWERS, Michael D. Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity. *In Louisiana Law Review*. v. 40. n. 1, 1979. p. 149.

⁸² FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 32.

⁸³ BEWERS, Michael D. Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity. *In Louisiana Law Review*. v. 40. n. 1, 1979. p. 149-150.

va da cláusula do devido processo (direito de obter compulsoriamente as testemunhas em seu favor)⁸⁴. O direito ao confronto, por seu turno, envolve o direito de confrontar as testemunhas cujo depoimento desfavorece o acusado⁸⁵, levando-se a efeito uma das duas previsões contidas na Sexta Emenda que tem relação com a produção de prova testemunhal. Parte da racionalidade do direito em questão repousa no fato de que o depoimento contra um acusado será mais confiável se ele for realizado no tribunal na presença do réu, possibilitando o exercício do exame cruzado face a face⁸⁶. O direito à obtenção compulsória das testemunhas seria, na visão de FRIEDMAN, uma espécie de “irmão gêmeo” do direito ao confronto⁸⁷. A respeito da obtenção compulsória da testemunha, a tomada de depoimento de um informante, além de alimentar o direito ao confronto (ao permitir a inquirição em juízo), corresponde a uma dimensão que torna efetivo o exercício ao direito de trazer elementos capazes de sustentar a versão do acusado (ampla defesa).

MALAN apontará para o conteúdo multifacetado do direito ao confronto, que englobaria o direito à produção da prova testemunhal em juízo; o de presenciar a produção da prova em juízo; o de que a produção da prova testemunhal deve se dar diante do julgador de mérito; a necessidade de tomada de compromisso das testemunhas; o de conhecimento da identidade das fontes de prova e a possibilidade da inquirição das fontes de prova contemporaneamente à sua produção⁸⁸. De uma maneira geral, a doutrina se inclina para reconhecer que o direito ao confronto é uma garantia processual e não uma regra de direito probatório⁸⁹.

A consideração de que o direito ao confronto não corresponde (apenas) a uma regra de direito probatório é relativamente recente no âmbito do direito norte-americano. De fato, ao tratar o direito ao confronto como uma regra probatória, orientada pela tentativa de estabelecer a melhor prova possível (*best evidence principle*) e, portanto, carregada de elementos epistêmicos, esse tratamento equivaleria a enquadrá-lo como uma manifestação das chamadas *bearsay rules*. As regras probatórias orientam-se por uma política intraprocessual (*intrinsic rules*), voltadas para a relevância e confiabilidade dos meios probatórios. Depoimentos de peritos concernentes ao que se denomina de *junk science* quando admitidos, podem conduzir a uma valoração equivocada por parte dos jurados. O fundamento dessas proibições probatórias, como alicerces intrínsecos do processo, seria da mesma ordem que o da introdução de declarações produzidas em outro momento, não submetidas ao juízo⁹⁰. De uma maneira geral, as *bearsay rules* proíbem a utilização, como fonte de prova, de declarações testemunhais antecedentes. A prova testemunhal, por se tratar de prova oral e submetida à imediatidade, deve ser prestada na presença do órgão julgador. Todavia, é possível que a testemunha seja considerada indisponível (como por exemplo ser acometida por grave doença incapacitante ou mesmo a sua morte), caso em que, ultrapassado o “teste de confiabilidade” da declaração, se teria uma exceção à proibição das *bearsay*⁹¹.

Somente no ano de 2004, a Suprema Corte norte-americana procedeu a uma redefinição das regras *bearsay* e do direito ao confronto. Isto se deu no caso Crawford v. Washington⁹². Nesse caso, a Suprema Corte determinou a inadmissibilidade da utilização de um depoimento anterior a não ser que a testemunha esteja indisponível e que o acusado tenha recebido a oportunidade de proceder ao exame cruzado da testemunha⁹³.

⁸⁴ MONTOYA, Jean. A Theory of Compulsory Process Clause Discovery Rights. *In Indiana Law Journal*. v. 70, 1995. p. 846.

⁸⁵ MONTOYA, Jean. A Theory of Compulsory Process Clause Discovery Rights. *In Indiana Law Journal*. v. 70, 1995. p. 847.

⁸⁶ HURLEY, Brain J. Confrontation and the Unavailable Witness: searching for a standard. *In Valparaiso University Law Review*. v. 18, 1983. p. 193.

⁸⁷ WESTEN, Peter K. The Future of Confrontation. *In Michigan Law Review*. v. 77, 1979. p. 1197.

⁸⁸ MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 86.

⁸⁹ FRIEDMAN, Richard D. The Confrontation Right. In BROWN, Darryl K; TURNER, Jenia I; WEISSER, Bettina. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 866.

⁹⁰ HARRIS, George C. Testimony for Sail: the law and ethics os snitches and experts. *In Pepperdine Law Review*. v. 28, 2000. p. 02.

⁹¹ HURLEY, Brain J. Confrontation and the Unavailable Witness: searching for a standard. *In Valparaiso University Law Review*. v. 18, 1983. p. 194.

⁹² JONAKAIT, Randolph N. “Witnesses in the Confrontation Clause: Crawford v. Washington, Noah Webster, and Compulsory Process. *In Temple Law Review*. v. 79, 2006. p. 155.

⁹³ JONAKAIT, Randolph N. “Witnesses in the Confrontation Clause: Crawford v. Washington, Noah Webster, and Compulsory Process. *In Temple Law Review*. v. 79, 2006. p. 156.

No julgado, foi reconhecido que o direito ao confronto não consiste na criação de uma limitação à prova que pode não ser considerada confiável, mas em uma garantia processual substantiva que estabelece as condições sob as quais uma testemunha contra o acusado pode prestar as suas declarações: face a face, sob o exame cruzado e se possível e razoável, em juízo⁹⁴. A Suprema Corte entendeu ter ocorrido violação à Sexta Emenda pela juntada, por parte da acusação, de declarações prestadas pela esposa do acusado (no Estado de Washington há legislação que autoriza um dos cônjuges a não servir como testemunha), cujo teor infirmaria a alegação do réu de legítima defesa. De uma forma muito geral, entendeu-se que o direito ao confronto implica em uma garantia, que não se confunde com uma regra probatória. Além disso, a declaração anterior ao processo depende da oportunidade aberta para o acusado de exercício do contraditório, o que não se verificava no caso sub judice.

Em novo julgado pós-Crawford, a Suprema Corte voltou a questão (Davis v. Washington), tendo por foco a necessidade de se identificar em que consiste uma declaração de natureza testemunhal, concluindo que o direito ao confronto deve operar como uma garantia contra qualquer depoimento de natureza testemunhal, isto é, que trate de fatos passados⁹⁵. Portanto, a extensão do direito foi reconhecida como uma proteção contra quaisquer declarações, mesmo que formalmente não tenha sido prestada por uma testemunha, o que abrange, de fato, declarações realizadas por informantes. Richard FRIEDMAN, antes mesmo da decisão em Crawford, sustentava a aplicabilidade do direito ao confronto para além de uma concepção formalista de testemunha. Para o autor, testemunha, para fins de incidência do direito ao confronto deve ser entendida como a pessoa que presta declarações de natureza testemunhal, o que significa dizer: exercício de função equivalente à prova testemunhal no julgamento⁹⁶. Segundo FRIEDMAN, a natureza de uma prova testemunhal reside na expectativa gerada de que o seu depoimento será posteriormente utilizado em uma persecução criminal⁹⁷. E foi justamente este o caminho traçado pela Suprema Corte norte-americana após Crawford. Em 2006, no caso Davis v. Washington, a Suprema Corte entendeu que declarações em uma chamada ao 911 não equivalem a uma prova testemunhal, por se tratar de uma questão de emergência e pelo fato de ali não se encontrar uma expectativa de que tais declarações fossem utilizadas em um processo criminal. Assim, utilizou-se a inserção, no processo, das gravações da chamada realizada pela vítima. Em 2008, no caso Giles v. California, novamente foram analisadas a extensão e as limitações ao direito ao confronto, tendo sido reconhecida uma exceção a tal direito quando o réu, por meio de atentado ou ameaça à testemunha, tenta impedi-la de depor, o que caracterizaria uma espécie de renúncia tácita ao respectivo direito, exceção denominada pela Suprema Corte como “*forfeiture by wrongdoing*”⁹⁸. No caso específico, o acusado de matar a ex-namorada foi condenado, tendo por base declaração de policial que atendeu a mulher ferida e que posteriormente morreu no hospital, não podendo dar o seu depoimento em juízo. O policial declarou que a vítima indicou que foi agredida pelo acusado e a condenação se baseou na tese de que o acusado, quando matou a vítima, abdicou de seu direito ao confronto. Entretanto, a Suprema Corte reconheceu que a *forfeiture for wrongdoing* somente se aplica a casos em que o agente, deliberadamente, agiu com o objetivo de evitar o depoimento da testemunha, não se aplicando ao caso examinado. Essa mesma espécie de regulação pode ser encontrada no direito processual penal italiano. O art. 500.4 do Código de Processo Penal italiano indica que, quando a testemunha for submetida à violência, ameaça, oferta ou promessa de dinheiro a fim de que não deponha⁹⁹, poderão ser utilizados depoimentos colhidos em fase anterior ou outro procedimento.

⁹⁴ FRIEDMAN, Richard D. The Confrontation Right. In BROWN, Darryl K; TURNER, Jenia I; WEISSER, Bettina. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 871.

⁹⁵ SEIGEL, Michael I; WEISMAN, Daniel. The Admissibility of Co-Conspirator in a Post-Crawford World. *In Florida State Law Review*. n. 3. v. 34, 2007. p. 897.

⁹⁶ FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the Search for basic principles. *In The Georgetown Law Journal*. V. 86, 1998. p. 1011-1043. Esta definição também foi adotada pela Suprema Corte Americana no caso Crawford v. Washington, 451 U. S. 36 (2004).

⁹⁷ FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the Search for basic principles. *In The Georgetown Law Journal*. v. 86, 1998. p. 1039.;

⁹⁸ BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018. p. 177.

⁹⁹ SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O Anonimato no Processo Penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 89.

Um dos pontos de partida fundamentais para se compreender o julgado Crawford reside na insuficiência da regra Brady¹⁰⁰ posteriormente ampliadas em Giglio. A contrarreforma pragmática realizada pelos promotores de justiça, para seguir utilizando informantes e não os trazer para o juízo público foi estabelecer acordos, de regra não formalizados e, quando formalizados, em termos absolutamente vagos, de modo a descaracterizar a promessa de leniência. Dessa maneira, por meio de uma burla de etiquetas, promotores e informantes escapam ao fundamento de Giglio sob a alegação de que não havia nenhuma cláusula efetiva que pudesse reconhecer ao informante mais do que mera expectativa de direito em obter a leniência. A promessa de leniência que funcionou em Giglio como uma possível tese exculpatória defensiva acabou se tornando, assim, mera letra morta na prática forense¹⁰¹.

Um importante caso tratado pela Suprema Corte norte-americana é o caso Roviario v. United States. O acusado, Albert Roviario, foi condenado por transportar ilegalmente substâncias entorpecentes depois que agentes federais testemunharam que observaram o acusado entregar drogas para o informante do Estado. O Estado não arrolou o informante como testemunha e, confiando na “garantia do sigilo do informante”, se recusou a revelar a identidade para a defesa. A Suprema Corte afirmou que, quando a revelação da identidade do informante ou o conteúdo de suas declarações são relevantes e úteis à defesa do acusado ou ainda, quando for essencial para uma justa determinação de uma causa, a garantia do informante deve ceder¹⁰². Nesse caso, a Suprema Corte não estabeleceu, especificamente, um direito constitucionalmente reconhecido de o réu saber a identidade do informante. A maioria das decisões aponta para a necessidade de “ponderar” se o caso atende à necessidade de *disclosure* ou não. No caso Roviario, a Suprema Corte considerou múltiplas defesas possíveis para as quais o informante poderia contribuir¹⁰³ e, portanto, deduziu que a não produção desta prova poderia conduzir a uma insuficiência defensiva. Contudo, como decidiu o tribunal, compete ao acusado o ônus de demonstrar que a testemunha confidencial é relevante para o caso.

Outro caso que amplia as zonas de proteção do direito ao confronto, no cenário norte-americano, é o caso *Bruton v. United States* em que a Suprema Corte reconheceu que a confissão de um corréu que não presta declarações judiciais é inadmissível como prova incriminatória contra outro réu, por violação ao direito ao confronto¹⁰⁴. Essa decisão se alinha com o entendimento da Suprema Corte sobre a natureza da prova testemunhal firmado em Crawford. Se houver uma declaração de corréu concernente a fatos passados, e verificada a expectativa de que tal declaração possa ser utilizada em futuro processo criminal, o seu conteúdo é o de uma declaração testemunhal¹⁰⁵.

Como se pode verificar, há duas dimensões coligadas ao direito ao confronto. A primeira delas, de contornos claramente epistêmicos, repousa sobre a confiabilidade do testemunho anteriormente prestado, compartilhando com as regras probatórias a perspectiva de atuação como normas de política processual intrínseca, dirigidas a fornecer ao órgão julgador os melhores meios de prova disponíveis. Todavia, enquanto as regras relacionadas à *hearsay evidence* estão conectadas a regras intrínsecas de processo e possuem, nesse sentido, uma função epistemológica, seu conteúdo não se esgota nessa função, cabendo identificar, ainda (compartilhando as mesmas preocupações que as regras de exclusão), duas outras naturezas: uma processual e outra social¹⁰⁶. A dimensão processual trata de evitar as possíveis práticas abusivas realizadas por parte do

¹⁰⁰ GIANELLI, Paul C. Brady and Jailhouse Snitches. In *Case Western Reserve Law Review*. v. 57, 2007. p. 612-613.

¹⁰¹ CASSIDY, Michael R. “Soft Words of Hope”: Giglio, accomplice witnesses, and the problem of implied inducements. In *Northwestern University Law Review*. v. 98, n.3, 2004. p. 1132.

¹⁰² Roviario v. United States. 353 US 1993. p. 55-56.

¹⁰³ BEWERS, Michael D. Defendant’s Right to a Confidential Informant’s Identity. In *Louisiana Law Review*. v. 40, n. 1, 1979. p. 159.

¹⁰⁴ BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018. p. 185.

¹⁰⁵ SEIGEL, Michael L; WEISMAN, Daniel. The Admissibility of Co-Conspirator in a Post-Crawford World. In *Florida State Law Review*. n. 3, v. 34, 2007. p. 901 *et seq.*

¹⁰⁶ SCALLEN, Eileen. Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: toward a three dimensional confrontation clause. In *Minnesota Law Review*. v. 76, 1992. p. 624. Igualmente FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 75.

Estado ao produzir declarações anteriores ao julgamento¹⁰⁷. Também obriga o Estado a produzir as testemunhas em juízo, estabelecendo um ônus para a acusação¹⁰⁸. Por seu turno, a dimensão social do direito ao confronto implica o colocar face a face o acusado e seus acusadores, de forma a contribuir para a qualidade das interações sociais e autorizar o escrutínio público destas interações¹⁰⁹. Em síntese, pode-se concluir que o direito ao confronto possui natureza tanto epistêmica quanto não epistêmica¹¹⁰.

De uma maneira geral, a doutrina norte-americana admite o uso de declarações prestadas em outra sede quando o seu objetivo é simplesmente confrontar a veracidade do alegado por testemunhas ou pelo acusado. Para DUCE, não existiriam razões para justificar a impossibilidade do uso de declarações anteriores de testemunhas ou peritos para efeito de confrontar (através de inconsistências ou contradições) o depoimento em juízo. Isso integraria, na visão do autor, o direito ao confronto¹¹¹. A limitação norte-americana para o uso das declarações anteriores é o efeito de questionar a confiabilidade da testemunha (art. 613 do *Federal Rules of Evidence*). Da mesma maneira, o Código de Processo Penal alemão, em seu art. 253, autoriza o uso de declarações anteriores para confrontar o depoimento anterior, assim como o art. 500.1 do Código de Processo Penal italiano¹¹². Se a possibilidade de uso das declarações anteriores se dá no sentido de provocar a demonstração de contradição no depoimento, ela não pode ser usada com caráter ratificatório.

3.1 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Mutilação do Direito ao Confronto

Ainda que a doutrina norte-americana comporte excepcionalizações ao uso de declarações prestadas antes do julgamento, não é menos certo afirmar-se que o direito ao confronto, após o caso Crawford, se estendeu para âmbitos que não eram amplamente reconhecidos como merecedores de tutela. Até a própria confusão conceitual entre direito ao confronto e as regras *hearsay* conduziam a uma má compreensão dessa garantia. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de uma forma geral, reconhece o direito ao confronto em termos muito similares à Constituição dos Estados Unidos. Todavia, os argumentos, fundamentos e a maneira de se estabelecer *standards* decisórios, ao mesmo tempo em que aproxima o tribunal do caso Crawford, o afasta. Em primeiro lugar, como um elemento que percorre a racionalidade dos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante TEDH), o objeto de análise é se a alegada violação de um preceito convencional foi capaz ou não de comprometer a cláusula do “justo processo”. As arguições de ofensa ao justo processo são sempre analisadas de maneira global, ou seja, se o conjunto de violações foi capaz ou não de afetar o preceito convencional.

O direito ao confronto será elaborado, em suas dimensões semântica e epistêmica, em termos muito próximos do modelo norte-americano, como um direito fundamental do acusado, que exige a produção da prova oral em juízo e na presença do acusado e seu defensor, assim como o julgador, com o conhecimento da identidade da testemunha e a possibilidade de inquirição da prova oral simultaneamente à sua inquirição

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 76. Também SCALLEN, Eileen. Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: toward a three dimensional confrontation clause. *In Minnesota Law Review*. v. 76, 1992. p. 632-635.

¹⁰⁸ METZGER, Pamela R. Confrontation as a Rule of Production. *In William and Mary Bill of Rights Journal*. v. 24, 2016. p. 997.

¹⁰⁹ SCALLEN, Eileen. Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: toward a three dimensional confrontation clause. *In Minnesota Law Review*. v. 76, 1992. p. 637.

¹¹⁰ REDMAYNE, Mike. Confronting Confrontation. In ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill. *Criminal Evidence and Human Rights*. Oxford: Portland: Hart Publishing, 2012. p. 289-290.

¹¹¹ DUCE, Mauricio. El Derecho a la Confrontación y Uso de Declaraciones Emitidas en un Juicio Previo Anulado. *In Política Criminal*. n. 17. v. 09, 2014. p. 121.

¹¹² DUCE, Mauricio. El Derecho a la Confrontación y Uso de Declaraciones Emitidas en un Juicio Previo Anulado. *In Política Criminal*. n. 17. v. 09, 2014. p. 133.

em juízo¹¹³. MAFFEI definirá o confronto como um “paradigma”, ou seja, um modelo teórico cuja finalidade é permitir uma coleta mais justa da prova testemunhal no processo penal¹¹⁴.

Diversamente da Suprema Corte norte-americana, que se concentra em estabelecer limites, definições e o próprio alcance semântico do direito ao confronto, além de estabelecer aspectos de sua normatividade, o TEDH examina a potencial violação do direito ao confronto como uma lesão à cláusula do justo processo. Para o Tribunal, mesmo havendo uma clara violação ao direito ao confronto, isto não significa de imediato, a existência de uma lesão ao justo processo.

Para o exame dos julgados, o TEDH reconhece como testemunha todas as pessoas que depõem em juízo e todas as que prestem declarações em distintas fases, ainda que formalmente não possam ser reconhecidas como testemunhas, aproximando-se do conteúdo do caso Crawford. Como afirma MALAN, para o TEDH “o critério fundamental para a caracterização de alguém como testemunha é de natureza instrumental, se consubstanciando na capacidade de o seu relato fundamentar a sentença penal condenatória”¹¹⁵. E, nesse sentido, devem ser incluídos tanto o corréu (informante colaborador) como o informante em sentido estrito. Portanto, os julgados do TEDH alcançam, inclusive, o que, na doutrina americana, se consolidou como “informantes confidenciais”, considerando a possibilidade sempre presente de que tais informantes sejam convertidos em testemunhas. O grande ponto de abordagem no exame dos julgados do TEDH será a “testemunha anônima”, um meio de prova que fica a meio caminho entre um sistema subterrâneo de informantes como no caso americano e a vedação ao anonimato, exigindo-se, sempre e em todo o caso, a identificação da testemunha. Em geral, nos casos postos à apreciação, o TEDH analisava a existência do contraditório (mesmo que posterior à prática do ato) e a circunstância de que a condenação não poderia estar amparada, exclusiva ou preponderantemente, no depoimento da testemunha ausente. Como parâmetros, então, o TEDH sinalizava, quanto às testemunhas anônimas, que elas não poderiam ser o fundamento decisivo na condenação; se tratava de uma medida excepcional e que o Estado deveria reduzir, com outras medidas, os prejuízos causados ao acusado¹¹⁶.

Estes *standards* foram utilizados na evolução da consolidação do direito ao confronto na jurisprudência do TEDH: caso Kostowski v. Holanda (1989); caso Ludi v. Suíça (1992); caso Doorson v. Holanda (1996); caso van Mechelen v. Holanda (1997); caso Kok v. Holanda (2000); caso Lalas v. Lituânia (2011). O que é comum a todos esses casos, é que, de regra, se admite o depoimento de testemunha anônima diante de situações especiais, como no caso de ações policiais encobertas. Assim, admite-se a possibilidade em abstrato do uso de depoimentos tomados em outras sedes, mesmo sem a efetivação do contraditório¹¹⁷.

Em Kostowski v. Holanda (1989), o TEDH se debruçou sobre um caso no qual foram ouvidos em juízo, apenas, os policiais, que não eram fontes diretas. O depoimento dos policiais se limitou a ratificar a veracidade dos depoimentos das testemunhas anônimas ouvidas na fase policial (mais ou menos no sentido, como se verá, da proposta legislativa do informante confidencial). Nesse caso, que foi o precursor do exame do direito ao confronto na corte, o TEDH reconheceu ter ocorrido uma violação ao justo processo.

O TEDH volta à análise sobre o direito ao confronto e a cláusula do justo processo em Ludi v. Suíça julgado em 1993. Basicamente, o objeto desse procedimento residia na circunstância de que, no processo criminal em que o réu foi denunciado, o pedido para a oitiva de policial que havia atuado como agente infiltrado foi indeferido. A inquirição do policial foi realizada, apenas, por meio da formulação de perguntas

¹¹³ BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018. p. 43.

¹¹⁴ MAFFEI, Stefano. *The European Right of Confrontation in Criminal Proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006. p. 35.

¹¹⁵ MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 116.

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 111.

¹¹⁷ MOURA, João Batista Oliveira de. O Contraditório e o Direito ao Anonimato da Testemunha na Ação Encoberta. *In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. n. 74, 2013. p. 208.

por escrito. Uma vez mais o TEDH reconheceu a existência de uma violação ao direito ao confronto e, conseqüentemente, ao justo processo.

O primeiro caso que indica uma mudança de orientação nos fundamentos utilizados pela Corte e na racionalidade empregada para o exame do caso é o caso *Doorson v. Holanda*, julgado em 1996. Após uma campanha deflagrada contra o tráfico de drogas, diversos usuários foram chamados à delegacia de polícia para reconhecimento fotográfico de possíveis traficantes. Das seis pessoas que reconheceram o réu *Doorson*, quatro desejaram manter suas identidades sob anonimato. O Tribunal de apelação, após a condenação do réu em primeiro grau, anulou o processo e determinou que duas testemunhas fossem novamente ouvidas, em juízo, na presença, apenas, do advogado do acusado e com sigilo da identidade. A oitiva dessas testemunhas, sem a presença do acusado e sem a revelação das suas identidades não caracterizou, para o TEDH, uma violação ao Tratado, em parte pelo fato de a Holanda, entre o caso *Kostovski e Doorson*, ter implementado uma reforma legislativa estabelecendo procedimento legal para a oitiva de testemunhas anônimas. Ademais, reconheceu-se que a condenação do réu não se amparou, exclusivamente, no depoimento das testemunhas anônimas bem como o país denunciado ter adotado medidas para contrabalançar a restrição ao direito ao confronto. A partir daí, o TEDH assentará a sua jurisprudência em diversos casos, permanecendo hígida até o caso *Al-Khawaja v. United Kingdom*. O TEDH passará a exigir uma análise do caso concreto, afirmando, expressamente, a possibilidade de o Estado ter tomado medidas de balanceamento para amenizar o custo imposto ao acusado de não ter podido exercer plenamente o contraditório¹¹⁸. Esse entendimento é mantido no caso *Schatschaschwili v. Alemanha*, julgado em 2015, que corresponde, atualmente, à jurisprudência do TEDH quanto ao direito ao confronto.

No caso *Al-Khawaja* o réu foi acusado de ter praticado contra duas vítimas o delito de estupro. O fato processual é que uma das vítimas se suicidou. Porém, ela havia prestado declarações à polícia e havia declarado, a dois amigos, ter sofrido o abuso. A questão, nesse sentido, portanto, era se o depoimento dado à polícia pela vítima poderia ser lido ou não ao júri. O TEDH desenvolveu três etapas (teste *Al-Khawaja*) que serviriam como linhas gerais na análise do caso. São elas: a) motivo relevante para a ausência da testemunha; b) análise da prova como decisiva ou exclusiva para a condenação do acusado; c) existência de fatores de contrabalanceamento utilizados devido à limitação do direito do réu ao confronto¹¹⁹. No julgamento de *Al-Khawaja*, o TEDH não reconheceu ter havido violação à cláusula do justo processo. No que diz respeito aos *standards* de análise da potencial violação ao direito, o TEDH determinou que essas etapas deveriam se dar sequencialmente. Assim, por exemplo, caso não houvesse motivo relevante para a ausência da testemunha, o exame sobre a violação ao direito ao confronto seria imediatamente reconhecido. Subseqüentemente, em novo caso, o TEDH modificará sutil, mas profundamente, tais parâmetros. No julgamento do caso *Schatschaschwili v. Alemanha*, os *standards* que deveriam ser analisados de forma sequencial sofrem modificação, assentando o Tribunal que a ordem de análise pode ser invertida e que a verificação negativa da primeira etapa (motivo relevante para a ausência da vítima) não conduz, automaticamente, à violação do direito ao confronto¹²⁰.

A jurisprudência do TEDH em linhas gerais é muito menos afeita ao reconhecimento de violações ao direito ao confronto e muito mais propensa a aceitar a utilização não apenas de declarações precedentes, mas também de testemunhas anônimas em juízo. Segundo *UBERTIS*, a Corte de Estrasburgo tem entendido o contraditório e o direito ao confronto da seguinte maneira: ainda que em princípio todas as provas devam ser submetidas ao contraditório em audiência pública, as declarações extrajudiciais têm sido admitidas, desde que o acusado tenha tido a oportunidade de contestá-las, mesmo posteriormente¹²¹. Portanto, desde essa óti-

¹¹⁸ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 97.

¹¹⁹ BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018. p. 244.

¹²⁰ BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018. p. 251.

¹²¹ UBERTIS, Giulio. *Principi di Procedura Penale Europea: le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000. p. 59.

ca, há certa confusão entre direito ao confronto e direito ao contraditório. A possibilidade de manifestação posterior à produção da prova não abrange nenhuma dimensão do direito ao confronto. Esse contraditório “fraco”, denominado de “diferido” (contraditório diferido outra coisa não é do que negação da própria garantia), pode, no máximo, ser interpretado como a necessária dialeticidade processual. Porém, insuficiente para a caracterização de um contraditório dentro de balizas pertencentes aos direitos fundamentais. A dicotomização do contraditório é herdeira da classificação feita por UBERTIS entre o contraditório para o elemento da prova e o contraditório sobre o elemento de prova¹²². No caso das declarações escritas, seria satisfeita, apenas, a segunda dimensão do princípio, de acordo com a classificação empregada por UBERTIS.

A Recomendação R(97) 13, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa criou um conjunto de diretrizes para a admissibilidade da tomada de depoimento de testemunha confidencial, reconhecendo o caráter excepcional da medida, a necessidade de participação defensiva em um procedimento judicial anterior à concessão do anonimato e o controle da credibilidade das declarações¹²³. A Lei 93/99 de Portugal se alinha justamente a esta diretriz¹²⁴. De uma maneira geral, para a satisfação do direito ao confronto, exige-se a presença do juiz, o conhecimento do julgador sobre a identidade das testemunhas (portanto, vedado o anonimato em sentido técnico, ou seja, de que ninguém conheceria a identidade da testemunha); a possibilidade de o juiz poder observar o comportamento das testemunhas em audiência; a possibilidade de os advogados observarem o comportamento das testemunhas e formularem todas as perguntas necessárias, exceto àquelas que revelem a identidade da testemunha¹²⁵.

VOGLIOTTI reconhece a existência de um déficit de garantias no procedimento de oitiva de testemunhas anônimas. Para a validade do depoimento, em primeiro lugar, o juiz deve conhecer a identidade real da testemunha; em segundo lugar, o defensor deve possuir a faculdade de inquirir a testemunha oralmente, em audiência; em terceiro lugar o juiz deve rever, fundamentadamente, a necessidade de manutenção do testemunho anônimo com base nos elementos que emergiram da audiência, além de detalhar, com precisão, as razões pelas quais reconhece a confiança no depoimento da testemunha¹²⁶. Além disso, como referido, em Portugal, faz-se necessário um procedimento preliminar que tenha por finalidade decidir sobre o caso de concessão do anonimato bem como a participação de órgão representativo da defesa, como um advogado indicado pela OAB quando o anonimato é requerido antes da denúncia, ou do defensor do acusado quando já exista denúncia ou tenha procurador nos autos da investigação preliminar. Além disso, deve-se, obrigatoriamente, reduzir o valor probatório do depoimento tomado em tais situações, necessitando de provas substanciais como elementos de corroboração¹²⁷. O conhecimento da identidade da testemunha por parte da autoridade judiciária e a possibilidade de a defesa, em algum momento do procedimento, ter podido inquirir diretamente a testemunha são as principais medidas de compensação utilizadas como critério para a determinação de obediência do teste Al-Khawaja¹²⁸.

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos, dois casos podem ser correlacionados ao direito ao confronto e ao direito de conhecer a identidade das testemunhas. O primeiro deles é *Norín Catrimán e outros v. Chile*, que trata da utilização da legislação antiterrorista chilena contra integrantes da população indígena *mapuche*. Testemunhas foram ouvidas sem que a defesa tenha podido ter acesso às suas identidades. A Corte

¹²² A diferença é tratada por UBERTIS, Giulio. Corte Europea dei Diritti Dell’Uomo e “processo equo”: riflessi sul processo penale italiano. In *Rivista de Diritto Processuale*. V. LXIV. N.1. Padova, 2009. p. 40.

¹²³ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 110-111.

¹²⁴ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 160.

¹²⁵ MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.147.

¹²⁶ VOGLIOTTI, Massimo. La Logica “Floue” della Corte Europea dei Diritti Dell’uomo tra tutela del Testimone e Salva-Guardia del Contraddittorio: il caso delle “testimonianze anonime”. In *Giurisprudenza Italiana*. v. 4, 1998. p. 851-860.

¹²⁷ SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O Anonimato no Processo Penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 174.

¹²⁸ OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Constitucionalidade do Informante no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Uniceub, 2020. p. 98.

assentou que, ainda, o Chile tivesse tomado medidas compensatórias para minimizar a restrição ao direito ao confronto, a condenação não se poderia basear, apenas, em declarações destas testemunhas¹²⁹. O segundo caso é *Pollo Rivera v. Peru*, julgado em 2016, em que a Corte reconheceu ter havido violações a diversos direitos consagrados ao acusado. Todavia, no que aqui importa, fora ouvida uma testemunha “arrepentida” que teve a sua identidade mantida sob sigilo e que foi a única a reconhecer o réu. No caso, não houve a demonstração do risco para a vida da testemunha, a existência de medidas de compensação para a limitação do direito do acusado ou ainda, a possibilidade de prestar medidas de proteção alternativas à testemunha.

4 Informantes, Colaboração Premiada e Luta Anticorrupção no Brasil

No Brasil, a discussão pública em torno dos informantes surge com os reflexos da Lava-Jato, especialmente com o conjunto de leis intitulado Dez Medidas Contra a Corrupção. Um dos pontos de alteração apresentados foi o reconhecimento legislativo da figura do informante confidencial, ainda que não se saiba, exatamente, os contornos que esta figura assumiria.

Todavia, apreciando o cenário brasileiro desde os contornos de um sistema de informantes, o instituto da colaboração premiada foi exitoso em promover mudanças que introduziram, processualmente, a figura do “informante colaborador”. Como destaca HUGHES, “os acordos de cooperação são drasticamente diferentes do fenômeno geral do *plea bargaining*. Eles são “plantas exóticas” que podem sobreviver apenas em um ambiente nos quais algumas das características familiares do panorama do processo penal foram eliminadas”¹³⁰. A metáfora utilizada pelo autor significa que o sistema adversarial norte-americano foi profundamente corrompido pela prática do uso de informantes, e, em alguns casos, do informante colaborador. A característica central do uso de informantes é o acordo entre o Estado e o suspeito. Nesse acordo, o Estado ignora ou reduz a potencial responsabilidade criminal do suspeito em troca de informação¹³¹. Nessa definição de NATAPOFF, resta claro como o colaborador é uma modalidade específica de informante. As testemunhas colaboradoras, de acordo com GERSHAM, são as mais vulneráveis a técnicas de entrevistas sugestivas ou coercitivas, sendo a mais perigosa das testemunhas de acusação¹³². No tratamento da colaboração premiada no Brasil, o colaborador, apesar de ser denunciado e figurar formalmente como acusado, constitui um meio de prova similar à prova testemunhal. Inclusive, o próprio STF, inicialmente, destacou que o colaborador possuiria a natureza jurídica de um informante (expressão utilizada no sentido de testemunha não compromissada). De regra, os promotores recorrerão a corréus ou a informantes como colaboradores quando incapazes de obter provas através de outras fontes e essa situação torna difícil a confiabilidade no uso de tais meios de prova. Ademais, parte da justificativa para o uso de colaboradores reside no argumento de que tal prova seria excepcional, o que jamais foi comprovado empiricamente¹³³.

A justificativa da colaboração premiada, especialmente na Operação Lava-Jato, se sustentou, especialmente, nos discursos anticorrupção e como uma ferramenta de combate às organizações criminosas, como espécie de “ruptura da *omertà*”¹³⁴. Do ponto de vista de uma análise da evolução da legislação brasileira quanto ao tema, é possível se deparar com o instituto na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Or-

¹²⁹ Sobre este caso Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 452-454.

¹³⁰ HUGHES, Graham. Agreements for Cooperation in Criminal Cases. *In Vanderbilt Law Review*. v.45, 1992. p. 03.

¹³¹ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 15.

¹³² GERSHAM, Bennett L. Witness Coaching by Prosecutors. *In Cardozo Law Review*. v. 23, 2002. p. 847.

¹³³ RICHMAN, Daniel C. Cooperating Defendants: the costs and benefits of purchasing information from scoundrels. *In Federal Sentencing Reporter*. v. 8, 1996. p. 293.

¹³⁴ MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 191.

ganizado Transnacional (Decreto 5.015/2004) e na Convenção Contra a Corrupção (decreto 5.687/2006), tratando da possibilidade de redução da pena para os colaboradores ou ainda, lhes garantir a imunidade. A colaboração premiada, antes disso, passou a figurar na Lei 9.080/95 (crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária); na extorsão mediante sequestro (Lei 9.269/95), nos crimes praticados por organizações criminosas (Lei 9.034/95), lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98), Lei de Proteção a Testemunhas e Colaboradores (Lei 9.807/99), tráfico de drogas (Lei 11.343/06), e, mais recentemente, nos crimes contra a ordem econômica e prática de cartel (Lei 12.529/2011), crimes ambientais (Lei 12.651/2012) e na nova lei do crime organizado (Lei 12.850/13).

Para ZILLI, “a gravidade das práticas criminosas, a complexidade das organizações e a necessidade de combate ao fenômeno da corrupção são argumentos que tendem a impulsionar a colaboração premiada para além das fronteiras projetadas em uma nova onda expansionista da justiça negociada”¹³⁵. Para MORO, a colaboração premiada “consiste, em síntese, na utilização de um criminoso como testemunha contra os seus pares. Às vezes somente os próprios criminosos podem servir de testemunhas de crimes praticados nas sombras. Então, uma estratégia utilizada é a de transformar um criminoso em um colaborador de justiça e em traidor de seus cúmplices”¹³⁶. Veja-se uma vez mais, que a definição do instituto da colaboração premiada não guarda muitas divergências com o uso de informantes no sistema de justiça criminal norte-americano, a não ser a chamada garantia do sigilo do informante. As constantes críticas ao uso do instituto seriam, na análise de MORO, um reflexo da defasagem doutrinária nacional: “a doutrina brasileira precisa abandonar os estereótipos com os quais não raramente trata o tema. A questão não é tanto se a colaboração premiada é um método válido e importante para a investigação criminal. Isso já foi provado pela experiência histórica. A questão realmente relevante é quando e como fazer”¹³⁷.

Ainda que se possa tecer uma análise da colaboração premiada com base na economia, como fazem ROSA e BERMUDEZ a partir da Teoria dos Jogos¹³⁸, o que permite compreender a dinâmica e as posições dos sujeitos processuais, desde o campo político, não se pode retirar a sua feição que desgasta, ainda mais, o processo penal brasileiro. Isto pelo fato de que primeiramente, o uso da colaboração premiada não trouxe qualquer espécie de contrabalanceamento. Isto é, a dinâmica dos poderes próprios dos sujeitos processuais não foi compensada por reformas que estabelecessem redução da concentração de poderes nas mãos do órgão acusatório.

De um lado, chega-se ao ponto de sustentar, sem pudor, que a colaboração premiada derivaria de uma espécie de “emergência investigativa”, conexas ao campo do crime organizado¹³⁹ e se justificando em virtude das dificuldades probatórias nestes crimes. De outro lado, percebe-se, também, a retórica do equilíbrio que lubrifica o discurso do garantismo reacionário, *rectius*, “integral”. Nesse sentido, consideram-se as palavras de MANZANO para quem “a tendência ao equilíbrio em seu manejo deve ser sempre perquirida, a fim de que a eficiência na busca da melhor investigação e do processo penal justo seja compatível com a garantia de direitos do acusado”¹⁴⁰. Eficiência, equilíbrio, dificuldades probatórias. Com estas três palavras se justificam, quase todos os “novos” instrumentos de “combate ao crime organizado”.

¹³⁵ ZILLI, Marcos. Transplantes, Traduções e Cavalos de Troia: o papel do juiz no acordo de colaboração premiada: leituras à luz da operação Lava Jato. In AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; SOUSA MENDES, Paulo. *Corrupção: ensaios sobre a operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons: CEDPAL, 2019. p.119.

¹³⁶ MORO, Sergio Fernando. Prefácio. In ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada: o novo paradigma do processo penal*. Rio de Janeiro: Mallet, 2016. p. 10.

¹³⁷ MORO, Sergio Fernando. Prefácio. In ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada: o novo paradigma do processo penal*. Rio de Janeiro: Mallet, 2016. p. 24.

¹³⁸ ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz. *Para Entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2019.

¹³⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 89-90.

¹⁴⁰ MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Colaboração Premiada: entre a eficiência e o garantismo. In VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariângela Tomé. *Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 209-210.

Do ponto de vista da justificativa específica acerca do informante confidencial, o fenômeno da corrupção propiciaria o fundo justificativo no caso brasileiro. Para tanto, basta analisar o discurso de DALLAGNOL, para quem, “de fato, em alguns tipos de crimes, tais como a corrupção, em que as partes envolvidas têm um interesse no segredo do negócio, e possíveis testemunhas possam temer o poder dos agentes públicos, a viabilidade de trabalhar com informações de ICs e Ias é fundamental. Isso é ainda mais importante no Brasil por causa de seu alto nível de corrupção”¹⁴¹.

O autor, contudo, neste artigo, é incapaz de oferecer um único argumento, por mais inconsistente que fosse, que mereça ser analisado pontualmente. Aliás, de forma epidérmica, tenta analisar o fenômeno dos informantes no sistema norte-americano, sem sequer aprofundar, por mínimo que fosse, críticas, funcionalidades, correlações com direitos e garantias dos acusados. Nada. De toda maneira, o único “argumento” é a invocação do “direito à segurança”. Em sua ótica, “entre recusar uma informação essencial à proteção da sociedade ou tomá-la como informação anônima que só poderá produzir efeitos se houver evidência corroborativa que puder ser produzida por meios menos invasivos, em investigação preliminar, sujeitando-se o agente público no último caso, ainda, a questionamentos sobre seu procedimento¹⁴²”, a solução seria garantir o sigilo da fonte, essencial ao trabalho e funções do Ministério Público, “em defesa dos direitos fundamentais da sociedade tutelados pelas normas penais, bem como do direito fundamental à segurança pública”¹⁴³. Portanto, mesmos argumentos, mesmas propostas de sepultamento de garantias constitucionais do acusado.

No Brasil, há notícia de, apenas, um julgado que tenha versado sobre a figura do informante confidencial. Trata-se do *habeas corpus* n.º 525.799-RS, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2021¹⁴⁴, tendo como relatora a Ministra Laurita Vaz. Neste que até o presente momento é o único caso em que um tribunal superior se atentou para a prática do uso de informantes confidenciais no Brasil, a Corte Superior acabou tratando o informante confidencial como uma espécie de “noticiante anônimo”, isto é, as informações oferecidas pelo informante confidencial seriam, na visão do tribunal, equiparáveis à denúncia anônima.

Evidentemente, essa decisão incorre em grandes equívocos técnicos, para além de não examinar o substrato em que as relações entre informante e autoridades públicas ocorrem. A ausência absoluta de *accountability* sobre tais relações seria, por si mesma, capaz de identificar como a metodologia do informante confidencial opera às sombras. No caso em comento, a qualidade e o detalhamento das informações prestadas sobre os demais investigados na fase investigativa — sem registro documental pelas autoridades — dava conta de que o informante confidencial era um membro da organização criminosa então investigada, tendo sido, inclusive, declarado em juízo pelo policial federal chefe das investigações que na sua ótica as informações eram prestadas pelo informante por vingança. Nesse sentido, tratava-se de um “informante colaborador”, equiparável ao delator no instituto da colaboração premiada, com o bônus da confidencialidade sobre sua identidade e o sigilo sobre as informações e elementos de prova que em tese apresentou à polícia, o que, além de fulminar todas as dimensões do direito ao confronto acima delineadas, inclusive esvaziaria o instituto no

¹⁴¹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 59.

¹⁴² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 60.

¹⁴³ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 60.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 525779/RS*. Impetrantes: Ruiz Ritter e outros. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 22.06.2021.

país, dadas as formalidades legais que o envolvem¹⁴⁵⁻¹⁴⁶. A decisão do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, manteve indene um entendimento francamente incompatível com um Estado Democrático de Direito: a ausência de controle sobre a notícia-crime. Segundo esse entendimento, uma prova ilícita, inclusive, poderia ser declarada inadmissível. Contudo, essa ilicitude seria incapaz de atingir a própria notícia-crime e a investigação preliminar. Dessa maneira, parece indubitável que a blindagem ao questionamento sobre como se dá o nascimento da investigação preliminar não apenas tolera, mas efusivamente incentiva o uso de práticas ilegais para que determinados conhecimentos sobre a prática de crimes aflorem. Posteriormente, bastaria uma denúncia anônima, tampouco sujeita a controle judicial, para que se possa legitimar devassas e se criar atalhos para a obtenção de elementos de informação desejados pelas autoridades públicas. A inatacabilidade da investigação preliminar e seu objeto, a notícia-crime, expandem e reforçam um sistema subterrâneo de operações policiais ilegais, além de criar indevidos atalhos processuais à administração de medidas restritivas de direitos fundamentais na persecução penal pré-processual. No Brasil, seria possível se afirmar, de acordo com o entendimento judiciário atual, que jamais poderia haver ilicitude sobre os conhecimentos da prática de infração penal, posto que o inquérito policial não possui critérios de regularidade de sua instauração.

Seja como for, o Superior Tribunal de Justiça demonstrou uma gigantesca inércia em deixar de investigar, com verticalidade, o instituto do informante confidencial. A simples analogia com a “notícia-crime anônima” é incapaz de permitir avanços no detalhamento do meio de obtenção de prova e de como poderá ser utilizado, se medidas de intervenção sobre direitos fundamentais na fase de investigação preliminar podem ter como base ilegalidades ou, ainda, se medidas como a interceptação telefônica dispensam a demonstração de causa provável. Afirmar que o uso de informante confidencial se equipara à denúncia anônima significa dizer que eventuais medidas restritivas estão imunizadas ao controle causal, o que, novamente, fortalece o quadro de fabricação de possíveis informações que serão utilizadas como substrato para legitimar as futuras medidas interventivas. A própria distinção entre meios de obtenção de prova e meios de prova — além de infrutífera — tem por escopo salvaguardar determinadas informações de possível contaminação pela ilicitude probatória. Assim como o conceito de prova ilegítima artificialmente, criado e absolutamente improdutivo (a não ser para se tentar evitar a declaração de nulidade ou ilicitude probatória), a categoria “meios de obtenção de prova” tem como finalidade restringir possível aplicação da ilicitude probatória. Nada além disso e de certo fetiche analítico improdutivo.

Outro ponto significativamente esquecido pelo acórdão e que inclusive é referenciado como o motivo primordial para a legalização do informante confidencial se encontra na já examinada exposição de motivos do PL 3855/19. Ali, se distinguem informante anônimo (cuja identidade se desconhece) e informante confidencial, cuja identidade é conhecida. Nesse ponto, a equiparação à denúncia anônima é inapropriada, uma vez que, justamente, a identidade do denunciante na notícia-crime anônima é desconhecida. Por seu turno, a confidencialidade reporta ao conhecimento da identidade do informante, de tal forma que essa informação, como reconhece o próprio projeto de lei que visa instalar tal figura no direito processual penal brasileiro. Conhecida a identidade do informante e sendo ele membro da organização criminosa, a figura processual mais próxima não poderia ser a “denúncia anônima”, mas o instituto da colaboração premiada. E, uma vez conhecida tal identidade, seria imprescindível a formalização de termo de colaboração bem como a necessidade de esse informante ser denunciado, o que não é relatado no acórdão.

¹⁴⁵ Basta considerar que para se tornar colaborador, nos termos da Lei 12.850/13, há de se submeter a um acordo em que a identidade será revelada, que dependerá de homologação judicial, que, talvez, não resultará mais do que uma redução de pena e que é preciso corroborar as informações prestadas; enquanto para se tornar informante — e ser equiparado a noticiante anônimo — é suficiente chegar diretamente ao policial ou ao MP e negociar o repasse de informações de fatos criminosos que tenha participado, sob a condição de não ser incluído como alvo na investigação, nem tampouco ser questionada a forma de obtenção das informações então apresentadas.

¹⁴⁶ A sessão de julgamento do *habeas corpus* em questão pela Sexta Turma do STJ foi gravada e disponibilizada no canal do YouTube da Corte, podendo ser consultada (a partir de 2h20min de gravação) em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wle9DYfrdOw>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

Note-se que o projeto de lei Dez Medidas Contra a Corrupção, como noticiado no início deste capítulo, pretende inserir a figura do informante confidencial, disciplinando a temática em quatro artigos. O primeiro deles trata da possibilidade de uso do informante confidencial¹⁴⁷, que se estenderia a quaisquer áreas jurídicas, não se esgotando na esfera criminal. A finalidade da inserção da figura advém do discurso anticorrupção, sendo o instituto uma ferramenta a ser utilizada para a precipitação de informações capazes de sustentar uma investigação criminal. Interessante notar que, no parágrafo único do art. 58 do projeto, o Ministério Público Federal acena com a possibilidade de ser arrolado funcionário público para atestar a “credibilidade” do informante confidencial, numa tentativa de burlar o direito ao confronto e à proibição de testemunho indireto.

Evidente que, como também reconhecido pela Suprema Corte Americana, a identidade do informante pode ser essencial a uma defesa exculpatória, especialmente por circunstâncias coligadas aos impedimentos a testemunhas. É absolutamente imponderável que se possa estabelecer testemunho de terceiro sobre a idoneidade de uma pessoa que detém informações essenciais sobre o cometimento de um fato criminoso, como se tal medida permitisse a obediência ao contraditório e ao confronto. Além do mais, a credibilidade da testemunha é muito diversa de confidencialidade. O que importa, para a subsistência do direito ao confronto — que não é regra probatória e sim direito fundamental —, é a possibilidade de inquirição, o que não pode ser sanado com um “depoimento sobre confiabilidade”. A confiabilidade do testemunho oferecido por declarações de terceiro, somente poderia preencher, caso admitida a sua presteza para o fim indicado, um controle sobre o plano epistêmico do direito ao confronto. Entretanto, como já referido, há, ainda, os planos processual e social do direito ao confronto que não estariam contrabalançados pelo depoimento de terceiro.

O segundo dispositivo que trata do informante confidencial é o art. 59, que afirma a impossibilidade de uma condenação advir apenas sustentada pelo relato do informante¹⁴⁸. Trata-se de medida, apenas, parcialmente em consonância com os julgados do TEDH, uma vez que, além de a decisão não poder se basear exclusivamente em depoimento de informante, exige-se que a decisão tampouco possa estar amparada, predominantemente, no referido depoimento.

Um terceiro ponto tratado pelo Projeto de Lei cuida da relação entre a identidade do informante confidencial e a necessidade de que ela seja revelada, dada a essencialidade desta informação¹⁴⁹. Nesse ponto, afirma-se que, sendo essencial ao desenvolvimento do processo o conhecimento da identidade do informante, o Ministério Público “optará” entre a revelação da identidade e a “perda do valor probatório” do meio de prova. Quanto a esse aspecto, ressalte-se que temos a criação de uma situação jurídica processual potestativa, em que o Ministério Público deterá poderes que determinarão o curso do processo. Como se sabe, um processo penal acusatório é incompatível com situações jurídico-processuais potestativas, uma vez que sempre provocam desequilíbrio processual. Demais disso, cumpre registrar que a opção por revelar a identidade não é um direito do Ministério Público. A proteção à identidade é um direito do informante e não do órgão acusador. Portanto, trata-se de proposta absolutamente incompatível com a prática do instituto. Tampouco é possível admitir-se a preservação dos elementos de prova derivados das declarações do informante. A situação que se projeta é a de que o Ministério Público poderá manter a confidencialidade do informante, que seria utilizado, apenas, para a deflagração das medidas desejadas pela investigação, podendo, após obtenção do material desejado, ser abandonada a prova, impedindo o exercício do direito ao

¹⁴⁷ Art. 58. Nas esferas administrativa, cível e criminal, poderá o Ministério Público resguardar o sigilo da fonte de informação que deu causa à investigação relacionada à prática de ato de corrupção, quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, devidamente esclarecidas no procedimento investigatório respectivo. Parágrafo único. O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade.

¹⁴⁸ Art. 59: ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial.

¹⁴⁹ Art. 60. No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto, o juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau recursal, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

confronto e contraditório. As exceções à garantia de sigilo do informante são operadas em favor do direito ao confronto, como decidiu a Suprema Corte norte-americana no caso Roviato. Assim, é impensável que o direito ao conhecimento da identidade do informante seja uma mera opção do órgão acusador. Trata-se de uma manipulação procedimental que, apenas, atende aos interesses da acusação: importa-se um instituto de natureza processual seletivamente, sendo moldado exclusivamente nos interesses da acusação. Portanto, esse dispositivo é manifestamente violador das cláusulas pertencentes ao devido processo.

O último dispositivo cuida da responsabilidade criminal do informante¹⁵⁰. Trata-se de dispositivo tautológico, ao afirmar que, se alguém imputar falsamente a outrem, a prática de crime incidirá nas penas do delito de denúncia caluniosa. Outrossim, a revelação da identidade do criminoso-informante, também, é uma obviedade, à medida que não se pode denunciar uma pessoa com identidade tornada confidencial.

De toda sorte, a pretensa regulação da matéria é pífia, insuficiente e arquitetada de maneira a incrementar poderes do Ministério Público, reforçando o desequilíbrio processual mediante a introdução de norma de natureza potestativa. Note-se que o projeto de lei tampouco oferece medidas de contrabalanceamento ligadas à manutenção da identidade do informante, bem como não esclarece se o informante, em juízo, seria ouvido sob a modalidade de testemunho confidencial (e, nesse caso, não traz nenhum regramento sobre a forma como seria ouvida esta testemunha). Outro ponto importante é que o projeto ignora e deixa de identificar como se poderia dar a corroboração das informações prestadas pelo informante. Ou seja, por corroboração se entende uma prova advinda de percurso probatório completamente distinto daquele decorrente das declarações prestadas pelo informante. Assim, a corroboração deve ser estranha ao depoimento do informante bem como de todas as provas obtidas através destas declarações, algo muito próximo da doutrina da fonte independente no que diz respeito à prova ilícita.

5 Considerações finais

BERGEMANN, quando analisa uma “teoria geral das dinâmicas da denúncia”, indica, claramente, que se deve considerar tanto os níveis individuais quanto institucionais, por ser o ato de denúncia, fundamentalmente, um ato social, tanto no nível diádico entre o denunciante e o denunciado quanto como comportamento inserido em uma comunidade mais ampla e em uma rede de relações¹⁵¹. Gary MARX, ao final da década de 1980, já se preocupava com o aumento da confiança do Estado em operações encobertas e em como o uso de informantes mudou as prioridades públicas na persecução penal em direção à vigilância e ao controle social como um fim em si mesmo¹⁵².

O uso dos informantes não é um paradigma de simples negociação entre iguais, mas, ao contrário, uma interação complexa entre agentes do sistema de justiça criminal e pessoas vulneráveis¹⁵³. No direito processual penal norte-americano, algumas reformas processuais em certos Estados têm sido feitas, ainda que de forma modesta e, mesmo assim, limitadas aos “informantes penitenciários”, requerendo oitiva prévia sobre a sua confiabilidade, a garantia da impossibilidade de condenação à pena de morte baseada apenas no depoimento de informantes penitenciários¹⁵⁴ e necessidade de substancial corroboração mediante prova judicializada. Ou ainda, como detectam algumas pesquisas, seria possível enquadrar o instituto dentro do

¹⁵⁰ Art. 61. Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante confidencial, será revelada a sua identidade e poderá ele responder pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis

¹⁵¹ BERGEMANN, Patrick. *Judge thy Neighbor: denunciations in the spanish inquisition, romanov Russia, and nazy Germany*. New York: Columbia University Press, 2019. p. 05.

¹⁵² MARX, Gary T. *Undercover: police surveillance in America*. Berkeley: Los Angeles: London: University of California Press, 1988. p. 59.

¹⁵³ SETTLE, Rod. *Police Informers: negotiation and power*. Sydney: Federation Press, 1995. p. 250.

¹⁵⁴ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *In American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 745.

quadro geral da responsabilidade do Estado pelos erros judiciários decorrentes do uso de informantes¹⁵⁵ (o que é uma obviedade).

Um sistema de informantes se encontra baseado, assim como qualquer modelo de *plea bargaining*, na ampla discricionariedade dos promotores de justiça. O uso de informantes potencializa, ainda mais, essa discricionariedade para oferecer um tratamento leniente ao réu ou ao alvo da investigação em troca do seu depoimento¹⁵⁶. O que se tem é a formação de um sistema de justiça criminal paralelo, subterrâneo.

Como visto, o altíssimo percentual de condenações injustas amparadas em depoimentos de informantes é um sinal muito claro de como se trata de um instituto que não deveria encontrar espaço em uma democracia. Além de contribuir decisivamente para o “efeito túnel”¹⁵⁷ ou seja, “tendências psicológicas, sociais e organizacionais que conduzem os atores do sistema de justiça criminal a focar em um suspeito, selecionando e filtrando a prova que construirá um caso para condenação, ignorando ou suprimindo provas que apontam para uma direção distinta da culpa”¹⁵⁸, o uso de informantes deforma o direito ao confronto e ao contraditório.

De acordo com o eficientismo persecutório verificado no Projeto de Lei anteriormente examinado, o uso do informante confidencial já bastaria, por exemplo, como prova suficiente para deflagrar cautelares¹⁵⁹. Essa estratégia é largamente utilizada pela polícia norte-americana. Seria muito mais fácil a obtenção de uma autorização judicial desta maneira do que recorrendo a uma investigação prévia, segundo a tramitação ordinária do inquérito policial ou de qualquer outra espécie de investigação preliminar.

A importação do sistema de informantes, que atualmente no Brasil se apresenta apenas de modo parcial (até o presente momento) reúne o que se poderia denominar como o “pior dos dois mundos”: informações confidenciais em um modelo autoritário, ou se se quiser, um “inquisitorialismo adversarial”. Não seria de se surpreender que a admissibilidade do uso de informantes possa conduzir a uma situação extrema. Como se sabe, a jurisprudência dos tribunais superiores é maciçamente orientada no sentido de que é admissível o uso de declarações extrajudiciais e o seu aproveitamento na sentença condenatória, tendo por base a fórmula onívora, que a tudo engloba e justifica, denominada livre convencimento¹⁶⁰.

A inserção do informante confidencial no processo penal brasileiro traria problemas extraordinários, justamente pelo fato de que não há, atualmente, controle sobre declarações precedentes e que podem ser utilizadas no processo. Como exemplo, ainda que a inserção do juiz de garantias possa bloquear o ingresso do inquérito policial no processo, a sua possível reintrodução como “prova documental” pelo Ministério Público é uma tendência que será ratificada pelos tribunais. A completa ausência de controle sobre a prova emprestada, também, é um indício de que os informantes confidenciais, caso introduzidos, arrebatarão, de vez, as poucas tintas acusatórias que podem ser encontradas no processo penal brasileiro.

Igualmente, o fato de o direito ao confronto ser um ilustre desconhecido no direito processual penal brasileiro e ausência de limitadores probatórios cuja finalidade é o controle epistêmico das fontes de informação disponibilizadas ao órgão judicante (pensa-se nas regras *bearsay*) tornam o sistema brasileiro suscetível de uma ausência generalizada de controle sobre a forma processual sugerida pelo Ministério Público Federal.

¹⁵⁵ ZIMMERMAN, Clifford S. Toward a New Vision of Informants: a history of abuses and suggestions for reform. In *Hastings Constitutional Law Quarterly*. v. 22, 1994. p. 178.

¹⁵⁶ HARRIS, George C. Testimony for Sail: the law and ethics of snitches and experts. In *Pepperdine Law Review*. v. 28, 2000. p. 16.

¹⁵⁷ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminology Law Review*. v. 53, 2016. p. 767.

¹⁵⁸ GOULD, Jon B; CARRANO, Julia; LEO, Richard; YOUNG, Joseph. Predicting Erroneous Convictions: a social approach to miscarriages of justice. Disponível em <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/241389.pdf>. Acesso em 13.02.2022. p. xii.

¹⁵⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 40.

¹⁶⁰ MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 124.

Um sistema de informantes produz diversas alterações no campo do direito processual penal: a) redução da publicidade; b) incremento do modelo *plea bargaining* com a consequente “administrativização das condenações”; c) ausência de controle judicial; d) ampliação de condenações injustas; e) distorções no campo das dinâmicas processuais penais; f) a utilização de “informantes penitenciários” (incluindo presos cautelares) como fonte fundamental das condenações injustas; g) desequilíbrio processual ligado à capacidade de a defesa acessar elementos informativos.

Referências

- ARAS, Wladimir. Whistleblowers, Informantes e Delatores Anônimos. In ZANELATO, Viviana Damiani. *A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: temas relevantes. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- BERGEMANN, Patrick. *Judge thy Neighbor*: denunciations in the spanish inquisition, romanov Russia, and nazy Germany. New York: Columbia University Press, 2019.
- BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018.
- BEWERS, Michael D. Defendant’s Right to a Confidential Informant’s Identity. In *Louisiana Law Review*. v. 40. n. 1, 1979.
- BLOOM, Robert M. A Historical Overview of Informants. Research Paper n. 64. Boston: Boston College Law School, 2005. p. 01.
- BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020, p. 99.
- CASSIDY, Michael. R. “Soft Words of Hope”: Giglio, accomplice witnesses, and the problem of implied inducements. In *Northwestern University Law Review*. v. 98. n.3, 2004. p. 1132.
- CASTILHO, Diego Gomes. Whistleblowing: principais características e vantagens: o que o Brasil está efetivamente perdendo? In BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Corrupção Como Fenômeno Supralegal*. Curitiba: Juruá, 2017.
- COVEY, Russell D. Abolishing Jailhouse Snitch Testimony. In *Wake Forest Law Review*. v. 49, 2014. p. 101-157.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016.
- DODDS, Emily Jane. I’ll Make a Deal: how repeat informants are corrupting the criminal justice system and what to do about it. In *William and Mary Law Review*. v. 50, 2008-2009.
- DUCE, Mauricio. El Derecho a la Confrontación y Uso de Declaraciones Emitidas en un Juicio Previo Anulado. In *Política Criminal*. n. 17. v. 09, 2014.
- FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- FITZGERALD, Dennis G. *Informants and Undercover Investigations: a practical guide in Law, Policy, and Procedure*. Boca Ratón: CRC Press, 2007.

- FRIEDMAN, Richard D. The Confrontation Right. In BROWN, Darryl K; TURNER, Jenia I; WEISSER, Bettina. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- GARRET, Brandon. *Convicting the Innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011.
- GERSHMAN, Bennett L. Witness Coaching by Prosecutors. *In Cardozo Law Review*. v. 23, 2002. p. 847.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GIANELLI, Paul C. Brady and Jailhouse Snitches. *In Case Western Reserve Law Review*. v. 57, 2007.
- GOULD, Jon B; CARRANO, Julia; LEO, Richard; YOUNG, Joseph. Predicting Erroneous Convictions: a social approach to miscarriages of justice. Disponível em <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/241389.pdf>. Acesso em 13.02.2022. p. xii.
- GRANDE, Elisabetta. *Imitação e Direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*. Porto Alegre: SAFE, 2009.
- HARRIS, George C. Testimony for Sail: the law and ethics os snitches and experts. *In Pepperdine Law Review*. v. 28, 2000. p. 02.
- HUGHES, Graham. Agreements for Cooperation in Criminal Cases. *In Vanderbilt Law Review*. v.45, 1992. p. 03.
- HURLEY, Brain J. Confrontation and the Unavailable Witness: searching for a standard. *In Valparaiso University Law Review*. v. 18, 1983.
- JONAKAIT, Randolph N. “Witnesses in the Confrontation Clause: Crawford v. Washington, Noah Webster, and Compulsory Process. *In Temple Law Review*. v. 79, 2006.
- KATZ, David. The Paradoxical role of Informers Within the Criminal Justice System: a unique perspective. *In University of Dayton Law Review*. v. 7, 1981.
- KICHILESKI, Gustavo Carvalho. *Sociedade na Luta Contra a Corrupção: institucionalização do informante do bem (whistleblowing) no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito. Jacarezinho: UENP, 2020.
- MACEDO, Cássio Rocha de. *Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciante*s. Dissertação de Mestrado em, Ciências Criminais. Porto Alegre: PUCRS, 2018.
- MADINGER, John. *Confidential Informant: law enforcement’s most valuable tool*. Boca Raton: CRC Press, 2000.
- MAFFEI, Stefano. *The European Right of Confrontation in Criminal Proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006.
- MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MALLORY, Stephen. *Informants and Undercover Investigations: development and management*. Incline Village: Copperhouse Publishing, 2000.
- MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Colaboração Premiada: entre a eficiência e o garantismo. In VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariângela Tomé. *Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- MARX, Gary T. *Undercover: police surveillance in America*. Berkeley: Los Angeles: London: University of California Press, 1988. p. 59.

- METZGER, Pamela R. Confrontation as a Rule of Production. *In William and Mary Bill of Rights Journal*. v. 24, 2016. p. 997.
- MISNER, Robert L; CLOUGH, John H. Arrestees as Informants: a thirteenth amendment analysis. *In Stanford Law Review*. v. 29, 1977.
- MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- MONTOYA, Jean. A Theory of Compulsory Process Clause Discovery Rights. *In Indiana Law Journal*. v. 70, 1995. p. 846.
- MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORO, Sergio Fernando. Prefácio. In ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada: o novo paradigma do processo penal*. Rio de Janeiro: Mallet, 2016.
- MOSTELLER, Robert P. The Special threat of Informants to the Innocent Who Are Not Innocents: producing “first drafts”, recording incentives, and taking a fresh look at the evidence. *In Ohio State Journal of Criminal Law*. v. 06, 2009.
- MOURA, João Batista Oliveira de. O Contraditório e o Direito ao Anonimato da Testemunha na Ação Encoberta. *In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. n. 74, 2013. p. 208.
- NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009.
- NEUSCHATZ, Jeffrey S; LAWSON, Deah S; SWANNER, Jessica K; MEISSNER, Christian A; NEUSCHATZ, Joseph S. The Effects of Accomplice Witnesses and Jailhouse Informants on Jury Decision Maker. *In Law and Human Behaviour*. v. 32, 2008.
- OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Constitucionalidade do Informante no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Uniceub, 2020.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2019.
- POULIN, Anne Bowen. Convictions Based on Lies: defining due process protection. *In Pennsylvania State Law Review*. v. 16, 2011.
- RAEDER, Myrna S. See No Evil: wrongful convictions and the prosecutorial ethics of offering testimony by jailhouse informants and dishonest experts. *In Fordham Law Review*. v. 76, 2007.
- RAFIH, Rhasmye El. *Whistleblowing, Delinquência Econômica e Corrupção: desafios para a consolidação de uma política geral de reportantes no Brasil*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- REDMAYNE, Mike. Confronting Confrontation. In ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill. *Criminal Evidence and Human Rights*. Oxford: Portland: Hart Publishing, 2012. p. 289-290.
- RICH, Michael L.; coerced Informants and Thirteenth Amendment Limitations on the Police-Informant Relationship. *In Santa Clara Law Review*. v. 50, 2010.
- RICHMAN, Daniel C. Informants & Cooperators. Disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3028&context=faculty_scholarship. Acesso em 11.02.2022.
- ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz. *Para Entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2019.
- ROSS, Jacqueline E. Valuing Inside Knowledge: police infiltration as a problem for the law of evidence. *In Chicago-Kent Law Review*. v. 79, 2004. p. 1118.

- ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *In American Criminial Law Review*. v. 53, 2016.
- SCALLEN, Eileen. Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: toward a three dimensional confrontation clause. *In Minnesota Law Review*. v. 76, 1992.
- SEIGEL, Michael L; WEISMAN, Daniel. The Admissibility of Co-Conspirator in a Post-Crawford World. *In Florida State Law Review*. n. 3. v. 34, 2007. p. 897.
- SETTLE, Rod. *Police Informers: negotiation and power*. Sydney: Federation Press, 1995. p. 250.
- SIMONS, Michael A. Retribution for Rats: cooperation, punishment and atonement. *In Vanderbilt Law Review*. v. 56, 2003.
- SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O Anonimato no Processo Penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Hozitonte: Arraes, 2012.
- STUNTZ, William J. plea Bargaining and Criminal Law's Disappearing Shadow. *In Harvard Law Review*. v. 117, 2004.
- UBERTIS, Giulio. *Principi di Procedura Penale Europea: le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000.
- VOGLIOTTI, Massimo. La Logica “Floue” della Corte Europea dei Diritti Dell'uomo tra tutela del Testimone e Salva-Guardia del Contraddittorio: il caso delle “testimonianze anonime”. *In Giurisprudenza Italiana*. v. 4, 1998.
- WEINSTEIN, Ian. Regulating the Market for Snitches. *In Buffalo Law Review*. v. 47, 1999. p. 564.
- WESTEN, Peter K. The Future of Confrontation. *In Michigan Law Review*. v. 77, 1979.
- WHITE, Welsh S. Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence. *In The Journal of Law and Criminology*. v. 80, 1989. p. 397.
- YAROSHEFSKY, Ellen. Cooperation With Federal Prosecutors: experiences of truth telling and embellishment. *In Fordham Law Review*. v. 68, 1999-2000.
- ZILLI, Marcos. Transplantes, Traduções e Cavalos de Troia: o papel do juiz no acordo de colaboração premiada: leituras à luz da *operação Lava Jato*. *In AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; SOUSA MENDES, Paulo. Corrupção: ensaios sobre a operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons: CEDPAL, 2019.
- ZIMMERMAN, Clifford S. Toward a New Vision of Informants: a history of abuses and suggestions for reform. *In Hastings Constitutional Law Quarterly*. n. 1. v.22, 1995.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A presunção de inocência e a
inconstitucionalidade do artigo
492, I, "e", do Código de Processo
Penal Brasileiro**

**The presumption of innocence
and the unconstitutionality of
article 492, I, "e", of the Brazilian
Code of Criminal Procedure**

Felipe Lazzari da Silveira

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

A presunção de inocência e a inconstitucionalidade do artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal Brasileiro*

The presumption of innocence and the unconstitutionality of article 492, I, “e”, of the Brazilian Code of Criminal Procedure

Felipe Lazzari da Silveira**

Resumo

O presente artigo tem como propósitos problematizar a obrigatoriedade da execução provisória da pena no procedimento do Tribunal do Júri e sua incompatibilidade com o princípio-garantia da presunção de inocência; a tradição autoritária no processo penal brasileiro e sua relação com o desrespeito ao referido princípio; bem como demonstrar a hipótese de que o comando contido no artigo 492, I, “e”, do CPPB, afronta a Constituição da República e seus princípios. Tal esforço teórico, procedido mediante revisão bibliográfica interdisciplinar e também pela análise da legislação e de julgados pertinentes ao tema, está organizado em três capítulos, nos quais serão examinados, respectivamente, o Princípio da Presunção de Inocência e seus desdobramentos, a tradição autoritária no processo penal brasileiro e sua relação com o desrespeito ao referido princípio, e os aspectos que tornam o artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal Brasileiro, incompatível com o prisma constitucional que preconiza um processo penal democrático.

Palavras-Chave: Processo Penal, Presunção de Inocência, Execução Provisória da Pena, Tribunal do Júri.

Abstract

This article aims to analyze the presumption of innocence and discuss the mandatory provisional execution of the sentence even in the first instance in the procedure of the Jury Court, demonstrating the unconstitutionality of this legal device. This text, built through an interdisciplinary bibliographical review and also through the analysis of legislation and judgments relevant to the subject, is organized into three chapters, in which the principle of the presumption of innocence and its consequences, the authoritarian tradition in criminal proceedings will be addressed. examined, respectively. Brazilian law and its relationship with the disrespect to this principle, and the aspects that make article 492, I, “e”, of the Brazilian Criminal Procedure Code, incompatible with the constitutional prism.

Keywords: Criminal Procedure, Presumption of Innocence, Provisional Execution of Sentence, Jury Court.

* Recebido em 14/01/2022
Aprovado em 31/05/2023

** Graduado em Direito pela UNISINOS; Mestre e Doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS; Pós-Doutor em Filosofia Política pela PUC/RS; Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos da UCPEL; Advogado.
email: felipe_lsilveira@hotmail.com

1 Introdução

No campo processual penal, os últimos anos foram marcados por acirrados debates sobre a tentativa de tornar obrigatória a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

Os argumentos expendidos pelos defensores da execução da pena, antes do esgotamento das vias recursais, há muito tempo, são articulados por movimentos punitivistas e políticos de direita. As alegações de que os recursos são instrumentos protelatórios, que o direito de aguardar o julgamento em liberdade fomenta a impunidade, dentre outras que serão problematizadas neste artigo, não foram engendradas na última década pelos protagonistas da Lava-Jato e seus apoiadores. Obviamente, com o auxílio dos *mass media*, os principais agentes da Operação conseguiram criar um ambiente favorável ao fortalecimento e à proliferação do ideário punitivista. Contudo, não foram inovadores nas demandas que incentivaram. É oportuno assinalar que a defesa da antecipação da execução da pena, mediante a relativização da presunção de inocência, sempre foi apresentada à sombra destes, justificativas articuladas por Vincenzo Manzini, jurista que elaborou o código de processo penal do Fascismo italiano na década de 1930. E não há incoerência nessa continuidade argumentativa, considerando que foram a principiologia e os arquétipos estruturais do *Codice Rocco* que inspiraram o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 e a cultura processual penal predominante desde então¹.

Assim, não se deve estranhar, por exemplo, que, em pleno regime democrático, diversos argumentos autoritários que colidem, frontalmente, com a presunção de inocência tenham sido utilizados pelo ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), para fundamentar seu emblemático voto no *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP² em 2016. Apoiado na ideia de mutação constitucional — que é inviável para justificar a supressão de direitos fundamentais³, bem como no discurso da impunidade, considerando, também, que uma leitura mais extremada e conservadora do referido princípio não mais se justificaria no contexto atual, o ministro decidiu em favor da obrigatoriedade da execução da pena após a condenação em segunda instância. Apesar da roupagem retórica fornecida pela linguagem jurídica, em seu âmago, o voto do ministro Barroso, assim como os votos dos demais ministros que deliberaram que a execução provisória da pena não violaria a presunção de inocência⁴, foi lastreado pelo tecnicismo jurídico que norteou o pensamento de Manzini⁵, que projetou o processo como um instrumento de defesa social e não de tutela da liberdade.

¹ Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

³ Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2000; CUNHA, Dirley. Curso de direito constitucional. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

⁴ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁵ Neste escrito, quando se reporta a presença da racionalidade tecnicista no processo penal brasileiro (que não poderá ser esmiuçada detalhadamente por força das limitações de espaço impostas pelo formato do trabalho), trata-se da concepção de processo idealizada por Vincenzo Manzini e por outros juristas alinhados ao tecnicismo jurídico que labutaram na construção do ordenamento jurídico penal do regime de Mussolini, concepção esta que, logicamente, correspondeu à ideologia do Fascismo. Em síntese, lançando mão de discursos hipoteticamente técnicos e neutros para subtrair a substancialidade de algumas garantias da tradição jurídico-penal liberal que foram preservadas como fachada, a racionalidade processual fascista surgiu (e se mantém) como uma espécie de técnica de fragilização dos limites do poder punitivo estatal com o objetivo de tornar o processo penal mais pragmático na realização da defesa social contra os “inimigos”, fossem eles opositores políticos ou suspeitos de terem praticado crimes comuns. A respeito do contexto extremamente autoritário, o processo penal fascista necessitou ser não somente eficiente em neutralizar seus opositores políticos e os sujeitos estereotipados como delinquentes (a clientela preferencial do sistema de justiça penal), mas também ser percebido pela sociedade italiana como um instrumento legítimo. Por isso, o esforço dos tecnicistas na reestruturação epistemológica do processo penal, cuja eficiência residia na sobreposição dos interesses estatais aos individuais, teve de ser acompanhado pela disseminação de discursos políticos e acadêmicos que reforçassem e legitimassem sua condição de instrumento de defesa social. Cf. NEPPI MODONA, Guido. Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale. In: *Rivista Democrazia e Diritto*. Anno XVII. Roma: Editori Reuniti Sezione Periodici, 1977; VASSALI, G. Introduzione. In: GARLATTI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010.

A espiral punitivista fomentada pelo lavajatismo, que, sem dúvidas, teve um marco importante na decisão do ministro Barroso⁶, motivou a resistência de juristas e operadores do Direito que compartilham da visão democrática de processo penal. A defesa da presunção de inocência pelo prisma constitucional, que condiciona o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da condenação, conforme será analisado neste artigo, como não poderia deixar de ser, baseou-se no óbvio, isto é, no conteúdo dos artigos 5º, LVII, da Constituição de República, e 283 do CPPB, bem como nas críticas ao uso decisionista da tese da mutação constitucional e de argumentos policialescos para suprimir direitos fundamentais.

Reconheceram-se as premissas apresentadas para contestar a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância no julgamento conjunto das ações declaratórias de constitucionalidade ns. 43/DF, 44/DF e 54/DF⁷, no qual o STF confirmou a constitucionalidade do artigo 283 do CPPB, consagrando o Princípio da Presunção de Inocência nos moldes insculpidos no texto constitucional e inviabilizando a execução automática da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Proferiu-se tal decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Portanto, seus efeitos são vinculantes e *erga omnes*, condição que, atualmente, frente à ausência de qualquer modificação no texto constitucional ou na legislação processual, deveria vedar inovações sobre o tema de modo a evitar instabilidade e insegurança jurídica.

Não obstante, ainda em 2019, a reforma parcial do CPPB, operada pela Lei n.º 13.964 (Lei Anticrime), alterou a redação da alínea “e” do inciso I do artigo 492, estabelecendo que, em caso de condenação pelo Tribunal do Júri a uma pena de prisão igual ou superior a 15 anos, o juiz determine a execução provisória da pena, expedindo, imediatamente, o mandado de prisão, medida que, na prática, leva o acusado a sair preso da sessão de julgamento⁸. Inequivocamente, assim como a campanha lavajatista pela transformação da execução provisória da pena após condenação em segundo grau em regra geral, o novo comando legal reprisa o velho pensamento tecnicista-fascista que influencia a processualística penal brasileira desde a década de 1940, que é incompatível com a presunção de inocência e com a essência democrática da Constituição da República. Porém, tal alteração é mais nefasta, pois determina a execução imediata da pena ainda em primeira instância. Notadamente, o texto do dispositivo e os argumentos manejados em sua defesa denotam que o comando precipita o cumprimento da pena tendo como fundamento a gravidade do delito, materializando a presunção de culpa, opção que contraria a Carta Magna.

Exposta a problemática, considerando que a prisão cautelar é a mais grave constrição da liberdade prevista no ordenamento processual penal, pois culmina na prisão de um inocente que sofre os rigores corporais e psicológicos da pena antes da sentença definitiva⁹ (sendo exposto às conhecidas mazelas dos ergástulos brasileiros, como a superlotação, a insalubridade, a violência etc.), e que a Constituição da República de 1988 contempla o Princípio da Presunção de inocência como garantia constitucional do acusado, justamente, para evitar violações à liberdade e à dignidade humana. O presente artigo tem, nesse sentido, como objetivo problematizar a obrigatoriedade da execução provisória da pena no procedimento do Tribunal do Júri e sua incompatibilidade com o princípio-garantia da presunção de inocência; a tradição autoritária no processo penal brasileiro e sua relação com o desrespeito ao referido princípio; bem como demonstrar a hipótese de que o comando contido no artigo 492, I, “e”, do CPPB, afronta a constituição e seus princípios.

⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 126.292/SP. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>; Acesso em: 22 nov. 2022.

⁷ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC's ns. 43/DF, 44/DF e 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁸ Art. 492 do CPPB: “em seguida, o presidente proferirá sentença que: (...) I – no caso de condenação: (...) e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (...)”.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 14.

No que tange aos aspectos metodológicos, destaca-se que elaborou-se este trabalho mediante revisão bibliográfica interdisciplinar, e por meio da análise da legislação e de julgados pertinentes ao tema. Organizou-se o texto em três capítulos, nos quais se analisam, respectivamente, o Princípio da Presunção de Inocência e seus desdobramentos, a tradição autoritária no processo penal brasileiro e sua relação com o desrespeito ao referido princípio, e os aspectos que maculam de inconstitucionalidade o artigo 492, I, “e”, do CPPB.

2 A presunção de inocência como obstáculo ao arbítrio estatal sobre a liberdade dos cidadãos

O Princípio da Presunção de Inocência tem origem no pensamento iluminista e foi previsto, expressamente, pela primeira vez, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo artigo 9º preconizou que todo o acusado seria presumidamente inocente até que fosse declarado culpado¹⁰. Oportuno registrar que a doutrina penal desenvolvida pelos artífices da Escola Clássica, alicerçada nos valores do liberalismo clássico, que reverberou na Declaração, não promoveu a defesa da presunção de inocência lançando mão de dados empíricos gerados mediante algum tipo de metodologia científica, mas baseando-se na experiência frente aos abusos estatais do período absolutista¹¹.

Considerando-se as diferenças axiológicas e estruturais que caracterizaram a presunção de inocência em sua evolução, pode-se afirmar que, em qualquer tempo, ela significou uma escolha pela proteção da liberdade dos indivíduos, mesmo diante do risco de que muitos culpados pudessem restar impunes. Tratando-se de prisões cautelares, essa opção político-ideológica (é político-ideológica porque reflete a eleição de um valor dentro de um espectro político) se mostra demasiadamente relevante, pois revela a consciência de que a constrição cautelar da liberdade de um inocente é uma medida radical. Não por acaso, no regime democrático, à luz da presunção de inocência, a prisão preventiva deverá ser admitida somente em situações excepcionais, quando seus pressupostos e requisitos autorizadores estiverem presentes, demonstrados plenamente no processo¹².

Para Thiago M. Minagé, a presunção de inocência é um princípio político porque desencadeia uma série de relações sistêmicas, as quais deverão balizar a relação entre o Estado e os cidadãos. Com efeito, seu reconhecimento como direito fundamental impõe deveres aos Poderes do Estado, especialmente aos juízes, que são órgãos do Poder Judiciário. É no processo penal que a presunção de inocência adquire grande protagonismo, pois, por tutelar a liberdade (que está sempre em risco), representa a garantia mais importante, servindo, inclusive, como pressuposto às demais garantias¹³.

Nessa esteira, merece referência o pensamento do jurista italiano Giulio Illuminati, um dos principais estudiosos do tema, que define a presunção de inocência como a “pedra angular” do ordenamento processual penal moderno, ponderando que, além de proteger diretamente a liberdade do imputado, tal garantia imprime simetria aos elementos e à performance dos modelos processuais que têm como elementos norteadores a ampla defesa e o contraditório¹⁴.

¹⁰ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Art. 9º: “todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.” Traduzida. Disponível em: < <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

¹¹ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 145.

¹² LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 112 e ss.

¹³ MINAGÉ, Thiago M. Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição. O contraditório como significante estruturante do processo penal. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 97.

¹⁴ ILLUMINATI, Giulio. La presunzione d’innocenza dell’imputato. 6. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984. p. 05.

No plano prático, a presunção de inocência, que, em seus aspectos e desdobramentos, inclui também o Princípio do *In Dubio Pro Reo*, tenciona impedir que as ações praticadas pelo Estado, visando à apuração dos delitos, sejam empreendidas de maneiras arbitrárias e/ou desproporcionais, evitando, assim, que cidadãos acusados da prática de um delito sejam tratados como culpados antes da sentença condenatória definitiva. Destarte, a presunção de inocência é uma garantia que tem como escopo equilibrar de fato a relação entre os órgãos persecutórios e o cidadão imputado, e que se concretiza quando medidas cautelares desnecessárias são evitadas ou quando se decide pela absolvição nos casos em que a prova não permite o juízo de certeza exigido para a condenação¹⁵. É inquestionável que, quando efetivamente respeitada, a garantia obsta a ocorrência de uma série de violações de direitos fundamentais.

Verifica-se, então, que, no processo penal, a presunção de inocência incide em dois flancos, ou seja, como regra de tratamento do imputado e também como regra de juízo. No primeiro, a garantia se concretiza obstaculizando medidas cautelares desnecessárias; no segundo, assegurando a absolvição dos acusados nos casos em que as provas se mostrem frágeis, incapazes de permitir o juízo de certeza sobre a materialidade e/ou a autoria¹⁶.

No que diz respeito à proteção da liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, esfera que mais interessa ao presente trabalho, a presunção de inocência é fundamental, já que inviabiliza constrições cautelares que tenham como função latente castigar ou antecipar uma possível pena. É também em decorrência desse princípio-garantia que tonifica o processo penal democrático, que a prisão preventiva, assim como as demais medidas cautelares, jamais poderá ser justificada em fundamentos estranhos à cautelaridade, como a gravidade do delito (que está no âmago do artigo 492, I, “e”, do CPPB), a credibilidade das instituições policiais e/ou judiciárias, a defesa social, dentre outras de caráter securitários e/ou policialescos¹⁷. Nesse sentido, deve-se consignar que a Constituição da República, por sua essência democrática, que impõe um processo penal acusatório, não admite que a presunção de inocência seja interpretada de forma restritiva ou diversificada. Portanto, frente a qualquer tipo de situação ambígua ou obscura que propicie dúvidas, a interpretação deverá ser sempre extensiva em favor da liberdade do sujeito¹⁸.

No plano prático, no entanto, não obstante as disposições expressas na Carta Magna (artigo 5º, LVII) e na lei ordinária (artigos 283 do CPPB), as quais, apesar da inquisitorialidade do modelo processual, conformam uma estrutura que permite o respeito à presunção de inocência, a garantia sempre enfrentou dificuldades em sua efetivação. Mesmo após a redemocratização, a presunção de inocência continuou a ser compreendida mais como um “pórtico filosófico e juspolítico” do que como uma garantia que deve ser assegurada concretamente na prática¹⁹.

Conforme examinaremos em seguida, os motivos que prejudicam a efetivação da presunção de inocência são muitos. Mas, o principal, ao nosso juízo, é o legado do tecnicismo jurídico fascistizado, de matriz inquisitorial, orientação que foi importada da Itália na década de 1940, na ocasião da promulgação do CPPB, e que consolidou a mentalidade e os inúmeros paradigmas autoritários que ainda predominam²⁰. Neste artigo, é relevante regressar ao trabalho de Illuminati, mais precisamente em relação ao fato de a diretriz tecnicista

¹⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 347-348.

¹⁶ ILLUMINATI, Giulio. La presunzione d’innocenza dell’imputato. 6. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984. p. 15.

¹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 121.

¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 317-318.

¹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 96.

²⁰ Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

ser incompatível com a presunção de inocência porque sua essência inquisitória não coaduna com o intento de resguardar a liberdade do imputado²¹.

Diante da predominância da orientação tecnicista, grande parte dos operadores do Direito compreende a presunção de inocência por um viés demasiado abstrato, não raras vezes metafísico, e não como um comando a ser aplicado como regra no campo prático, como qualquer outro dispositivo legal. Embora não seja absoluto, o direito à presunção de inocência não é uma benesse que o juiz, a seu bel-prazer, pode ou não conceder ao imputado. O respeito à presunção de inocência é um dever do Estado-Juiz. Porém, deve-se pontuar que não há incoerência na desvalorização do princípio-garantia pelos juízes brasileiros, considerando-se que, de acordo com a racionalidade tecnicista, baseada no rearranjo dos paradigmas inquisitórios e do positivismo criminológico, o processo penal tem como finalidade a defesa social²². Sendo assim, é natural, também, que a presunção de inocência seja compreendida (e tratada) como um obstáculo à realização da repressão estatal punitiva ou como um fator que contribui para a impunidade, e que tal compreensão impacte tanto o plano legislativo quanto o cotidiano da justiça criminal, refletindo leis e decisões de cunho de cunho securitário, que desprezam os direitos fundamentais e, por conseguinte, contrariam o prisma constitucional²³.

Por derradeiro, é preciso considerar que os regramentos constitucional e processual penal autorizam o afastamento da presunção de inocência. Todavia, ele poderá ocorrer somente em casos excepcionais. Qualquer decisão judicial nesse sentido, para que seja idônea, deverá apresentar motivação e fundamentações rígidas, de modo a demonstrar a imperiosa necessidade da restrição da liberdade. A motivação e a fundamentação são indispensáveis não apenas por razões jurídicas, mas, também, por razões políticas. Em coerência com os axiomas (e com a perspectiva histórica) da presunção de inocência, a imprescindibilidade de motivação e fundamentação idôneas para o seu afastamento estão vinculadas à noção de controle sobre as arbitrariedades que porventura possam ser praticadas pelos órgãos judiciais²⁴.

Ante ao exposto, a presunção de inocência é um princípio-garantia medular do processo penal democrático, na medida em que configura uma barreira efetiva ao arbítrio estatal, garantindo a liberdade dos cidadãos. Desse modo, para além do campo processual, constata-se que a presunção de inocência assegura a substancialidade da própria democracia e, por isso, em hipótese alguma, pode ser suprimida no plano legal e/ou relativizada nos julgamentos em qualquer instância, em que poderá ser afastada, conforme mencionado, somente na esfera das cautelares e em casos excepcionalíssimos, quando a liberdade do imputado possa prejudicar o deslinde e a conclusão do processo²⁵.

3 O desprezo pela presunção de inocência como sintoma da racionalidade tecnicista-fascista arraigada no campo processual penal: apontamentos desde o Pacote Anticrime

Como se observou, a presunção de inocência deve funcionar como uma regra de tratamento a ser dispensada ao acusado durante todo o processo. No que tange ao objeto do presente trabalho, em sua missão de proteger a liberdade, tal princípio-garantia deve inviabilizar não somente o uso desnecessário da prisão provisória, mas também a promulgação de dispositivos legais que preconizem prisões processuais automá-

²¹ ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. 6. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984. p. 07-18-33.

²² Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

²³ Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 666 e ss.

²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 72 e ss.

ticas, obrigatórias ou a execução provisória/antecipada da pena nos casos em que não estejam presentes os requisitos da constrição cautelar²⁶. Tratando desses desígnios da presunção de inocência, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró arrazoaram que não há outra interpretação que se possa fazer do art. 5º, caput, LVII, da Constituição de 1988²⁷.

Se, na prática, a presunção de inocência segue reduzida à sua dimensão formal, é porque o processo penal brasileiro segue marcado por um exacerbado autoritarismo. Em grande medida, essa condição é resultado do já mencionado legado do tecnicismo fascista arraigado na estrutura do processo penal brasileiro e na cultura processual predominante²⁸. Sem dúvidas, grande parte dos operadores do direito e doutrinadores, ainda, pensam o processo, seus institutos e categorias, sob a ótica processual securitária e pragmática de Manzini, disseminada no Brasil desde a década de 1940. Não se deve descuidar do fato de que, apesar das reformas, a estrutura do processo penal brasileiro, ainda, é a mesma de 1941, arquitetada na ditadura Vargas e inspirada no *Codice Rocco* (o código de processo do Fascismo italiano), um diploma reacionário e de matriz inquisitória, que tinha a prisão provisória como regra²⁹. E ela é mantida porque, rigorosamente, há uma racionalidade predominante, que é a tecnicista, que a considera compatível com o prisma constitucional democrático.

Não sem razão, o modelo processual brasileiro é definido pelos estudiosos do tema como inquisitório³⁰. Seguramente, mesmo reformado, o processo penal brasileiro, por ser inspirado no sistema processual idealizado por Manzini a serviço do Fascismo, que teve como base a estrutura bifásica (apelidade de mista) do Código Napoleônico, na qual preponderam elementos de essência inquisitória, não é compatível com os princípios consagrados na Constituição da República³¹. Conforme ensinou Illuminati, a incompatibilidade do sistema misto com os preceitos democráticos, dentre eles a presunção de inocência, ocorre porque é impossível conciliar ou mediar elementos inquisitórios e acusatórios. Desse modo, prevalecem os elementos inquisitórios, o que faz com que a dita acusatoriedade do sistema misto não passe de mera aparência. De acordo com o processualista, ao retirar a substancialidade das garantias, o modelo misto dificulta, radicalmente, a concretização da presunção de inocência³².

Para que se possa compreender, de forma mais acurada, a ideia de se antecipar, automaticamente, a execução da pena que se materializou no artigo 492, I, “e”, do CPPB, é importante problematizar as manifestações do tecnicismo-fascista que, ainda, predominam. As limitações de espaço, impostas pelo formato do presente artigo, não permitem uma análise mais aprofundada das questões atinentes à introjeção e à continuidade da orientação tecnicista no processo penal brasileiro. Todavia, mesmo que, de modo perfunctório, o exame do Pacote Anticrime³³, nos termos em que foi elaborado e apresentado inicialmente ao Congresso

²⁶ Cf. SILVA, T. R. da; FERREIRA DE SOUZA E SABOYA, K. M. A presunção de inocência frente a execução provisória da pena: Uma análise à luz do sistema internacional de direitos humanos. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 156–174, 2020. DOI: 10.21680/1982-310X.2019v12n2ID19028.

²⁷ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Parecer anexado aos autos do Habeas Corpus nº 126.292/SP – Supremo Tribunal Federal). Consultante: Maria Cláudia de Seixas. São Paulo: 2016. p. 09.

²⁸ Cf. SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

²⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. Reformas (?) do Processo Penal: Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 07.

³⁰ Cf. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Lei nº. 12.403/2011: Mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leandro Costa de; (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018; KAHLED JR., Salah Hassan. A Busca da Verdade No Processo Penal. Para Além da Ambição Inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2014; LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal. Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

³¹ Cf. SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021; SALES, José Edvaldo Pereira. Autoritarismo e garantismo. Tensões na tradição brasileira. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

³² ILLUMINATI, Giulio. La presunzione d’innocenza dell’imputato. 6. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984. p. 166.

³³ Cf. BRASIL. Projeto de Lei nº. 882/2019. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL%20882/2019>. Acesso em: 24 nov. 2022.

Nacional no início de 2019, por Sergio Fernando Moro, na época ministro da Justiça e da Segurança Pública, bem como com base nos discursos erigidos em sua defesa e também da legislação a qual deu origem, a Lei n.º 13.964/2019 (Lei Anticrime), permite evidenciar o predomínio dos paradigmas da processualística tecnicista-fascista que inspiraram o CPPB de 1941.

Visivelmente, o Projeto de Lei n.º 882/2019 se mostrou radicalmente contrário à ideia de implementar um processo penal acusatório³⁴ que vinha ganhando força entre juristas e acadêmicos do campo progressista, conforme se observou nos debates sobre o Projeto de Lei n.º 8.045/2010 (que preconiza um novo código de processo penal de estrutura acusatória e ainda tramita vagarosamente no Congresso Nacional). Na mesma direção das “Dez Medidas Contra a Corrupção” anteriormente apresentadas pelo Ministério Público Federal, o Pacote Anticrime de Moro retomou e reforçou diversos elementos nucleares do tecnicismo-fascista, sempre muito útil para reatualizar e relegitimar os velhos paradigmas inquisitórios do passado. Infelizmente, apresentou-se o Projeto de Lei n.º 882/2019 apresentado desacompanhado de uma exposição de motivos. Contudo, considerando que, em seu discurso de posse, o ministro Moro asseverou que o objetivo da proposta seria “(...) enfrentar os pontos de estrangulamento da legislação penal e processual penal e que impactam a eficácia do Sistema de Justiça Criminal”, justificando-a especialmente no mito da impunidade e na sensação de insegurança da população frente ao nível “epidêmico” de criminalidade³⁵, o substrato teórico-princípiosológico que lhe serviu de base resta evidente.

O discurso securitário de Moro se diferencia muito pouco das ideias presentes nas obras e na exposição de motivos do *Codice Rocco* escritas por Manzini³⁶. O raciocínio de matriz inquisitorial no sentido de que o processo deve ser mais célere; que as formalidades, os recursos e algumas garantias processuais obstaculizam o exercício do poder punitivo (que Moro pretendia “destravar”) e fomentam a impunidade; que o juiz deve ter uma postura ativa na busca da prova; que o processo é um instrumento repressivo — de defesa social³⁷, mostrou-se bastante presente na sua manifestação de posse³⁸. Em vista disso, é natural que velhas

³⁴ Considerando o recorte deste escrito, os pontos do Projeto de Lei Anticrime que mais merecem atenção são os relacionados ao CPPB, especialmente os que propuseram alterar o art. 310 com o intuito de facilitar o encarceramento preventivo de determinados indivíduos, isto é, de indivíduos cuja periculosidade possa ser presumida; modificar o art. 492 do CPPB, mais precisamente a alínea “e” de seu inciso I, com o objetivo de precipitar a execução da pena do réu condenado pelo Tribunal do Júri já na primeira instância; introduzir no art. 492 o parágrafo 5º e seus incisos I e II para autorizar o juiz presidente do Tribunal do Júri a atribuir efeito suspensivo aos recursos de apelação que entendam não ser protelatórios ou capazes de ensejar a absolvição do acusado, anular o julgamento ou modificar a pena e seu regime de cumprimento; incluir pelo art. 617-A a obrigatoriedade da determinação da execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância; modificar o art. 609 para restringir o objeto dos embargos infringentes e de nulidade; e introduzir os artigos 28-A e 395-A, que dispõem respectivamente sobre o acordo de não persecução penal e o acordo para o cumprimento imediato da pena. Sem dúvida, as referidas propostas corroboram com a hipótese que lastreou o presente trabalho pelo fato de demonstrarem o alinhamento do pensamento que conduziu a formulação destas com a orientação processual tecnicista-fascista absorvida na década de 1940, durante o Estado Novo. Cf. BRASIL. Projeto de Lei n.º 882/2019. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL%20882/2019>. Acesso em: 24 nov. 2022.

³⁵ MORO, Sergio Fernando. Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corupcao-moro-toma-posse-na-justica>>. Último acesso em 12.jun. 2019.

³⁶ Cf. MANZINI, Vincenzo. La crisi presente del Diritto Penale. Discorso inaugurale pronunciato per l'apertura dello ano académico 1899-900 nell'Università Di Ferrara. Ferrara: Tip. Taddei, 1900; MANZINI, Vincenzo. La política criminal e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita. In: Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza, Unione Tipografica Editrice-Torinese, Torino, Vol. LXXIII, 1911; MANZINI, Vincenzo. Trattato de Procedura Penle e di Ordenamento Giudiziario. Vol. I. Torini: Fratelli Bocca Editori, 1920; MANZINI, Vincenzo. Dei limiti dell'intervento della difesa nella istruttoria penale secondo la teoria dei diritti pubblici subiettivi. Milano: *Stab. Tip. Marino Bellinzaghi*, 1906; MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano secondo il código del 1930. Volume Primo. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1933; MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il Nuovo Codice. Volume Primo. Torino: Unione Tipográfica – Editrice Torinese, 1931; MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. Codice di Procedura Penale. Ilustrato con i Lavori Preparatori. Roma: Tipografia Della Camera Dei Deputati, 1930.

³⁷ Cf. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Ecos de Inquisición. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2014.

³⁸ MORO, Sergio Fernando. Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corupcao-moro-toma-posse-na-justica>>. Último acesso em 12.jun. 2019.

cogitações como a de que a presunção de inocência é um princípio supérfluo, sem lógica, já que um processo técnico por si só asseguraria a realização da justiça, ganhem força novamente³⁹, mesmo que com outras roupagens fornecidas por retóricas mais adequadas ao nosso tempo⁴⁰.

Como é de conhecimento comum, aprovou-se o Pacote Anticrime pelo Congresso. No entanto, com importantes alterações. No que tange ao CPPB, a Lei n.º 13.964/2019⁴¹, surpreendentemente, introduziu dispositivos acusatórios. De outra banda, manteve inúmeros pontos do esboço original destinados a recrudescer o sistema penal, dentre eles o que é objeto do presente trabalho, isto é, a determinação da imediata execução provisória da pena nos casos em que os réus forem condenados pelo Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, disposição que, visivelmente, conforme já se alertou, configura uma antecipação da pena e, por isso, afronta o Princípio da Presunção de Inocência.

Apesar do propósito declarado de aperfeiçoar a legislação processual penal, a Lei n.º 13.964/2019 não se afastou do “isoforismo reformista”⁴² que lastreou todas as reformas processuais penais no período democrático e não alterou a espinha dorsal do processo penal brasileiro. Os legisladores optaram por manter a estrutura preconizada no CPPB de 1941, inspirado no *Codice Rocco*. Assim, o diploma processual segue autorizando, por exemplo, a produção probatória de ofício pelo juiz na fase de instrução — o que configura uma das técnicas medulares do processo inquisitorial (artigos 156 e 209); que o juiz atribua definição jurídica diversa ao delito narrado na denúncia, mesmo que, como consequência, tenha de aplicar pena mais grave (artigo 383); que o juiz condene o réu mesmo que o Ministério Público — o órgão titular da ação penal — postule pela absolvição (artigo 385); e ainda contando com o velho sistema de nulidades, que é demasiado “funcional” para chancelar a supressão ou a relativização de garantias, cuja efetivação depende do respeito às formas processuais (artigo 563 e ss.). A manutenção desses dispositivos atesta a permanência da mesma mentalidade que guiou a codificação de 1941.

No que diz respeito à predominância da racionalidade tecnicista-fascista, cuja essência é inquisitória, é sintomático que, logo após a promulgação da nova lei, o instituto do juiz de garantias tenha sido fortemente criticado por alguns setores e questionado na ADI n.º 6.298, na qual foi suspenso em decisão monocrática do ministro Luiz Fux, na época, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴³, Corte que, paradoxalmente, tem a incumbência de garantir o cumprimento da Constituição democrática, que clama por um modelo processual penal acusatório. Nesse panorama, a ideia de se antecipar a execução da pena, que acabou não sendo implementada como regra geral por força das ADCs ns. 43/DF, 44/DF e 54/DF, ressurgiu no artigo 492, I, “e”, do CPPB, que, até o presente momento, é reconhecido como constitucional e aplicado no cotidiano do Júri.

Diante do cenário atual, resultante das reformas parciais que mesclam elementos inquisitórios e acusatórios, opção que faz com que os últimos restem enfraquecidos e muitas vezes sirvam para escamotear o autoritarismo que é medular na racionalidade processual predominante, conclui-se que o Poder Legislativo erra ao não implementar um sistema processual acusatório, compatível com o Princípio da Presunção de Inocência e os demais princípios democráticos⁴⁴. Os resultados mais imediatos da permanência da racionalidade

³⁹ Cf. NICOLITT, André Luiz. As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

⁴⁰ Cf. BRASIL. Projeto de Lei n.º 882/2019. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL%20882/2019>. Acesso em: 24 nov. 2022.

⁴¹ Cf. BRASIL. Lei n.º 13.964/2019. Lei Anticrime. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 25 nov. 2022.

⁴² Isomorfismo reformista é uma expressão utilizada por Michel Foucault para definir as reformas realizadas no âmbito penal que, apesar dos ideários que as circundam, na realidade, asseguram a manutenção do estado das coisas. Cf. FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

⁴³ Cf. ADI n.º 6.298 (STF), que questiona a implementação da figura do juiz de garantias, e que foi oposta pela AMB — Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Ajufe — Associação dos Juizes Federais do Brasil. * Até a finalização do texto deste livro, em janeiro de 2023, o instituto do juiz de garantias seguia suspenso.

⁴⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a

dade e dos paradigmas estruturais tecnicistas, e também da inércia em alterar esse quadro, são as constantes relativizações do Princípio da Presunção de Inocência e o desperdício de esforços que, em vez de estarem sendo direcionados às discussões sobre a cristalina inconstitucionalidade do CPPB, poderiam ser envidados na construção de um modelo processual acusatório que, mesmo não sendo livre do autoritarismo, é imamente ao sistema de justiça criminal⁴⁵, poderia amenizar o problema das constantes violações de direitos fundamentais no campo processual.

4 A inconstitucionalidade da execução provisória da pena como decorrência automática da condenação pelo Tribunal do Júri

A problematização traçada nos dois capítulos anteriores denota a fundamental importância da presunção de inocência. Restou evidenciado que toda pessoa submetida à persecução penal é titular do direito fundamental à presunção de inocência, mesmo que seja reincidente ou ostente antecedentes. Nesse diapasão, a vida peregria do imputado deverá ter relevância, somente, no caso de condenação, quando serão avaliadas as circunstâncias judiciais, as agravantes e atenuantes. Qualquer entendimento diverso, concentrado nos aspectos pessoais do réu que sejam estranhos aos requisitos das medidas cautelares, além de preconceituoso, estará maculado de inconstitucionalidade. Com efeito, o tratamento do réu, ainda inocente como culpado, sempre materializará os preceitos do ignóbil direito penal do inimigo, que é um modelo teórico antidemocrático que corrói a base constitucional necessária à efetivação da presunção de inocência⁴⁶.

Tais afirmações coadunam com a leitura constitucional democrática no sentido de que o processo penal não tem como missão satisfazer uma pretensão acusatória ou salvaguardar interesses securitários, mas deve ter sua instrumentalidade voltada à efetivação das garantias fundamentais, tendo a liberdade como valor primário⁴⁷. Assim, em hipótese alguma, a presunção de inocência pode ser relativizada com base em uma pretensão prevalência do interesse público. De acordo com Lopes Jr., a compreensão que coloca a presunção de inocência em um patamar inferior ao do interesse público, inclusive, já está superada frente à complexidade das relações sociais nas democracias contemporâneas e, certamente, configura um “maniqueísmo grosseiro” que serve unicamente para legitimar o abuso de poder⁴⁸.

Não é exagero afirmar que a presunção de inocência é a garantia mais importante em um processo penal que se pretenda democrático. Não por acaso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os mais importantes tratados e convenções internacionais que visam à proteção dos direitos humanos e a Constituição da República de 1988⁴⁹ contemplam a presunção da inocência. Dessa maneira, é constitucionalmente assegurado ao cidadão o direito de ser tratado como inocente até que seja condenado definitivamente, isto é, até que sejam esgotadas todas as vias recursais. Em síntese, conforme ressaltou Minagé, a Carta Magna faz da

elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 533.

⁴⁵ PALIERO, Carlo Enrico. Legitimazione democratica versus fondamento autoritario: due paradigmi di diritto penale. In: STILE, Alfonso Maria (Org.). *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 161-162-163; SALES, José Edvaldo Pereira. *Autoritarismo e garantismo. Tensões na tradição brasileira*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 130.

⁴⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 539-540.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29-30-31-67.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34-35.

⁴⁹ A primeira parte do artigo 11, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a Lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Na mesma linha, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 592/1992, dispõe, em seu artigo 14, item 2, que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. O Pacto de San José da Costa Rica, por sua vez, no seu artigo 8, item 2, estabelece que: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

presunção de inocência “um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente”⁵⁰.

Até mesmo o CPPB, cuja estrutura tem raízes na processualística tecnicista-fascista, condição que dificulta sobremaneira a efetivação da presunção de inocência, dispõe no já referido artigo 283, que teve sua constitucionalidade reconhecida pelo STF nas ADCs ns. 43/DF, 44/DF e 54/DF, que

ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Depois da reforma operada pela promulgação da Lei n.º 13.964/2019, que infelizmente não alterou o sistema processual brasileiro, a presunção de inocência, ao menos no plano legal, na esfera das cautelares, restou reforçada pela nova redação do artigo 313, §2º, que determina que “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena (...)”. Infelizmente, pelo disposto no art. 492, I, “e”, do CPPB, a ideia de respeito à garantia não refletiu no procedimento do Júri.

Passados três anos da promulgação da Lei Anticrime, a validade do referido dispositivo vem sendo debatida no Recurso Extraordinário n.º 1.235.340 (STF), no qual se busca a fixação da seguinte tese com repercussão geral: “a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”. Até a conclusão do presente trabalho, o julgamento se encontrava suspenso por força do pedido de vista pelo ministro André Mendonça, mas contava com a maioria dos votos favoráveis ao reconhecimento da citada tese. Dessa vez, para justificar seu posicionamento pela relativização da presunção de inocência, o ministro Luís Roberto Barroso arguiu em seu voto que “a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes”⁵¹. Por essa lógica, existindo um veredicto condenatório pelo conselho de sentença,

(...) o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos a que ela visa resguardar (CF/1988, artigos 5º, caput e LXXVIII, e 144), notadamente a vida humana⁵².

Por essa fundamentação, resta claro que, na realidade, são a gravidade do crime e outros preceitos de natureza político criminal que estão a respaldar a supressão do Princípio da Presunção de Inocência, o que deveria ser inaceitável diante da Constituição democrática.

A inconstitucionalidade do artigo 492, I, “e”, do CPPB é evidente. Na verdade, mesmo que pontualmente no procedimento do Júri, a redação do dispositivo materializou os mesmos argumentos que já haviam sido expendidos pelos lavajatistas e até mesmo pelo próprio ministro Luís Roberto Barroso, em 2016, no *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP (STF) para defender execução automática da pena após a condenação em segunda instância como regra geral. As justificativas no sentido de que tal inovação impediria a interposição de recursos protelatórios (medida que, segundo os defensores da supressão da presunção de inocência, seria um benefício das pessoas ricas, que ostentam condições financeiras de contratar os melhores advogados); diminuiria a impunidade e, com isso, melhoraria a imagem da justiça penal perante a sociedade; assim como a afirmação de que uma leitura mais extremada e conservadora do Princípio da Presunção de Inocência não mais se justificaria no contexto atual, dentre outras, foram superadas no julgamento das ADCs ns. 43/DF, 44/DF e 54/DF pelo STF. Entretanto, elas adquiriram novos contornos e reapareceram na essência do voto

⁵⁰ MINAGÉ, Thiago M. Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição. O contraditório como significante estruturante do processo penal. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 99.

⁵¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1.235.340. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁵² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1.235.340. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

do ministro Barroso no Recurso Extraordinário n.º 1.235.340, quando referiu que a não execução imediata da pena após a condenação pelo Tribunal do Júri:

viola sentimentos mínimos de justiça, bem como a própria credibilidade do Poder Judiciário, que o homicida condenado saia livre após o julgamento, lado a lado com a família da vítima. Essa situação se agrava pela indefinida procrastinação do trânsito em julgado, mediante recursos sucessivos, fazendo com que a pena prescreva ou seja cumprida muitos anos após o fato criminoso⁵³

Pela ótica constitucional, os fundamentos articulados no julgado se mostram equivocados. Incontestavelmente, o Princípio da Soberania dos veredictos é um direito fundamental – garantia, visto que está previsto na alínea “c” do inciso XXXVIII do artigo 5º, no título “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”. Todavia, sequer se faz necessária uma análise epistemológica dos direitos fundamentais para que se possa afirmar que a soberania dos veredictos não colide com a presunção da inocência. A soberania dos veredictos não resta fragilizada pela presunção de inocência na fase da sentença de plenário, uma vez que o condenado, segundo o próprio texto constitucional, deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ademais, o fato de o réu permanecer em liberdade após a condenação pelo conselho de sentença não interfere na soberania dos veredictos e tampouco diminui sua importância como garantia. Assim que transitada em julgado, independentemente do *status* processual do acusado (se em liberdade ou preso), a decisão dos jurados, não tendo sido cassada, produzirá os efeitos que dela se espera. Em hipótese alguma, a presunção de inocência poderá obstaculizar a decisão dos jurados. Nessa fase do procedimento, a prisão é *sempre processual*, e poderá ser decretada nos casos em que estejam presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Sendo assim, autorizar a execução provisória automática da pena de um réu condenado, em primeiro grau, sob a ilógica tese de se assegurar a soberania dos veredictos (que sequer pode ser maculada pela presunção de inocência), é uma medida ilógica e que não coaduna com o prisma constitucional.

Para o bem da frágil democracia brasileira, conforme já comentado, o julgamento das ADCs ns. 43/DF, 44/DF e 54/DF pelo STF impediu que a aberração da execução automática da pena, após a confirmação da condenação em segunda instância, se tornasse a regra. Por coerência, e, inclusive, para barrar qualquer tipo de insegurança jurídica e/ou evitar violações generalizadas do direito à liberdade em nome de interesses securitários, os fundamentos das referidas ADCs deveriam balizar qualquer decisão que tenha como objeto o comando do art. 492, I, “e”, do CPPB, que, manifestamente, mantém viva a ideia da execução automática da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas, atualmente, ainda na primeira instância. Mas não é o que se verifica no cotidiano forense, vide o Recurso Extraordinário n.º 1.235.340/SC que ainda tramita no STF.

Examinados os principais argumentos favoráveis à relativização da presunção de inocência, urge tratar dos argumentos opostos, que visam assegurar o respeito à garantia e, por conseguinte, a democracia processual. Esses argumentos que debelam as incoerentes retóricas favoráveis à relativização da presunção de inocência (premissas que, seguidamente, são sustentadas por juristas comprometidos com a democratização do processo) foram reunidos e, precisamente, delineados por Lopes Jr. Resumidamente, os motivos elencados pelo processualista rechaçando a defesa da supressão da presunção de inocência, nos termos em que vem sendo erigida, são os seguintes:

a) o ordenamento jurídico-penal brasileiro adotou o regime da culpabilidade normativa, que exige, para a aplicação da sanção, a confirmação da culpa em uma sentença condenatória definitiva baseada em provas robustas da materialidade e da autoria da conduta tipificada como crime⁵⁴.

⁵³ Cf. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário n.º 1.235.340/SC – STF. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf>. Acesso em 29 nov.2022.

⁵⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 659.

b) O texto do inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República condiciona, expressamente, a aplicação da sanção criminal ao “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, veda a execução da pena antes da formação da coisa julgada formal e material, que depende do esgotamento das vias recursais⁵⁵.

c) O Supremo Tribunal Federal tem como incumbência garantir o respeito à Constituição democrática e seus princípios, e não produzir regras processuais e categorias jurídicas que a afrontem. Por isso, não está autorizado a criar de modo decisionista e antidemocrático um novo conceito de “trânsito em julgado”⁵⁶.

d) Metodologicamente, é inapropriado transportar para o Brasil os aspectos práticos de aplicação/efetivação da presunção de inocência de outros países que possuem textos constitucionais e regras processuais penais diferentes⁵⁷–⁵⁸.

e) O argumento de que o número de decisões modificadas por meio dos recursos especial e extraordinário é insignificante não condiz com a realidade. Dados publicados pelas defensorias públicas da União e das defensorias públicas dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro demonstram que 46% das decisões são modificadas nas cortes superiores. Nesse *quantum* não se verificam, apenas, absolvições, mas também decisões que reduzem penas, modificam regimes de cumprimento, substituem penas, anulam processos, operam a desclassificação do tipo penal, dentre outras que estabelecem situações jurídicas mais brandas do que a prisão aos recorrentes⁵⁹.

f) Não é adequado considerar que os recursos sejam mecanismos protelatórios por força da demora no julgamento. O problema da morosidade, na prestação jurisdicional, não deve ser solucionado pela supressão da presunção de inocência ou do direito de recorrer, mas por meio do aprimoramento da estrutura do Poder Judiciário⁶⁰.

g) O discurso de “combate à impunidade” é um argumento enganoso e que não serve para embasar decisões que relativizem a presunção. O STF não tem como missão corresponder às expectativas punitivistas, mas assegurar o cumprimento da Constituição e a eficácia dos direitos fundamentais, ainda que tenha que decidir de forma contramajoritária⁶¹.

Para além desses argumentos, conforme exposto ao longo do artigo, o Princípio Democrático da Presunção de Inocência tem eficácia irradiante, portanto, deve se projetar como direito informador do sistema processual desde a elaboração legislativa, balizando a constitucionalidade das leis, evitando, assim, a promulgação de leis que violem seu conteúdo ou permitam sua relativização⁶².

Os argumentos elencados corroboram a hipótese que guia o presente trabalho no sentido de que a determinação de executar a pena ainda em primeiro grau — no caso de condenação com pena fixada em um patamar superior a quinze anos de reclusão pelo Tribunal do Júri disposta no artigo 492, I, “e”, do CPPB — é desconexa e inconstitucional, assim como a rechaçada obrigatoriedade da execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 659.

⁵⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 660.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 660.

⁵⁸ A esta altura do trabalho, imperioso repetir que o comando do artigo 5º, LVII da Constituição, que preconiza que o acusado é presumidamente inocente até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, não é uma opção isolada dos constituintes brasileiros, visto que constituições de outros países (p. Ex. Itália e Portugal), apesar das diferenças dos sistemas recursais, em respeito aos tratados e convenções internacionais que defendem os direitos humanos, também garantem o status de inocência até o trânsito em julgado.

⁵⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 661.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 661.

⁶¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 662.

⁶² MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 249-250.

Por derradeiro, reforça-se que, em relação ao seu conteúdo (normativo-axiológico), a presunção de inocência é norma-princípio, porquanto identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado. Assim, sendo uma cláusula pétrea⁶³, a presunção de inocência (que se desdobra no princípio do *in dubio pro reo*) jamais poderá ser suprimida. A garantia poderá ser, apenas, mitigada, mas somente em situações excepcionais (no caso da prisão cautelar, quando a liberdade do acusado representar algum risco concreto ao feito), quando, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, o julgador, amparado em elementos probatórios lícitos e seguros, demonstrar a necessidade da constrição e que atingiu o estado subjetivo de certeza necessário para decidir em desfavor do imputado⁶⁴. Em suma, qualquer dispositivo legal ou decisão judicial que determine a execução provisória da pena antes da sentença condenatória definitiva, por motivos que não correspondam aos requisitos das medidas cautelares, viola a presunção de inocência e afronta a Constituição democrática.

5 Considerações Finais

Sem a intenção de esgotar o tema, apresentaram-se, neste artigo, aportes sobre a presunção de inocência e o intento de antecipar a execução da pena que ganhou força nos últimos anos, ignorando, completamente, a disposição do artigo 5º, LVII, da Constituição da república, e o comando do artigo 283 da legislação processual penal, e que, após a promulgação da Lei Anticrime, se consubstanciou no artigo 492, I, “e”, do CPPB. Como objetivo, buscou demonstrar a inconstitucionalidade desse dispositivo legal que tornou obrigatório o cumprimento imediato da pena após a condenação pelo Tribunal do Júri, ainda em primeira instância, nos casos em que a reprimenda seja fixada em um patamar igual ou superior a 15 anos de reclusão.

Para tanto, propôs o exame da presunção de inocência e seus desdobramentos, explicitando que tal garantia constitucional é medular em um processo penal que se pretenda democrático, uma vez que, quando respeitada, obsta prisões desnecessárias e a violação de direitos fundamentais. O escrito, também, esclareceu que um dos principais fatores a propiciar a relativização e a supressão da presunção de inocência é a permanência da racionalidade tecnicista-fascista, de matriz inquisitória, que alicerçou o código de processo do Fascismo italiano (*Codice Rocco*) e que foi introjetada no Brasil durante a Ditadura Vargas, inspirando o CPPB de 1941 e a cultura processual que predominou desde então.

Conforme apontado, esse legado processual autoritário, sempre, se mostrou muito evidente nos argumentos que embasaram as recentes tentativas de tornar a execução provisória da pena após em segunda instância a regra geral, os quais ecoaram na decisão proferida no *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, do STF. Em respeito ao arco constitucional democrático, essas ideias deveriam ter sido sepultadas após o julgamento das ADC's ns. 43/DF, 44/DF e 54/DF pela Suprema Corte, mas, insolitamente, como foi relatado, ressurgiram no artigo 492, I, “e”, do CPPB.

Diante dos dados cotejados no trabalho, verifica-se que a presunção de inocência é a garantia mais importante, pois serve como pressuposto às demais. Infere-se, ainda, para além do campo processual, que o respeito à presunção de inocência é um elemento substancial da própria democracia. Não por acaso é consagrada nos tratados e convenções internacionais, na Constituição da República e na lei ordinária. Dito isso, conclui-se que a execução provisória da pena, em decorrência automática da condenação pelo Tribunal do Júri, no artigo 492, I, “e”, do CPPB, afronta a Constituição da República.

⁶³ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 445.

⁶⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 273-274-472.

Referências

- BRASIL. Lei n.º 13.964/2019. Lei Anticrime. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm>. Acesso em: 25 nov.2022.
- BRASIL. Projeto de Lei n.º 882/2019. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL%20882/2019>. Acesso em: 24 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC's ns. 43/DF, 44/DF e 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 126.292/SP. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1.235.340. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>>. Acesso em: 27 nov. 2022.
- CUNHA, Dirley. Curso de direito constitucional. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Reformas (?) do Processo Penal: Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Ecos de Inquisición. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2014.
- ILLUMINATI, Giulio. La presunzione d'innocenza dell'imputato. 6. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984.
- KAHLED JR., Salah Hassan. A Busca da Verdade No Processo Penal. Para Além da Ambição Inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2014.
- LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Parecer anexado aos autos do Habeas Corpus n.º 126.292/SP – Supremo Tribunal Federal). Consultante: Maria Cláudia de Seixas. São Paulo: 2016.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.
- LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal. Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. Codice di Procedura Penale. Illustrato con i Lavori Preparatori. Roma: Tipografia Della Camera Dei Deputati, 1930.

MANZINI, Vincenzo. Dei limiti dell'intervento della difesa nella istruttoria penale secondo la teoria dei diritti pubblici subiettivi. Milano: Stab. Tip. Marino Bellinzaghi, 1906.

MANZINI, Vincenzo. La crisi presente del Diritto Penale. Discorso inaugurale pronunciato per l'apertura dello ano acadêmico 1899-900 nell'Università Di Ferrara. Ferrara: Tip. Taddei, 1900.

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

MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano secondo Il código del 1930. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1933.

MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il Nuovo Codice. Volume Primo. Torino: Unione Tipográfica – Editrice Torinese, 1931.

MANZINI, Vincenzo. Trattato di Procedura Penle e di Ordenamento Giudiziario. Vol. I. Torini: Fratelli Bocca Editori, 1920.

MINAGÉ, Thiago M. Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição. O contraditório como significante estruturante do processo penal. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nélson de. Lei n.º 12.403/2011: Mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leandro Costa de; (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Escritos do Prof. Jacinto Nélson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º 175, junho/2007.

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

MORO, Sergio Fernando. Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>. Último acesso em 12.jun. 2019.

NEPPI MODONA, Guido. Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del código penale. In: Rivista Democrazia e Diritto. Anno XVII. Roma: Editori Reuniti Sezione Periodici, 1977.

NICOLITTI, André Luiz. As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

PALIERO, Carlo Enrico. Legitimazione democrática versus fundamento autoritário: due paradigmi di diritto penale. In: STILE, Alfonso Maria (Org.). Democrazia e autoritarismo nel diritto penale. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

SALES, José Edvaldo Pereira. Autoritarismo e garantismo. Tensões na tradição brasileira. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

SILVA, T. R. da; FERREIRA DE SOUZA E SABOYA, K. M. A presunção de inocência frente a execução provisória da pena: Uma análise à luz do sistema internacional de direitos humanos Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 156–174, 2020. DOI: 10.21680/1982-310X.2019v12n2ID19028.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VASSALI, G. Introduzione. In: GARLATI, Loredana (Org.). L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A função garantista processual
dos princípios restaurativos**

**The procedural guarantee
function of the restorative
principles**

Selma Pereira de Santana

Rubens Lira Barros Pacheco

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

A função garantista processual dos princípios restaurativos*

The procedural guarantee function of the restorative principles

Selma Pereira de Santana**

Rubens Lira Barros Pacheco***

Resumo

O objetivo deste artigo é investigar a relação entre as garantias processuais penais e os princípios restaurativos no ordenamento jurídico brasileiro. Questiona-se se a Justiça Restaurativa, a fim de propor um modelo de justiça não punitivo, poderia fazer retroceder as conquistas do garantismo penal. A pesquisa se justifica considerando que a Justiça Restaurativa, de inspiração abolicionista, apresenta notas claras de oposição aos fundamentos do sistema penal. No entanto, longe de suplantá-lo, as práticas restaurativas brasileiras procuram articular-se com ele, comunicando-se justamente por meio de institutos processuais penais. Considerando que as garantias processuais penais também são fundamentos desse modelo punitivo, investiga-se se haveria um risco dessa relação ambígua produzir, em alguma medida, também uma negação dessas garantias. A pesquisa é original e seu valor deriva do fato de que, caso comprovada uma oposição insuperável entre os modelos, a viabilidade dos programas restaurativos poderia ser questionada. Os métodos adotados são os da pesquisa teórica e da interpretação teleológica. A técnica aplicada é a da pesquisa bibliográfica. Como resultado, percebeu-se, no plano teleológico entre os axiomas garantistas processuais e os princípios restaurativos, a existência de um espaço de harmonização, tanto no que tange à natureza das funções que exercem no interior de seus modelos, quanto na função política comum que se assinala entre eles. Conclui-se que o princípio restaurativo da confidencialidade, em especial, exerce sob determinadas circunstâncias, uma função de verdadeira garantia processual penal. O artigo se destina, especialmente, aos acadêmicos e profissionais que lidam com o tema da institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil.

Palavras-chave: justiça restaurativa; garantismo penal; garantias processuais; princípios restaurativos.

Abstract

The purpose of this paper is to investigate the relationship between criminal procedural guarantees and restorative principles in the Brazilian legal system. It is questioned whether Restorative Justice, in order to propose a non-punitive model of justice, could set back the achievements of criminal guaranteeism. The research is justified considering that Restorative Justi-

* Recebido em 16/12/2022

Aprovado em 11/05/2023

** Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006). Procuradora de Justiça (Ministério Público Militar da União). Professora Associada 4, de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação e Pós-Graduação - Linha de Pesquisa: Justiça Restaurativa). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Justiça Restaurativa (cadastrado pelo CNPq). E-mail: selmadesantana@gmail.com

*** Mestre em Direito (UFS). Doutorando em Direito (UFBA). Servidor do Tribunal de Justiça de Sergipe. Membro pesquisador do Grupo de Pesquisas Justiça Restaurativa (cadastrado pelo CNPq). E-mail: rubenslbarros@gmail.com

ce, of abolitionist inspiration, presents clear notes of opposition to the foundations of the penal system. However, in Brazil, far from supplanting it, restorative practices seek to articulate with it, communicating precisely through criminal procedural institutes. Considering that criminal procedural guarantees are also the foundations of this punitive model, it is investigated whether there would be a risk of this ambiguous relationship producing, to some extent, also a denial of these guarantees. The research is original and its value derives from the fact that if insurmountable opposition proves to be the case, the viability of restorative programs could come into question. The methods adopted are those of theoretical research and teleological interpretation. The applied technique is that of bibliographical research. As a result, it was perceived at the teleological level between the procedural guaranteeing axioms and the restorative principles, the existence of a space of harmonization, both in terms of the nature of the functions that they exercise within their models, and in the common political function that is marks between them. It is concluded that the restorative principle of confidentiality, in particular, exercises under certain circumstances, a function of true criminal procedural guarantee. The article is aimed especially at academics and professionals who deal with the institutionalization of Restorative Justice.

Keywords: restorative justice; criminal guarantee; guarantees of justice; restorative principles.

1 Introdução

Graças à (ainda persistente) aura de novidade e desconhecimento que cerca a Justiça Restaurativa no Brasil, observa-se, na doutrina restaurativista nacional, um esforço contínuo no sentido de encontrar fundamentos que justifiquem a existência e a validade das práticas restaurativas no campo da justiça brasileira, em que pese o impulso dado pelo Conselho Nacional de Justiça, rumo à consolidação normativa, com a edição da Resolução 225/2016.

Ocorre que essa busca pela justificação da Justiça Restaurativa é, também, uma busca por sua constitucionalização, embora esse fenômeno, nesse caso particular, seja curiosamente observado de maneira invertida: nesse sentido, não é a Constituição que lança luz sobre a Justiça Restaurativa, mas busca enxertar-se na lógica constitucional. Por essa razão, concebe-se no Brasil, de acordo com um entendimento bem aceito até o momento, que a Justiça Restaurativa encontra esteio constitucional enquanto expressão do direito ao acesso à justiça (interpretação material do inciso XXXV do artigo 5º)¹.

A Justiça Restaurativa, a par da grande discussão sobre a possibilidade de sua definição² — pode-se afirmar — corresponde a um modelo de justiça relacional aplicável à área criminal³, caracterizado por um conjunto de princípios e práticas estruturadas⁴ que envolvem a promoção de encontros entre ofensores, vítimas, seus respectivos apoiadores e membros da comunidade, com o objetivo de enfrentar as consequências do conflito, buscar a reparação holística dos danos e estimular a responsabilização ativa, tudo por meio de um processo deliberativo, voluntário e consensual.

Convergência, para a formação teórica da Justiça Restaurativa, diversas correntes filosóficas, políticas, criminológicas e jurídicas, algumas delas bastante tensionadas entre si, mas que se encontram hoje bem identi-

¹ Entendimento inclusive contido na Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça.

² SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 297.

³ Sobre a aplicação da Justiça Restaurativa em outras áreas, além da jurídica-criminal, ver SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 225-233; SPOSATO, K. B. *Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos*. São Paulo: CLA Cultural, 2018.

⁴ Sobre os princípios e práticas restaurativas, ver PALLAMOLLA, Raffaella da P. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 e ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ficadas como marcas do pensamento restaurativo⁵. Dentre elas, ressalta-se a influência do abolicionismo penal, sobretudo nas versões de Hulsman⁶ e Christie⁷, de onde a Justiça Restaurativa herda uma postura teórica de negação dos conceitos nucleares daquilo que se pode chamar de racionalidade penal moderna⁸. Tributária do abolicionismo, a Justiça Restaurativa é reconhecida usualmente como uma reunião de princípios-antíteses daqueles sobre os quais se sustentam os alicerces da justiça penal no ocidente⁹.

Em favor da legitimidade da Justiça Restaurativa nesse cenário de retesamento com a Justiça Penal, são conhecidos diversos argumentos justificadores que buscam fundamentar o modelo. Partindo-se da relação entre Justiça Restaurativa e democracia, encontra-se, por exemplo, o argumento de que esta promove aquela, pela via da participação comunitária¹⁰. Partindo-se de fontes da política criminal e da dogmática, notam-se argumentos que dizem respeito à importância da Justiça Restaurativa no enfrentamento da visão bélica da Justiça Penal, do eficientismo e do pragmatismo jurídicos (apontando resultados qualitativos das práticas restaurativas como contrapontos), e sua contribuição — ainda que indireta — à necessária revisão ou reformulação do conceito de prevenção geral¹¹, entre outros.

Todavia, o caminho traçado neste trabalho desvia-se de fundamentações de base política, de dogmática-penal ou de política criminal, como as acima elencadas. Assim, se opta por um método interpretativo teleológico, útil à tarefa de revelar uma possível relação de compatibilidade (oculta até o momento) entre fenômenos aparentemente inconciliáveis como é o caso da Justiça Restaurativa, afluyente do abolicionismo penal, e do garantismo penal, corpo ideológico inserido no espectro mais amplo da racionalidade penal moderna.

À primeira vista, pela perspectiva constitucional brasileira — de onde se vê incluído o garantismo penal como um de seus fundamentos ideológicos (materializado na forma das garantias constitucionais) — observa-se também como difícil ou pouco óbvia essa relação, uma vez que o filtro imposto pela Constituição exige uma forma de pensar o Direito Processual Penal sempre norteada pelo respeito rigoroso ao devido processo e à máxima proteção dos acusados, mormente tomando por pressuposto o histórico de autoritarismo e desigualdade do país. Por essa razão, a inserção da Justiça Restaurativa nesse cenário pode ser percebida como problemática quando ela parece incorrer, por sua disposição à informalidade e ao desprezo pela decisão heterônoma (e externa ao conflito), na possibilidade de fragilização das garantias processuais e de toda as conquistas políticas que se galgaram em torno da promoção dos direitos fundamentais dos acusados.

Posto o problema de pesquisa nesses termos, tem-se em mãos o seguinte paradoxo: se a Justiça Restaurativa, enquanto novo paradigma, calcado no abolicionismo, atua no mesmo campo de incidência da Justiça Penal (comunicando-se inclusive por vias procedimentais previstas em lei), em alguma medida suas notas de negação devem, inevitavelmente, atingir também as garantias processuais penais, verdadeiros princípios estruturais que conformam o modelo de reação penal dominante, herdados do Iluminismo Penal. Logo, se,

⁵ Sobre o tema, ver ACHUTTI, D. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶ HULSMAN, Louk. H. C. Critical Criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, p. 63-80, 1986.

⁷ CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977. As influências do pensamento restaurativos são inúmeras, como as da vitimologia, da Criminologia Crítica, da teologia cristã menonita, do republicanismo inclusivo (em Braithwaite), bem como da sociologia funcionalista (Escola de Chicago, subculturas criminais, associação diferencial) e do *labeling approach*. Sobre o tema, ver PACHECO, Rubens Lira Barros. *Justiça Restaurativa para além da culpa e da exclusão: responsabilidade, crimes patrimoniais e etiologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁸ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*. São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004. Segundo Álvaro Pires, na segunda metade do XVIII o desenvolvimento do pensamento jurídico de Kant (obrigação moral de punir), Feuerbach (obrigação jurídica de punir) e Beccaria (a certeza da pena), entre outros, juntamente com as teorias da pena, convergiram para a formação de um sistema ideológico e prático em cujo núcleo situa-se o dogma da obrigatoriedade da punição. Tal sistema epistemológico — a racionalidade penal moderna — tende a inibir qualquer tipo de inovação contrária àquela obrigatoriedade.

⁹ Para a verificação desse tema, ver ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

¹⁰ SANTANA, Márcia Jaqueline Oliveira. *O papel da comunidade na Justiça Restaurativa*. Aracaju: EDISE, 2019.

¹¹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

de um lado, a Justiça Restaurativa supõe um movimento de avanço, pela tendência a superar a pena como solução *standard* dos conflitos; por outro, supõe um retrocesso na luta pelos direitos fundamentais, no ponto em que parece enfraquecer o garantismo.

Caber-se-ia questionar se seria assim, a Justiça Restaurativa, uma “nostalgia regressiva” voltada para modelos arcaicos de “comunidades sem direito”, incoerente e permissiva da lei do mais forte, como alega, incisivamente, Ferrajoli sobre o abolicionismo¹². Concentraria a Justiça Restaurativa um projeto de modelo de sociedade disciplinar, que desvaloriza toda e qualquer orientação garantista?

De todo modo, em que pese a oposição essencial ao nível principiológico entre Justiça Restaurativa e Justiça Penal, suspeita-se que, de alguma maneira, deve haver uma compatibilização entre os princípios desta e daquela, considerando que, em face do *design* que tem assumido a Justiça Restaurativa no Brasil, resta impossível sua subsistência no campo da Justiça Penal sem uma articulação institucional com o Poder Judiciário e com o processo penal. Sem sombra de dúvida, não seria lógico admitir que as práticas restaurativas poderiam servir (consciente ou inconscientemente) a qualquer tipo de projeto condizente com a fragilização das garantias penais e processuais dos ofensores.

Por essa razão, levanta-se a hipótese de que há, nos próprios fundamentos da Justiça Restaurativa, princípios que devem se harmonizar com as finalidades do garantismo penal, mais especificamente com os axiomas de *juez* processual. É também por esses motivos que se adota, para a execução da pesquisa, um método teleológico de interpretação dos axiomas estruturantes do modelo garantista penal, para, por meio dele, verificar se, de fato, há alguma relação de compatibilidade existente entre os princípios processuais penais e os princípios restaurativos. Ao final, examina-se, também, se os próprios princípios restaurativos podem desempenhar, de *per se*, uma função garantista não evidente à primeira vista.

As categorias essenciais adotadas nesse artigo “princípios” e “garantias” são aplicadas com o mesmo sentido atribuído por Ferrajoli, como um conjunto de técnicas legislativas e judiciais de “definição e de comprovação dos pressupostos da pena orientadas a reduzir do maior modo possível o poder judicial arbitrário”, ante o poder judicial de “disposição”, ou seja, ante aquela dimensão do poder judicial que abre espaços inevitáveis de discricionariedade e que lhe “afige os fundamentos de legitimidade”¹³.

Contudo, essa definição não elide a possibilidade de compreensão daquelas categorias como as entendidas Pacelli¹⁴, por exemplo, quando este se refere aos princípios processuais penais como normas de fundo constitucional, absolutamente inafastáveis, essenciais ao sistema processual, posto que destinados a cumprir a missão de tutela de direitos fundamentais, e que são, ao mesmo tempo, entendidas como “verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos”¹⁵. Longe de seu sentido manualístico, utiliza-se, neste artigo, o termo “garantia processual”, em síntese, como sinônimo de “axioma”, tomando por base a obra de Ferrajoli¹⁶, sobretudo.

Considerando o objetivo da pesquisa, o recorte epistemológico realizado e os próprios limites do formato de publicação, julgou-se inadequada a inclusão dos axiomas penais (das garantias penais) no objeto de pesquisa, abrindo-se a oportunidade para um estudo futuro. Quanto aos axiomas de índole processual penal, julgou-se despiciendo o exame a fundo de seus conteúdos, ou o exame da totalidade destes princípios. Ao contrário, procurou-se tratar, apenas, daqueles que, de algum modo, se mostraram reconhecidos pela doutrina como acometidos pela suposta informalização ou privatização da Justiça Restaurativa e seu estudo ocorreu, apenas, na proporção vertical necessária à refutação ou validação das hipóteses.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 202-203.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

¹⁴ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁵ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 33.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A resposta ao problema refere-se ao fato de que, tanto a Justiça Restaurativa quanto o garantismo penal iluminista assumem uma mesma finalidade, a restrição do poder punitivo ao mínimo necessário, ambos servindo de barreira ideológica contra a habilitação do *jus puniendi*.

2 As garantias processuais penais no contexto jurídico brasileiro

Considerando ser lugar-comum, tanto na doutrina restaurativa quanto na criminológica crítica, um certo modelo de argumentação que se inicia pela crítica ao modo de funcionamento dos aparelhos penais, passando à respectiva denúncia da incongruência existente entre o discurso penal (de limitação do poder e do respeito aos direitos e garantias fundamentais) e a prática penal (de violação desses mesmos direitos e garantias)¹⁷, reputamos desnecessária a adoção de tal roteiro e resumimo-nos à demonstração da possível relação existente entre os princípios restaurativos e as garantias processuais, bem como à verificação de seu modo de ser atual.

A Teoria do Garantismo Penal encontra esteio no pensamento de Luigi Ferrajoli, sobretudo na obra “Direito e Razão”, publicada pela primeira vez em 1989. Fruto de uma longa investigação, a teoria emerge em meio a um contexto de crise de legitimidade do Direito Penal e do sistema penal como um todo. Ao controverter as bases desse sistema, Ferrajoli apresenta o garantismo penal como uma epistemologia dotada de capacidade interpretativa a conferir racionalidade e legitimidade às formas de manifestação do poder punitivo.

De acordo com a teoria, o Direito Penal surge na modernidade como produto da concorrência do Iluminismo, do liberalismo, do racionalismo, do empirismo e do positivismo jurídico, na tentativa de atribuir limites à resposta criminal. Em sua versão clássica, o Direito Penal assume dois compromissos simultâneos: a garantia de uma esfera intangível de liberdade aos cidadãos em face da autoridade estatal, e a garantia de uma tutela jurídica igualitária, não condicionada pelo *status* ou pela personalidade do agente, mas habilitável de acordo com a qualificação jurídica da conduta praticada.

Contudo, esse esquema epistemológico se mostra uma utopia, uma vez que não consegue livrar totalmente da atividade decisória o poder discricionário do juiz¹⁸, podendo, portanto, dar vazão a concepções diferentes de modelos penais, incluindo versões autoritárias e irracionais. Centrado em uma noção formal

¹⁷ Para retomar a crítica ao Direito Penal e ao modo de funcionamento das agências punitivas, ver RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1993; TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graaal, 1980; CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977; HULSMAN, Louk. H. C. Critical Criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, p. 63-80, 1986; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à crítica do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En busca de las penas perdidas*: Deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 1998; DE GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006; ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008; MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007; entre outros.

¹⁸ De acordo com Ferrajoli, do convencionalismo penal pode se deduzir que o desvio punível é determinado abstratamente, ou seja, é formal (não corresponde necessariamente a um fato imoral ou anormal, já que é eleito politicamente e formatado pela norma jurídica) e fático (não é a condição subjetiva que determina a natureza do desvio, mas o comportamento punível), não sendo autorizado ao juiz a punição de tudo aquilo que ele considera imoral. Além disso, deriva do convencionalismo a necessidade da lei descrever com exatidão o fato punível, pois o juiz só pode julgar com base na lei e não no que for externo a ela. Quanto ao cognitivismo processual, infere-se que as decisões judiciais devem ser justificadas, posto que as hipóteses acusatórias devem ser refutáveis e comprovadas empiricamente, por meio de provas controladas por um procedimento indutivo, capaz de admitir somente afirmações ou negações (não valorações). Ambos, convencionalismo penal e cognitivismo processual, como elementos do garantismo clássico, impõem ao sistema penal a necessidade de certificação da determinação do desvio (a lei e a sentença devem ser taxativas) e a exclusão de uma eventual função ética ou pedagógica da pena (dada a separação entre Direito e moral e a inexistência de uma ontologia maléfica do desvio).

de verdade jurídica (aquela obtida com observância das regras de procedimento, controlada e com conteúdo reduzido pelo direito de defesa), tem-se o modelo garantista de Direito Penal, constituído por dez axiomas lógicos, que conformam um todo coerente e unitário. Tais axiomas, construídos pela articulação de onze termos (a pena, o delito, a lei, a necessidade, a ofensa, a ação, a culpabilidade, o juízo, a acusação, a prova e a defesa), correspondem aos princípios basilares do sistema garantista, todos funcionando como condição para a atribuição racional e legítima da pena.

Nulla poena sin crimine (não há pena sem crime); nullum crimen sine lege (não há crime sem lei); nulla lex poenalis sine necessitate (não há lei sem necessidade); nulla necessitas sine injuria (não há necessidade sem ofensa); nulla injuria sine actione (não há ofensa sem ação) e nulla actio sine culpa (não há ação sem culpa) são as condições, axiomas, princípios ou garantias penais. As garantias processuais, por sua vez (aquelas que interessam à presente pesquisa), são: nulla culpa sine iudicio (não há culpa sem juízo); nullum iudicium sine accusatione (não há juízo sem acusação); nulla accusatio sine probatione (não há acusação sem prova) e nulla probatio sine defensione (não há prova sem defesa)¹⁹.

As garantias processuais funcionam como instrumentos de efetividade das garantias penais. São, nesse sentido, garantias instrumentais, mas que apresentam valor por si mesmas na medida em que expressam (por meio de princípios correspondentes às indagações de “quando julgar” e “como julgar”) a necessidade de imparcialidade, verdade e controle de toda atividade jurisdicional legítima em um dado Estado de Direito²⁰.

2.1 O axioma da jurisdição

O axioma da jurisdição, ou o Princípio da Submissão à Jurisdição, tem como núcleo a presunção de inocência do acusado e é a principal garantia processual, complementar ao princípio da legalidade e pressuposto das demais garantias processuais. Enquanto o Princípio da Legalidade visa prevenir as ofensas previstas como infração penal, o Princípio da Submissão à jurisdição previne a adoção de modos irracionais e autoritários de reação penal.

Desdobra-se a garantia da jurisdição em garantias orgânicas e procedimentais. As primeiras são relativas à formação do juiz e sua relação com outros poderes (independência, imparcialidade, responsabilidade, juiz natural, separação entre juiz e acusação etc.). As garantias procedimentais, por sua vez, são relativas à formação do juízo (presunção de inocência, acusação determinada, ônus da prova, contraditório, publicidade, direitos de defesa, motivação da decisão etc.).

O modelo processual garantista (de submissão à jurisdição) é cognitivo no sentido de que se orienta pela busca da verdade processual, aproximativa, reduzida às provas, e, por isso, empiricamente controlável. A ele se contrapõe um modelo decisionista, voltado à busca de uma “verdade ética”, ampla (para além da prova) e substancial, ou seja, baseada em valorações, e, portanto, antigarantista²¹. A técnica utilizada no modelo processual garantista, guiado pelo Princípio da Submissão à Jurisdição, redundando na produção de uma certeza relativa, obtida por meio da verificação e refutação de proposições assertivas, seguidas de proposições prescritivas (as decisões), devidamente legitimadas internamente por seus fundamentos.

Em oposição, a certeza produzida no modelo substancialista é do tipo subjetiva, destituída de qualquer legitimação ético-política já que correspondente a uma legitimação de tipo representativo ou consensual, não baseada na razão ou na lei²².

Sendo a razão e a lei fontes de legitimidade substancial do próprio Poder Judiciário (e com mais força do sistema penal), considera-se problemática a relação entre democracia e justiça penal, posto que esta, nortea-

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74-75.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 432.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 434.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 437.

da por princípios garantistas, movimenta-se sob um fluxo essencialmente contramajoritário, que dispensa o consenso, à medida que busca legitimação na falseabilidade e na produção de proposições prescritivas verdadeiras.

2.2 O axioma da acusação

Em sentido estrito, a submissão à jurisdição pressupõe a forma acusatória de processo. A acusação, acompanhada do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal — enquanto princípios — implicam na indeclinabilidade do julgamento no sentido de que

o juiz não pode subtrair-se a ele qualquer que seja o assunto a julgar, e que ele é infungível, no sentido de que não pode ser substituído por outras formas de atividade cognitiva ou potestativa operadas por outros sujeitos públicos ou privados.²³

A partir da vigência do Princípio da Acusação, estabelece-se uma certa organização judiciária (do tipo acusatória), uma certa figura de juiz (garantidor de direitos fundamentais) e um certo método de investigação processual e de juízo. Assim, é acusatório todo sistema processual que tem o juiz como ator passivo, separado das partes, cujo julgamento funda-se sob o confronto paritário de armas, provocado pela acusação, a quem compete o ônus da prova, com direito de defesa e contraditório públicos, solucionado com base na convicção livre, racional e motivada²⁴. Em oposição, o processo inquisitório se caracteriza, entre outros fatores, por uma instrução escrita e secreta, sem contraditório ou direitos de defesa, e pela confusão entre a figura do juiz e a do acusador.

A garantia da acusação assegura a existência de um sujeito público (Ministério Público) dedicado a essa missão, conformado à lei e destituído do poder de escolha sobre as violações passíveis de persecução. A existência do princípio certifica o distanciamento do juiz em relação às partes e, por fim, assegura a publicidade da ação penal (obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação), com vistas à garantia da igualdade formal dos cidadãos, da “certeza do direito penal” e, sobretudo, da “tutela das partes ofendidas mais fracas”²⁵.

A obrigatoriedade da ação penal e a indisponibilidade das situações penais que lhe são corolários cumprem a função de impedir as transações, as aceitações e renúncias entre as partes, a disparidade de tratamento dos crimes e eventuais avaliações sobre a oportunidade do processo a partir do comportamento do imputado ou de sua disponibilidade para negociar com a acusação²⁶.

2.3 O axioma da prova

Ao apontar na direção de uma resposta possível à indagação fundamental de “como julgar”, as garantias processuais da prova e da defesa surgem como soluções integrantes dos modelos de justiça acusatórios para o problema dos erros de julgamento, afinal, escreve Ferrajoli, “se a história das penas é uma história dos horrores, a história dos julgamentos é uma história dos erros”²⁷.

Como remédio para os sofrimentos e abusos advindos das decisões arbitrárias e irracionais, a descoberta da verdade se impõe como meta do processo, pautada pela atividade cognitiva do magistrado. Justificado como técnica de minimização da violência e do arbítrio da reação social ao delito, o processo penal tem como fim a “descoberta da verdade”. Esta obtida pelo exame ritualizado de provas, sob a observância do direito de defesa.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 450.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 452.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 456.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 457.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 482.

Atrelada aos princípios da submissão à jurisdição e da acusação, o axioma da prova (ou princípio do ônus da prova ou da verificação) pressupõe uma relação trigonal e equidistante entre juiz, defesa e acusação, se projeta sob a forma da denúncia (unívoca, clara, precisa, pública, determinada, exata, apoiada por indícios, completa e tempestiva), desdobrando-se, finalmente, sob a forma dos direitos ao interrogatório, ao silêncio, a não autoincriminação, da proibição da tortura, da negação da confissão forçada e da proibição de meios ilícitos de obtenção da prova. Para Ferrajoli:

[...] a confissão, que no sistema inquisitório é extorquida por qualquer meio, mas vincula legalmente o juízo, é submetida no sistema acusatório e garantista a uma longa série de regras de formação, como a espontaneidade, a não incidência, a univocidade e outras, e é todavia privada de qualquer valor legal decisório. [...] Igualmente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação das partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor²⁸.

2.4 O axioma da defesa

O Princípio da Defesa (ou Princípio do Contraditório ou da Falseabilidade), materializado na possibilidade de falsificação da hipótese acusatória, tem a prova como sua condição epistemológica de existência. Aquele se projeta sob a forma do direito do imputado de ser assistido por advogado e de receber defesa técnica e substancial. Tal direito se associa às “garantias de garantias”, ou seja, aos princípios da publicidade e da oralidade.

A publicidade firma o controle interno e externo da atividade do juiz, seja pela possibilidade de discussão das partes sobre o procedimento e sobre os critérios de avaliação das provas, seja pela faculdade dirigida ao público para a consulta e crítica das decisões judiciais. Segundo o autor:

[...] somente se a instrução probatória se desenvolver em público e, portanto, de forma oral e concentrada, e se ademais for conforme ao rito voltado a tal fim predisposto, e enfim a decisão for vinculada de modo a dar conta de todos os eventos processuais além das provas e contraprovas que a motivam, pode-se ter de fato uma relativa certeza de que tenham sido satisfeitas as garantias primárias, mais intrinsecamente epistemológicas, da contestação da acusação, do ônus da prova e do contraditório com a defesa. Por isso a publicidade e a oralidade são também traços estruturais e constitutivos do método acusatório formado pelas garantias primárias, ao passo que o segredo e a escritura representam por outro lado traços característicos do método inquisitório²⁹.

Nesse contexto, o rito tem importância fundamental para a realização da justiça, posto que sua violação importa em nulidade dos atos processuais. A forma, por si só, é garantia, desde que predeterminada pela lei como método de validação das provas.

Assim como a forma, ao conteúdo decisório também corresponde um princípio ligado aos axiomas da prova e da defesa. A motivação — com efeito — assegura o controle tanto da legalidade quanto dos argumentos de fundo empregados no convencimento do magistrado.

2.5 O garantismo processual no contexto brasileiro

A partir do exame dos princípios processuais garantistas, atende ao qualificativo de “Estado de Direito” somente aquele Estado que apresenta, no conjunto formal de seu ordenamento, normas que contemplam todo o rol de axiomas acima, em oposição aos Estados Absolutos ou Totalitários, em que apenas alguns axiomas ou nenhum deles estão presentes (carentes de limitação à ação punitiva).

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 489.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 492.

No Brasil, as garantias processuais possuem status constitucional, mas não só: são consideradas cláusulas pétreas, e, portanto, são normas imutáveis, por força do artigo 60, §4º da Constituição, fazendo parte do Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”. Essas garantias se expressam por meio de vários dispositivos distintos, dentre eles, a título de exemplo, os incisos XXXV e XXXVII do artigo 5º da Constituição. Tais dispositivos consubstanciam o Princípio da Jurisdição ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

No mesmo artigo 5º, inciso LVII estabelece-se que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; e, no artigo 129, prevê-se a existência do Ministério Público enquanto titular da ação penal pública e fiscal da lei, ambos os dispositivos atinentes ao princípio acusatório.

Ainda no artigo 5º, dessa vez no inciso LVI, consideram-se “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, centro nevrálgico do princípio da prova. Quanto ao Princípio da Defesa, observa-se, no inciso LV do mesmo artigo 5º da Constituição, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No campo da legislação infraconstitucional também são diversos os dispositivos que fazem referência às garantias processuais, a exemplo dos artigos 3º-A e seguintes (juiz das garantias)³⁰, 186 (proibição da autoincriminação) e 261 (direito à defesa) do Código de Processo Penal³¹.

No campo da doutrina processualista nacional, esses princípios, axiomas ou garantias processuais, ganham interpretação e sentidos práticos, e reverberam em grande medida o pensamento de Ferrajoli³².

Com efeito, para Lopes Junior, as garantias processuais constitucionais existem para cumprir uma função de redução de danos³³, em face do sofrimento causado pela resposta punitiva estatal. Diante da possibilidade de abuso do poder e da ameaça constante à liberdade individual por parte do Estado, se legitima a jurisdição, materializada na figura do juiz como garantidor dos direitos fundamentais.

Nesse particular, o Princípio da Jurisdicionalidade (submissão à jurisdição, para Ferrajoli) diz respeito à exclusividade que gozam os tribunais para impor a pena por meio de um processo imparcial e moldado estritamente por normas legais. Além disso, vincula-se às garantias orgânicas da magistratura (que visam sua independência) e à possibilidade de tomada de decisões contramajoritárias, postas a salvo da pressão política e em defesa de direitos fundamentais. Do ponto de vista ético-jurídico, a jurisdição implica a proteção contra a dominação:

no momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que, frente ao poder de acusar do Estado, sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena³⁴.

Sendo requisito para a proteção de direitos fundamentais, a jurisdição é indeclinável e importa na proibição de julgamento por juízo instituído após o fato (juízo de exceção), ou escolhido arbitrariamente

³⁰ Com eficácia suspensa *sine die* até pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299 Distrito Federal).

³¹ Pacelli ressalta que, embora o sistema processual brasileiro seja acusatório, o texto originário do Código de Processo Penal brasileiro tem caráter inquisitivo: “[...] sob tais distinções, o nosso processo é mesmo acusatório. Entretanto, a questão não é tão simples. Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário”. PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 19.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 82.

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 85.

(incompetente)³⁵, na exterioridade do sistema judicial ao sistema político e na proibição da dilação indevida do processo (direito a um prazo razoável), etc.³⁶.

Os princípios acusatórios e da prova, por sua vez, projetam-se no direito à presunção da inocência como norma de tratamento, probatória e de julgamento; na regra de valoração *in dubio pro reo*; no ônus da prova para a acusação; na inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente; no direito ao devido processo legal e na exigência de publicidade e fundamentação dos atos processuais e das decisões judiciais³⁷.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa — de acordo com essa mesma doutrina — englobam o direito à autodefesa (positiva e negativa); a indisponibilidade da defesa técnica; o direito de escolha do defensor; o direito de audiência; o direito ao silêncio, a negação de valor decisivo à confissão; o direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*); o dever de motivação das decisões judiciais, bem como as demais regras que denotem lealdade processual³⁸.

Entre a teoria do garantismo penal e a política criminal do Direito Penal Mínimo, enxerga-se um vínculo lógico necessário, uma vez que ambas as propostas caracterizam-se pela pretensão de máxima limitação e condicionamento do poder de punir; de proteção máxima das liberdades individuais; máxima aproximação entre a racionalidade e a certeza dos procedimentos e das leis penais; pela observância do *in dubio pro reo* (nenhum inocente será punido à custa da incerteza de que algum culpado fique impune); pela necessidade de prova dos fatos para atribuição de pena e pela presença de garantias penais e processuais no texto da Constituição.

Segundo o que se pode deduzir da teoria de Ferrajoli e do contexto constitucional e doutrinário apresentado acima, o Estado brasileiro qualifica-se como um Estado de Direito dotado abstratamente de um modelo de Direito Penal garantista, posto que, ao menos no plano normativo constitucional, consubstanciam-se os dez axiomas do garantismo³⁹.

Evidentemente e de maneira contraditória, no plano material (ao nível do funcionamento real das agências penais), o exercício do direito de punir estatal se mostra notadamente marcado pelo autoritarismo, pela arbitrariedade, pela irracionalidade, pelo racismo, pela seletividade e pela violência, fatos que dispensam aqui maiores digressões.

Ocorre que, a par da condição garantista do sistema penal constitucionalizado, indaga-se se a Justiça Restaurativa, com suas práticas sigilosas e confidenciais, pautadas pela busca de uma verdade ampla, holística, não lastreada em provas, dirigida ao consenso, de índole comunitária (sem submeter-se à jurisdição), e influenciada pelo abolicionismo, de alguma forma põe em risco aqueles axiomas conformadores dos princípios estruturais do modelo de reação penal. Vê-se oportuno, portanto, questionar: à Justiça Restaurativa,

³⁵ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 34.

³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 85-110.

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 130-144; PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39, 41; LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 46, 64.

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 148-156; PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 35; LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 57-62.

³⁹ Embora no plano infraconstitucional sejam observadas normas processuais de viés inquisitório, a exemplo dos artigos 156, 209 e 385 do Código de Processo Penal. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 131-132. Sobre o mesmo tema, escreve Pacelli: “para além das ponderações de ordem criminológica, mais ajustadas a determinados modelos de sistemas penitenciários e de sistemas punitivos, a Constituição da República, essencialmente garantista, determina a tutela penal dos direitos fundamentais, quando, em diversos momentos e dispositivos, refere-se ao desvalor atribuído a determinadas condutas lesivas (racismo, drogas, terrorismo, tortura etc.) e ao procedimento penal para a aplicação do Direito (ações penais públicas, ações privadas subsidiárias das públicas etc.). Não haverá incompatibilidade entre o garantismo e a intervenção penal, no âmbito exclusivo da dogmática penal, quando se puder justificar a condenação criminal pela estrita observância do devido processo penal constitucional, e, de modo mais sensível, ao dever de fundamentação das decisões judiciais”. PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 33.

ao negar os princípios fundantes da Justiça Penal, corresponderia a um modelo de justiça antigarantista (substancialista, decisionista) a pedir passagem no campo da justiça penal brasileira?

3 Crítica à Justiça Restaurativa como modelo de justiça antigarantista

Segundo a Teoria de Ferrajoli⁴⁰, o modelo antigarantista de justiça penal corresponde a uma certa epistemologia, ou seja, a um conjunto de pressuposições acerca de conceitos fundantes de todo sistema penal moderno (como o crime, a pena e a lei) que, uma vez estruturadas sob a forma de um sistema unitário e coeso, emprestam ao modelo geral uma feição autoritária (ou inquisitiva). Analiticamente, essas pressuposições agrupam-se em dois blocos: o primeiro, denominado de “substancialismo penal” e o segundo, de “decisionismo processual”.

Ao primeiro grupo se vincula, exclusivamente, a discussão sobre os princípios penais (consequentemente sobre os conceitos de delito, de infrator e de norma jurídica) e por isso, não cabe aqui ser examinado. O segundo, por outro lado, compõe o objeto desta pesquisa na medida em que diz respeito às pressuposições assumidas no modelo antigarantista sobre a motivação da decisão, sobre a verdade que a fundamenta e sobre sua legitimidade.

O tema do decisionismo processual, supõe-se, revela ser como uma chave discursiva a abrir caminho para a investigação sobre o modo de ser da Justiça Restaurativa no Brasil e de sua aparente não compatibilização com práticas jurisdicionais ditas garantistas (decisões motivadas racionalmente, orientadas por um processo de verificação da verdade processual, e encampadas por magistrados investidos de poder estatal).

Especificamente, o decisionismo processual constitui-se, no plano teórico, por uma falta de fundamento empírico na motivação das decisões (demovida por avaliações subjetivas, pelo convencimento íntimo do julgador); pelo julgamento da personalidade do acusado (não dos fatos) e pelo desprezo à verdade processual (sendo desnecessária sua refutação ou controle públicos). Esse conjunto de pressuposições típicas do modelo antigarantista resulta — pela falta de determinação normativa precisa dos fatos e pela ausência de verificação empírica dos pressupostos da pena — em um juízo de autoridade. Tal modelo não é concebido como jurisdição, posto que as decisões se baseiam em conveniência, oportunidade e valores e, portanto, também, carecem de legitimidade ético-política.

Ocorre que, parece deduzir-se dessa dicotomia entre os modelos garantista e antigarantista uma aproximação inevitável da Justiça Restaurativa com o último deles. Não há dúvida de que as práticas restaurativas prescindem de publicidade e de motivação decisória e pouco ou nada se referem a finalidades que digam respeito à busca de uma verdade processual, com verificação prévia de culpa, exame de provas e um julgamento prolatado verticalmente por terceiro imparcial, prefixado por um rol de respostas legais. Daí levantar-se a dúvida sobre se a Justiça Restaurativa conformaria efetivamente um modelo de justiça antigarantista ou se esse contexto dicotômico seria por demais reducionista a ponto de inviabilizar a concepção de um modelo de justiça consensual e relacional que lhe escapa da vista.

Com mais força, ainda há a crítica formulada por Ferrajoli quanto ao sistema de controle social-disciplinar, e que, em uma primeira análise, parece alargar, ainda mais, a distância entre a Justiça Restaurativa e o garantismo. Segundo ele, o sistema social-disciplinar, tributário do abolicionismo penal, é um sistema de controle característico de comunidades primitivas que buscam a interiorização das censuras coletivas por meio de práticas informais. De acordo com o autor, haveria nesse modelo alternativo ao Direito Penal uma

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

pretensão de socialização forçada que, embora típico de comunidades arcaicas, seria imanente em momentos de crise e, assim, significaria uma regressão ampliada dos espaços de arbítrio⁴¹.

De mais a mais, uma vez tributária do abolicionismo penal, a Justiça Restaurativa, de acordo com essa visão, poderia então concentrar um projeto destituído de qualquer garantia contra o arbítrio do poder penal e enquadrar-se-ia perfeitamente na crítica de Ferrajoli⁴² aos modelos irracionais e autoritários.

Afora a obra de Ferrajoli, Sica⁴³ traz à lume os argumentos levantados por Sansberro e Silva-Sánchez, segundo ele, capazes de sintetizar as principais críticas formuladas na doutrina a respeito do possível efeito antigarantista decorrente das práticas de justiça consensual, mais especificamente da mediação penal (no contexto da justiça restaurativa). De acordo com aqueles autores, a adoção de métodos consensuais no campo da justiça penal tende a fragilizar os princípios penais da legalidade, igualdade e proporcionalidade e o princípio processual da presunção de inocência. Segundo Silva-Sánchez, a justiça negociada põe a verdade e a justiça em segundo plano, não se conecta a valores, busca contornar os princípios da legalidade, igualdade e imparcialidade para dar a cada situação uma “solução necessária”, não “vinculada externamente”⁴⁴. Para esse autor espanhol, a renúncia ao Direito Penal e a sua substituição por práticas comunitárias, dada a ausência de formalização, resultam em soluções piores que a intervenção penal⁴⁵.

De uma perspectiva mais ampla, Sica destaca uma série de críticas à Justiça Restaurativa, que apontam para a produção de efeitos antigarantistas ao nível da política-criminal, como os da mercantilização da justiça penal, da falta de controle jurisdicional sobre os procedimentos restaurativos; do efeito de expansão da rede de controle penal (efeito *net-widening*), “com inclusão na área de criminalização de uma enormidade de conflitos banais” e do efeito *bis in idem* quando da acumulação entre a intervenção penal e a prática restaurativa⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, Eduardo Correia e Figueiredo Dias sustentam que mecanismos de desjurisdicionalização (diversão), que afastam os conflitos com ressonância penal do exame do Estado-juiz, tendem a violar o axioma *nulla poena sine iudicio*, ou seja, “toda a legalidade e todo o Estado de direito”. De acordo com os autores, o sistema judicial é uma garantia por si só e à redução de seu campo de atividade deve preceder uma reflexão séria sobre a possibilidade de compatibilização entre as propostas que desviam os casos para instâncias consensuais ou comunitárias, com os princípios da “legalidade estrita da intervenção penal, da culpa, da tutela subsidiária de bens jurídicos, do carácter exclusivamente preventivo da punição”, todos esses princípios constitucionais e, portanto, imperativos jurídicos⁴⁷.

Conforme afirma Santos⁴⁸, chama atenção a aparente contradição entre a proposta restaurativa, calcada na devolução do conflito aos envolvidos, e o dogma moderno do monopólio estatal de justiça penal (subsumido no axioma da jurisdição). Incompatíveis, portanto, seriam os dois modelos (penal e restaurativo), dado o fato insuperável de que o crime ofenderia valores e bens jurídicos de importância vital para a comunidade, passíveis de uma resposta contundente e organizada por meio do aparato estatal, e cuja reação se encontraria legitimada democraticamente pelo processo de elaboração normativa.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 273-274.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas*. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 159-189, dez./jan. 2008.

⁴⁴ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas*. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 159-189, dez./jan. 2008. p. 163.

⁴⁵ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas*. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 159-189, dez./jan. 2008. p. 120-121.

⁴⁶ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas*. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 159-189, dez. – jan 2008. p. 184-186.

⁴⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 406-407.

⁴⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014.

Logo, seria irracional um modelo que estabelecesse, contra os princípios da submissão à jurisdição e da acusação, a disponibilidade da persecução penal por vontade exclusiva dos envolvidos e a custa do interesse público, principalmente em países de tradição jurídica romano-germânica⁴⁹, como é o caso do Brasil. A par da dimensão pública do crime, das funções constitucionais do Ministério Público e do Judiciário, vislumbrar-se-ia aí, aparentemente, com a Justiça Restaurativa, uma via de privatização dos assuntos de Estado⁵⁰.

No contexto de simbiose entre jurisdição e culpa (enquanto axiomas garantistas), a culpa funciona como limite ao exercício do poder de punir, forçando-o a recair somente sobre o réu imputável, que age livre e consciente, querendo ou assumindo o risco de se obter o resultado, ou ainda, que age descuidadamente em relação ao bem jurídico⁵¹. A culpa, objeto do procedimento de verificação da responsabilidade penal, se vincula à jurisdição na medida em que o Estado-Juiz se revela como a única autoridade legitimada para sua verificação e atribuição, sob a observância das garantias processuais e no ambiente exclusivo do processo penal.

O processo restaurativo, por sua vez, ao exigir do ofensor algum reconhecimento dos fatos como requisito de participação, sem colocar à disposição as garantias processuais e sem submetê-lo à verificação da única autoridade estatal competente para tanto (o juiz), corre o risco de violar ambos os princípios. Com efeito, ainda que não resulte na imposição de pena, a abordagem restaurativa implicaria uma “assunção de deveres”⁵² sem a constatação prévia de culpa jurídico-penal.

Além disso, ante a uma eventual ausência de referência das práticas restaurativas em relação ao axioma da culpa, os acordos restaurativos poderiam consubstanciar respostas mais desvaliosas que a reação penal. Não limitados pela culpa, as decisões restaurativas não necessariamente precisariam observar os critérios de proporcionalidade e de igualdade⁵³, seja no que atine à gravidade dos fatos, seja no que diz respeito às soluções obtidas em casos semelhantes.

Dado o encadeamento lógico dos axiomas garantistas (posto que a existência de um é condição de existência do outro) questiona-se, com mais razão, se as práticas restaurativas também apresentariam potencial para fragilizar os princípios processuais da prova e da defesa. Sintetizando o problema, escreve Santos:

o que se pode questionar [...] é se a resposta restaurativa pode existir sem que se mostre a existência daquele suporte da responsabilidade que funda a censura e/ou sem a prova da responsabilidade pelos fatos que se busca no processo penal, mormente no julgamento penal. O problema estará, assim, sobretudo no facto de ser da essência da justiça restaurativa a existência de um crime que todas as partes concordam que ocorreu e que origina a necessidade de reparação, mas cuja existência e contornos não têm que se provados num processo que obedeça a determinados requisitos⁵⁴.

⁴⁹ Sobre este ponto, explica Santos: “Não é, como já se afirmou, por acaso que as primeiras práticas restaurativas surgem em países do sistema anglo-saxônico, que aceitam mais largamente os juízos de oportunidade. E, entre os países do sistema europeu continental que podem considerar-se, também, pioneiros dos programas restaurativos preponderam aqueles (como a França, a Áustria ou a Bélgica) que admitiam, já à época, derrogações significativas à regra da obrigatoriedade da promoção processual penal”. Vide SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 454.

⁵⁰ No mesmo sentido, Santana e Oliveira sintetizam as críticas à Justiça Restaurativa na diferença filosófica fundamental segunda a qual, no garantismo ainda se vislumbra como legítima, a intervenção punitiva estatal e a necessidade do castigo. SANTANA, Selma Pereira de; OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v 136, p. 235-263, out 2017. p. 12, 16.

⁵¹ Santos toma como “bússola orientadora” de suas considerações, a mesma aceção jurídico-penal de culpa de Figueiredo Dias, consistente em um juízo de censura que engloba uma atitude interna do agente manifestada no ilícito-típico e que fundamenta o crime como obra do agente. É nesse sentido que o princípio da culpa é exposto acima, como uma mescla entre o elemento subjetivo do tipo, a culpabilidade como componente do conceito analítico de crime e o princípio da responsabilidade subjetiva. SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 418.

⁵² SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 418.

⁵³ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 444.

⁵⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e*

Considerando, também, a maneira sobreposta e interligada com que as práticas restaurativas têm se articulado com o processo penal no Brasil, reconhece-se como uma questão de legitimidade do projeto restaurativo a indagação levantada por Santos⁵⁵ quanto ao cabimento (dadas as condicionantes constitucionais apresentadas alhures) de uma assunção de deveres por parte do ofensor sem prova e sem culpa.

Ademais, para além de uma questão de legitimidade, pode-se questionar, também, a legalidade específica das práticas restaurativas quando estas são ajustadas ao processo penal, antecedendo-o⁵⁶. Nessa circunstância, independentemente do motivo, o insucesso daquelas práticas poderia implicar a violação dos princípios da prova e da defesa, sobretudo nos casos em que, ocorrido o encontro, o ofensor tenha declarado informações sobre o fato delituoso capazes de comprometer sua posição futura no processo, abatendo consequentemente suas chances de defesa.

Nesse particular percebe-se, à primeira vista, uma incongruência fundamental entre o processo penal, que estimula uma postura estratégica e passiva do réu, compatível com um direito ao silêncio e com a intervenção constante de seu defensor, e as práticas restaurativas, que estimulam uma postura ativa, correspondente a um “poder da palavra” e a uma participação sempre direta dos envolvidos.

Na hipótese de insucesso, a manifestação espontânea do ofensor no encontro restaurativo poderia projetar-se sobre sua situação processual, já como réu, produzindo para este, efeitos nocivos e não desejados, de tal maneira — a par de todas as críticas anteriores — que fosse inevitável a aproximação da Justiça Restaurativa do modelo inquisitório, destituído de garantias e centrado na confissão da culpa.

Essa mesma preocupação quanto ao risco de quebra das garantias processuais a partir da articulação entre Justiça Restaurativa e processo penal, mormente em relação ao insucesso de suas práticas, não é exclusividade dos pesquisadores restaurativistas brasileiros, mas antes, é percebida na doutrina de diversos autores estrangeiros.

Nos Estados Unidos, críticos da Justiça Restaurativa denunciam um suposto efeito disjuntivo das práticas restaurativas com relação aos princípios estruturantes da justiça penal convencional. Segundo eles, a simplificação e a informalização das práticas restaurativas podem levar à inobservância do devido processo legal e das garantias processuais (*due process e procedural safeguards*) incorporadas nos princípios da legalidade, igualdade, direito à defesa, presunção de inocência, proibição da autoincriminação e proporcionalidade. O abandono ou a eventual incompatibilidade entre a Justiça Restaurativa e os princípios fundamentais do sistema penal seguir-se-iam da constatação de incompatibilidade da Justiça Restaurativa com a Constituição estadunidense, o que inviabilizaria seu desenvolvimento no país⁵⁷.

Ikpa, ao expor as eventuais incongruências entre o sistema de justiça restaurativo (em estágio de aprimoramento, segundo a autora) e a Quinta e Sexta Emendas dos EUA, aponta para a suposta incompatibilidade entre o cenário constitucional estadunidense e a Justiça Restaurativa:

[...] ninguém será sujeito, pelo mesmo delito, a sofrer, por duas vezes, risco de vida ou de sua integridade; nem será obrigado em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal [...] As pessoas acusadas de crimes têm direito à representação por advogado e ao direito de ter um julgamento por júri^{58 59} (tradução nossa).

como? Coimbra: Coimbra, 2014. p. 420.

⁵⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014.

⁵⁶ A forma com que as práticas restaurativas se ajustam ao processo penal e o tipo de efeitos jurídicos que produzem são temas abordados no próximo capítulo deste artigo.

⁵⁷ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 681-690.

⁵⁸ No original: “no person shall be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due processo of law [...] Persons accused of crimes are afforded the right to representation by counsel, and the right to a trial by jury”.

⁵⁹ IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system.

Outra parte das críticas à Justiça Restaurativa nos Estados Unidos concentra-se sobre o risco de violação da garantia processual da proibição de autoincriminação, intimamente ligada ao axioma garantista da prova. Segundo essa parcela da doutrina, ao estimular a autorresponsabilização, seria inevitável que em algum momento do encontro, as práticas restaurativas induzissem os ofensores a admissão de culpa, seja sobre o fato em discussão, seja a respeito de crimes não relacionados ao caso encaminhado⁶⁰. Tal situação seria mais problemática ainda nas hipóteses em que o envio do caso se desse numa fase anterior à acusação (*prior to adjudicatory stage*).

A garantia da defesa também seria violada pela Justiça Restaurativa, de acordo com Ikpa, uma vez que os advogados tenderiam a ser deixados de fora do processo restaurativo ou teriam sua atuação bastante limitada. Os ofensores, assim, não receberiam o mesmo tipo de assistência jurídica que receberiam os mesmos ofensores se optassem por um julgamento convencional⁶¹. A compatibilidade com o direito ao julgamento também é questionada: aqui a prática restaurativa é percebida como um subterfúgio tomado para se contornar a jurisdição. Mesmo a voluntariedade das partes como exigência para o ingresso na prática restaurativa não escapa às críticas:

a teoria subjacente é a de que oferecer justiça restaurativa como alternativa ao encarceramento é uma forma mais branda de obrigatoriedade quando o réu sente que seu destino será pior se ele não optar pela via restaurativa e isto viola o devido processo legal pela simples aparência de voluntariedade que lhe é inerente⁶² (tradução nossa).

Do mesmo modo, à luz da presunção de inocência, o Princípio da Confidencialidade na Justiça Restaurativa é controvertido, e a obrigatoriedade de sua observância pelas cortes judiciais é posta em dúvida⁶⁴. Com efeito, desde o final dos anos noventa, a violação da confidencialidade em procedimentos restaurativos tem sido objeto de preocupação de profissionais e estudiosos nos Estados Unidos e ainda se mantém como um tema atual⁶⁵. Em 1999, no Texas, membros de um programa restaurativo de mediação vítima-ofensor (VOM)⁶⁶ foram intimados a entregar à Promotoria a gravação feita durante um encontro, onde se registrava a autoincriminação do ofensor⁶⁷.

Washington University Journal of Law & Policy, Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007. p. 311.

⁶⁰ IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. *Washington University Journal of Law & Policy*, Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007. p. 312.

⁶¹ IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. *Washington University Journal of Law & Policy*. Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007. p. 313.

⁶² No original: “The underlying theory is that offering restorative justice as an alternative to incarceration is a gentler form of compulsion when the defendant feels as if his fate will be worse if he does not opt for the restorative route and it violates due process by its very nature of only appearing voluntary”.

⁶³ IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. *Washington University Journal of Law & Policy*, Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007. p. 315.

⁶⁴ IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. *Washington University Journal of Law & Policy*, Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007. p. 316-317.

⁶⁵ ULLMAN, Jennifer. Need for confidentiality privilege in Restorative Justice Mediations in Illinois. *UIC John Marshall Law Review*, Illinois, mar. 2020. Disponível em: <https://lawreview.jmls.uic.edu/need-for-confidentiality-privilege-in-restorative-justice-mediations-in-illinois/>. Acesso em: 01 maio 2021.

⁶⁶ Definitivamente, Justiça Restaurativa e mediação não se confundem. ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 18. Entretanto, tradicionalmente, nos Estados Unidos e no Canadá, os programas que adotavam a metodologia restaurativa eram chamados de VOMs, “mediação vítima-ofensor”, na sigla em inglês (*Victim-Offender Mediation*). Antes do início dos anos 90, esses programas ainda foram chamados de VORPs, “programas de reconciliação vítima-ofensor” (*Victim-offender Reconciliation Programs*). REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 405. Schijndel explica que a mediação vítima-ofensor é a Justiça Restaurativa posta em prática, um dos meios de realização da Justiça Restaurativa ou uma das técnicas principais por meio da qual ela se concretiza. Vide SCHIJNDEL, R. A. M. VAN. *Confidentiality and victim-offender mediation*. Apeldoorn/Antwerpen/Portland: Maklu Uitgevers, 2009. p. 16-17.

⁶⁷ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 413.

Igualmente, no Estado de Nova York, um Centro Comunitário de Resolução de Conflitos foi intimado para que disponibilizasse ao órgão de acusação o registro do procedimento de mediação vítima-ofensor em um caso de homicídio⁶⁸. Na Flórida, um mediador foi intimado para depor como testemunha, a pedido do réu.

Nos Estados federados norte-americanos, onde não há lei que estabeleça validade jurídica à confidencialidade, há uma forte preocupação com a possibilidade de autoincriminação dos ofensores durante a fase de contação de estórias dos encontros restaurativos^{69,70}.

Na Alemanha, a garantia da confidencialidade do procedimento restaurativo se mostrou problemática em situações em que não era exigida a assinatura prévia de termo de sigilo pelos programas restaurativos⁷¹.

Na Oceania, a possibilidade de violação do Princípio da Presunção de Inocência pelas práticas restaurativas e a suposta incompatibilidade entre processos e acordos restaurativos demasiadamente caracterizados pelo relativismo cultural e o direito humano da igualdade (*elemental equality*) são exemplos de questões que preocupam os teóricos restaurativistas naquele continente. Em especial, na Nova Zelândia, a exigibilidade jurídica da confidencialidade tem se mostrado bastante duvidosa⁷². Discute-se, ademais, se a Justiça Res-

⁶⁸ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 417.

⁶⁹ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 406, 407.

⁷⁰ O esforço de alguns programas de Justiça Restaurativa estadunidenses, no sentido de ver aplicadas a seu favor as leis sobre mediação (que previam a confidencialidade de seus procedimentos), não surtiu qualquer efeito. Depois de algum debate público, constatou-se que as diferenças entre os princípios, os métodos e os fins da mediação e da Justiça Restaurativa eram bastante díspares a fim de autorizar qualquer tipo de equiparação entre eles. REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 420-426. No contexto estadunidense, mesmo ali onde prevalece a tradição jurídica anglo-saxônica, calcada na *common law*, percebe-se uma forte tendência de se reconhecer na lei a fonte jurídica mais adequada para atribuir-se validade à confidencialidade do procedimento restaurativo. Mesmo onde há legislação específica sobre a Justiça Restaurativa, ainda persistem dúvidas a respeito das consequências processuais da quebra da confidencialidade, sobretudo quando essas normas legais se limitam a simplesmente prever a existência da regra de sigilo. A pesquisa de Reimund, por exemplo, revela a presença de diversas lacunas nas legislações estadunidenses que preveem a confidencialidade nos encontros vítima-ofensor (VOM's). A falta de detalhamento nesses textos legais deixa em aberto diversas questões, como as seguintes: toda e qualquer informação produzida no procedimento restaurativo (inclusive a documental) deve ser protegida? Há a possibilidade de divulgação da autoincriminação do ofensor em relação a crimes passados ou a ameaça de cometimento de crimes futuros? Qualquer tipo de crime, independentemente de sua gravidade, deve ser denunciado, uma vez conhecido no ambiente do encontro restaurativo? Todos os participantes do procedimento devem ser proibidos de revelar o conteúdo das informações em eventual processo criminal? Terceiros também devem ser alcançados pelo princípio? A confidencialidade vale apenas para os encontros restaurativos ou também para as fases preparatórias do encontro? O princípio pode ser afastado, por exemplo, para benefício do réu? Vide REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. Em pesquisa mais recente, desenvolvida por Branham, descobriu-se que o quadro apontado por Reimund na primeira metade dos anos 2000 ainda persiste. Vide BRANHAM, Lynn. "Stealing conflicts" no more?: The gaps and anti-restorative elements in States' Restorative-Justice Laws. *Saint Louis University Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 145-180, 2020. Segundo o estudo, a maioria das leis nos Estados Unidos sobre Justiça Restaurativa, não deixa claro em que medida as comunicações nos encontros restaurativos são, de fato, confidenciais, comprometendo assim a segurança do espaço restaurativo e a possibilidade de se estabelecer um diálogo aberto e significativo entre os envolvidos. Vide BRANHAM, Lynn. "Stealing conflicts" no more?: The gaps and anti-restorative elements in States' Restorative-Justice Laws. *Saint Louis University Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 145-180, 2020. p. 151. Diante do quadro de incerteza gerado por esta indefinição, a confidencialidade nos encontros restaurativos corre o risco de se tornar uma "falsa promessa", verdadeira armadilha contra os participantes desavisados que imaginam o ambiente restaurativo como espaço protegido por um escudo impermeável. Vide REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 401. No Brasil, a situação é similar, considerando a ausência de lei e a polêmica sobre a adequação das resoluções do CNJ para regular regras de procedimento com efeitos sobre o processo penal.

⁷¹ KEENAN, Marie; ZINSSTAG, Estelle. Restorative Justice and sexual offences: can "changing lenses" be appropriate in this case too? *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, v. 97, n. 1, p. 93-106, fev. 2014. p. 98.

⁷² Embora a privacidade seja garantida por meio de norma do Ministério da Justiça (*The Privacy Act* 1993), seu alcance é bastante limitado, abrangendo questões mais simples como o uso de informações pessoais dos participantes, a divulgação dos contatos da vítima e o histórico criminal do ofensor. Em verdade, nos casos de programas restaurativos neozelandeses, especializados em violência sexual, e vinculados ao Poder Judiciário, as informações discutidas durante as conferências restaurativas podem vir a público por determinação dos juízes JULLICH, Shirley *et al.* *Project Restore: an exploratory study of restorative justice and sexual violence.*

taurativa, ao incorporar práticas e crenças culturais específicas, poderia incorrer na violação do direito à igualdade, verdadeiro princípio de justiça universal. De acordo com essa crítica, diferentemente da retórica restaurativa, percebe-se nos programas restaurativos, em desfavor de determinados ofensores que se reúnem com vítimas identificadas com culturas distintas, uma tendência de se refletir a cultura dominante tanto na forma do processo quanto em seus resultados⁷³.

No Canadá, questões sobre a legalidade e a proporcionalidade do acordo restaurativo (vítimas demasiadamente lenientes e acordos com conteúdo ilegal) e sobre a possibilidade de anulação do processo restaurativo (por ausência de informações prestadas pelos facilitadores) levantam dúvidas sobre a compatibilidade das práticas restaurativas com princípios processuais penais como os do devido processo legal e da proporcionalidade⁷⁴.

A partir dos argumentos acima colhidos, oriundos de estudos de diversas partes do globo, há de se reconhecer uma percepção comum de que a instauração de modelos de justiça baseados no consenso e na informalização de procedimentos, calcados em soluções privadas sobre as quais a autoridade estatal não se impõe (como é o caso, se supõe, da Justiça Restaurativa), fragilizam (quando não elidem) as garantias processuais, normas de status constitucional, destinadas à proteção de direitos fundamentais.

Subjaz a essa percepção uma compreensão também comum de que a Justiça Restaurativa (dada sua origem abolicionista) não apenas nega invariavelmente todos os principais pilares ideológicos da justiça penal, sintetizados na racionalidade penal moderna, mas também uma noção de que a principiologia e a prática restaurativas nada tem a ver com a principiologia e a prática garantistas, sendo ambas imanentemente desconformes e, portanto, inarticuláveis.

Reconhecidas essas percepções, faz-se necessário, então, examinar se elas são fruto de uma visão madura ou se são produto daquela “aura de novidade e desconhecimento” de que se disse acima, e que ainda cerca a Justiça Restaurativa no Brasil, mormente a respeito do alcance de seus princípios. Para tanto, adota-se como ferramenta teórica o método de interpretação teleológica dirigido à análise dos axiomas garantistas e ao exame dos princípios restaurativos. A hipótese que se levanta é a de que tal método de abordagem pode fornecer substrato suficiente para fazer revelar uma compatibilidade de fins entre o garantismo e o restaurativismo, incluindo aí, eventualmente, o potencial oculto dos princípios restaurativos para funcionar além das fronteiras do ideário restaurativo, ou seja, uma inclinação natural desses princípios para ir além da atribuição de coerência interna ao próprio pensamento restaurativo.

4 Decisionismo processual e a função garantista dos princípios restaurativos

Como se disse, reputa-se eficaz o uso da interpretação teleológica quando o objetivo assumido na pesquisa corresponde ao desvelamento dos valores e dos sentidos que subjazem aos princípios estruturantes do modelo garantista de justiça penal. Sendo a teleologia uma “Teoria dos Fins”⁷⁵, mostra-se apropriada

Auckland: AUT University, 2010. p. 52. A rigor, nem os termos de confidencialidade assinados previamente, tampouco as promessas de sigilo oferecidas por parte de alguns serviços de Justiça Restaurativa neozelandeses apresentam fundamento legal ou exigibilidade jurídica. Efetivamente, a confidencialidade, nesses casos, não passa de uma “falsa impressão da lei” (*false legal impression*) JULLICH, Shirley *et al.* *Project Restore: an exploratory study of restorative justice and sexual violence*. Auckland: AUT University, 2010. p. 52.

⁷³ WARD, Tony; LANGLANDS, R. L. Restorative Justice and the human rights of offenders: Convergences and divergences. *Aggression and Violent Behavior*. A Review Journal, Victoria, v. 13, n. 5, p. 355-372, Oct. 2008. p. 369.

⁷⁴ ARCHIBALD, Bruce P. *Restorative justice and the rule of law: rethinking due process through a relational theory of rights*. 2013. Disponível em: <http://www.nsrj-cura.ca/publications>. Acesso em: 11 jun. 2022. p. 31.

⁷⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 191.

sua aplicação para o mapeio da “teoria dos valores” implícita no pensamento de Ferrajoli⁷⁶, em relação à elaboração de seu modelo garantista. Considerando a natureza jurídica daqueles princípios⁷⁷ e partindo-se da premissa de que um “fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta”, resta nesta seção examinar a razão de existir dos axiomas garantistas, compará-los com os princípios restaurativos e verificar se ainda vigora a aparência de incompatibilidade.

Tomando como ponto de partida a crítica do decisionismo processual, faz-se necessário, primeiramente, examinar se a Justiça Restaurativa expressa esse fenômeno em alguma medida. Se assim ocorrer, a Justiça Restaurativa deve apresentar-se como um modelo antigarantista, pois: 1) ausente de uma intervenção estatal limitada pela lei; 2) carente de um processo de verificação da verdade; e 3) ausente de racionalidade. Comportando a Justiça Restaurativa esses três atributos, certo estará que além de ilegítimo, este modelo de justiça padece de inconstitucionalidade.

Cabe destacar outro aspecto de ordem metodológica: para se referir ao tema dos princípios restaurativos, admitiu-se como seu modelo representativo (mas não ideal⁷⁸) o rol previsto no artigo 2º da Resolução 225/2016 do CNJ⁷⁹. Assim se julgou adequado fazer, considerando-se o pano de fundo da presente pesquisa, ou seja, o quadro geral de articulação entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal estabelecido no território brasileiro e sob a égide das normas aqui vigentes. Logicamente, não se olvida o fato de haver na doutrina e na legislação internacional diferentes róis e múltiplas compreensões do que seriam estes princípios, quais seriam e quantos seriam eles. Inclusive, deduzimos da doutrina de Braithwaite⁸⁰, a fim de suplementar o modelo do CNJ, o Princípio Restaurativo do Respeito aos Direitos Humanos.

4.1 Os princípios da voluntariedade, consensualidade, imparcialidade e respeito aos direitos humanos em face da jurisdição e da acusação

Entretanto, não há de se falar em ausência de intervenção do poder estatal no âmbito da Justiça Restaurativa, especialmente em ausência de limites legais.

No Brasil, as práticas restaurativas articulam-se com o processo penal por meio de inúmeras portas de entrada abertas pela própria legislação, como são exemplo os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo (no cenário dos juizados especiais)⁸¹ e da remissão (no campo da Justiça Juvenil)⁸², importando o seu sucesso, para todos esses casos, na extinção da punibilidade ou no arquivamento do processo. Logo, a Justiça Restaurativa não cria soluções extralegais ou rotas de desvio do processo, mas transita pelos caminhos legais já existentes, emprestando-lhes novos conteúdos, sempre a partir da irritação do ordenamento jurídico provocada pela conduta típica.

Ao contrário do que se pode afirmar, a respeito de uma total informalização, privatização ou insubordinação da Justiça Restaurativa a qualquer manifestação de legalidade, há, no Brasil, uma série de normas de abrangência nacional regulando a matéria, de maneira a demonstrar não somente um elevado grau de

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁷⁷ Sobre a relação entre a teleologia, os valores e o Direito, escreve Reale: “Há, pois, uma diferença fundamental entre esses dois grupos de leis, das leis físicas e das leis éticas, de ordem causal umas, teleológicas as outras; insancionáveis as primeiras, sancionáveis as segundas; leis não referidas ao mundo dos valores, as físicas; leis essencialmente axiológicas, as que regem o mundo do direito ou da Moral”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 258.

⁷⁸ Como se verá abaixo, será tecida uma crítica sobre a presença da celeridade no rol dos princípios restaurativos presente na Resolução 225/2016 do CNJ.

⁷⁹ Art. 2º: São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

⁸⁰ BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, A. et al. *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 1-20.

⁸¹ Ver artigos 74, 76 e 89 da Lei 9099/95.

⁸² Ver artigo 126 da Lei 8069/90 e artigo 35, III da lei 12.594/2012.

institucionalização do modelo, mas também um nível aceitável de formalização de seus procedimentos. Inserido no leque de suas missões políticas, o tema da Justiça Restaurativa tem sido objeto de normas editadas com certa constância pelo Conselho Nacional de Justiça, a exemplo das Resoluções 225/2016 e 300/2019, que dispõem sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, ambas reflexo, no plano internacional, daquilo que dispõe a Organização das Nações Unidas (ONU) em sua Resolução 12/2002 (sobre os princípios básicos para a aplicação de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal)⁸³.

Também não se pode afirmar que a Justiça Restaurativa prescinde de qualquer vinculação externa a valores normativos. As práticas restaurativas, como dito, para funcionar, dependem da atuação direta das autoridades estatais de persecução penal, que só diante da existência de indícios de autoria e comprovação da materialidade da infração, encaminham os casos para os núcleos ou centrais restaurativas.

Invariavelmente o trabalho desses núcleos tem dependido, como é de se esperar, dos processos de criminalização primária e secundária, e, conseqüentemente, funcionam sob a sombra de uma atualização valorativa indireta da norma penal, motivada pela realização da conduta antinormativa e fundada no contexto da reação estatal à essa violação do ordenamento⁸⁴.

Não há também de se afirmar a incompatibilidade com o axioma acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*), posto que a participação do Ministério Público, como ente independente e autônomo, é garantida ao longo do processo restaurativo. Com efeito, cabe ao Ministério Público o encaminhamento dos casos à Justiça Restaurativa bem como a fiscalização da legalidade do acordo (artigos 7º e 8º, §3º da Resolução 225/2016 do CNJ). Não é demais sublinhar que, aqui, a função do Ministério Público se mantém preservada e idêntica àquela desempenhada no processo penal. Note-se, por exemplo, que, diante da atipicidade da conduta, seja qual for o motivo, o Ministério Público deve atuar no sentido de requerer o arquivamento do feito.

Tampouco a Justiça Restaurativa implica uma flexibilização inadmissível da obrigatoriedade da ação penal, princípio derivado do axioma acusatório. As práticas restaurativas, como já demonstrado, ocupam o lugar de institutos já admitidos na legislação, e, portanto, não significam um acréscimo nas hipóteses de mitigação da obrigatoriedade. Logicamente, nada impediria que, por meio de inovação legislativa, novas hipóteses de flexibilização pudessem ser criadas, ampliando assim os casos de envio à Justiça Restaurativa. Por sinal, a tendência legislativa de mitigação do poder de persecução ministerial já é fenômeno conhecido no Brasil há décadas, e não parece aguçar-se, significativamente, com o surgimento de novas hipóteses de diversão restaurativas. A esse respeito, escrevendo sobre o “mito da justiça absoluta”, Santos⁸⁵ constata uma “indesejabilidade da punição de toda a criminalidade conhecida pelas instâncias formais de controle”⁸⁶, mormente ante o risco de formação de um Estado-Policial, sufocante das liberdades individuais e só condizente com ideologias de cunho eficientista ou autoritárias, e com modelos de Direito Penal Máximo.

A esse respeito, para Ferrajoli, a “idolatria do terror na ciência penal” a que conduz uma obrigatoriedade da ação penal levada às últimas conseqüências:

o princípio da não derrogação da jurisdição, mesmo acompanhado [...] do princípio da obrigatoriedade da ação penal, não significa no entanto que nenhum crime deva ficar sem julgamento e pena. A ideia de uma perfeição e completude da intervenção judicial é antes a primeira ilusão a ser afastada. Disso foram

⁸³ Pendem no Congresso Nacional projetos de lei passíveis de deliberação e aprovação, tais como o PL 7006/2005 e o PL 8045/2010. Contudo, a ausência de lei em sentido estrito não tem implicado o uso meramente discricionário da abordagem restaurativa ou a prolação de decisões judiciais arbitrárias, sem qualquer fundamento jurídico, como se tem demonstrado.

⁸⁴ Ademais, prevê a Resolução 225/2016, em seu artigo 8º, IV, a função do facilitador restaurativo de ressaltar, durante as sessões, o valor social da norma violada pelo conflito.

⁸⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014.

⁸⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 460.

bastante cômicos os criminalistas da Escola Clássica, que advertiram sobre o caráter absurdo e funesto da pretensão panjudicialista⁸⁷.

Subjaz ao conceito da obrigatoriedade da ação penal a premissa de que a tutela penal sempre vem em favor da vítima, parte mais fraca no conflito. Sem qualquer amparo científico ou comprovação histórica, a tutela penal tem sido marcada, ao invés, pelo abandono da parte lesada, quando não, pela sua simultânea instrumentalização ou coisificação⁸⁸. Se o fim da ação penal obrigatória é a tutela da vítima, esse objetivo — demonstram as pesquisas⁸⁹ — parece ser cumprido melhor no âmbito da Justiça Restaurativa.

Não há também afetação, pela via das práticas restaurativas, do núcleo do princípio acusatório, consistente na exigência de separação funcional entre os órgãos de acusação e de julgamento. A decisão restaurativa, como se sabe, é construída, coletivamente, por meio da participação direta e conjunta dos interessados no conflito, sob a orientação dos princípios da corresponsabilidade e do atendimento às necessidades de todos, e de acordo com um procedimento não adversarial. Não havendo aí uma pretensão resistida propriamente dita, que exija uma decisão heterônoma e autoritária, não há também razão para se exigir a separação dos poderes acusatório e decisório (que sequer incidem sobre a dinâmica restaurativa).

Além de não promover tal confusão, as práticas restaurativas, guiadas pelo princípio da voluntariedade, não impõem a eliminação do direito-poder de promoção da ação penal. Este é garantido, do mesmo modo que a jurisdição (como se argumentará a seguir), na ausência de consentimento das partes ou no insucesso das práticas.

Já no cerne do Princípio da Jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*), subjaz a compreensão, estranha à Justiça Restaurativa, de que

sempre que a solução para o conflito tiver que ser ditada de forma autoritária e sempre que essa decisão envolva, ainda que potencialmente, a ofensa a direitos fundamentais do indivíduo, essa decisão terá de caber a um juiz.⁹⁰

Sob a ótica dos fins da jurisdição, deduz-se que as práticas restaurativas não concorrem com o princípio, ou seja, não buscam corresponder a uma “justiça penal sem juízes” em substituição de uma justiça dos tribunais. Ao contrário, “em hipóteses das quais se pretende que não resulte um desfavorecimento da posição

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 450-451.

⁸⁸ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

⁸⁹ Sica apresenta em sua obra diversas pesquisas que, em países distintos, demonstraram o mesmo resultado em comum: a satisfação de todos os envolvidos nas práticas restaurativas. Vide SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal*: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 92-146). Recentemente, a pesquisa coordenada por Andrade também chegou à mesma conclusão, dessa vez no Brasil. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade. Relatório Analítico Propositivo. Brasília: CNJ, 2018. Sobre o tema, resume a autora: “seja como for, é fundamental registrar que, apesar do universo restrito de participação nas práticas restaurativas (Laranjal Paulista e Tatuí) ou de entrevistas com as partes (Santa Maria e Tatuí), oportunizadas na pesquisa de campo, todas as partes escutadas, ofendidos ou ofensores, afirmaram sua satisfação e sinalizaram para a positividade, tanto de sua vivência no procedimento restaurativo, quanto do resultado para suas vidas, de diferentes formas, como se descreveu, que vão desde o tratamento acolhedor, respeitoso e esclarecedor, ao espaço para contar sua história e ser ouvido, demonstrar sentimentos como arrependimento ou vergonha, ou poder se desculpar perante o ofendido. Destacaram, ainda, o aprendizado de um novo modo de ver e se colocar no lugar do outro, de compreender os motivos do outro, de reagir e se relacionar com ele, bem como o apoio psicológico (como superação de um trauma) e material (como encaminhamento para um mercado de trabalho) para seguir adiante. As respostas sinalizaram (abrindo a perspectiva para pesquisas mais aprofundadas) no sentido confirmatório da hipótese geral aqui formulada quanto às partes, nos seguintes termos: pressupõe-se, entretanto, que, apesar de todos os limites, o campo dos procedimentos em curso esteja produzindo impacto positivo na vida das pessoas, das comunidades e de instituições envolvidas, ao afastá-los do violento processo de comunicação que é o sistema penal”. Vide CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade. Relatório Analítico Propositivo. Brasília: CNJ, 2018. p. 131.

⁹⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 479.

do arguido, admite-se uma certa limitação do papel do juiz na definição da solução para alguns conflitos criminais”⁹¹.

Mas em que consistiria essa limitação do papel do juiz quanto ao seu poder de intervenção nas práticas restaurativas? Além de exercer um filtro e de decidir sobre o encaminhamento dos casos à Justiça Restaurativa, as autoridades estatais (incluindo-se aí os magistrados e membros do Ministério Público) participam da formação do título executivo judicial, produto do acordo restaurativo. Com efeito, comunicando-se, pontualmente, com a Justiça Penal, a Justiça Restaurativa, além de não concorrer com ela, se submete à jurisdição na medida em que somente sob a chancela do magistrado, ouvido o Ministério Público, o acordo realizado no encontro restaurativo passa a gerar efeitos jurídicos, fazendo coisa julgada material no âmbito da justiça penal. Em termos práticos, o acordo restaurativo é homologado por meio de sentença extintiva da punibilidade do réu ou serve de fundamento para decisão de arquivamento, sendo ambos os pronunciamentos judiciais publicados em Diário da Justiça de veiculação ampla.

Mas não somente isso: a participação do juiz no processo restaurativo não é meramente formal, mas condiz com sua função no processo penal, ou seja, condiz com sua função de garantidor dos direitos fundamentais dos envolvidos quando é convocado a verificar a compatibilidade das cláusulas jurídicas do acordo com o ordenamento, impedindo que um conteúdo inconstitucional venha a compô-lo. Nesse particular, as práticas restaurativas não apenas se articulam com a jurisdição, mas a ela se submetem inevitavelmente quando seus resultados dependem, para validação, da intervenção de um juiz competente e imparcial, que exerce seu poder legalmente vinculado e, portanto, limitado à lógica dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Por força da Cláusula de Salvaguarda prevista no item 23 da Resolução 12/2002 da ONU, vige, no âmbito da Justiça Restaurativa, o Princípio do Respeito aos Direitos Humanos, que incide seus efeitos tanto sobre o conteúdo do acordo restaurativo quanto sobre o processo restaurativo, independentemente da intervenção de qualquer magistrado, ou de qualquer tipo de reflexo que a comunicação com os princípios do processo penal promova. Em nenhuma hipótese, os programas restaurativos podem ser configurados de maneira a produzir estigmatização, violência ou qualquer outro tipo de ameaça ou lesão a direito fundamental⁹².

A esse respeito, prevê a Resolução 225/2016 do CNJ, em seu artigo 2º, §4º que

todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro.

Como se verá mais adiante, embora mitigada a participação dos juízes ao longo das práticas restaurativas, por ser com elas essencialmente incompatível e desnecessária, a possibilidade de monitoramento quanto ao respeito dos direitos fundamentais se mantém incólume a todo tempo, seja pela participação de advogados (embora não ocorra durante os encontros), seja pelo dever de respeito atribuído aos facilitadores, seja também pela possibilidade de fiscalização dos apoiadores e dos membros da comunidade. De todo modo, à vista do menor risco, sempre é facultado aos envolvidos o direito de desistência, a qualquer tempo e fase do encontro.

A propósito, há total consonância entre o Princípio Restaurativo da Imparcialidade, previsto no artigo 2º da Resolução 225/2016 do CNJ, e o axioma da jurisdição, do ponto de vista teleológico, considerando que ambos os modelos de justiça (o restaurativo e o penal) exigem o exercício equânime tanto do facilitador

⁹¹ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 479.

⁹² Sobre o Princípio Restaurativo do Respeito aos Direitos Humanos, ver BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, A. et al. *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 1-20.

quanto do juiz no que tange ao equilíbrio de forças entre aqueles participantes do encontro restaurativo ou do processo penal.

Resultante dessa harmonia, cabe aos facilitadores restaurativos a mesma postura imposta aos magistrados, no sentido de se absterem de se aproximar dos envolvidos com o intuito de promover ou de preservar qualquer desequilíbrio injustificado entre eles. Vislumbra-se a projeção do axioma da jurisdição sobre o Princípio Restaurativo da Imparcialidade, sendo, portanto, plausível a aplicação, por analogia, dos regramentos previstos nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal, no que couber, sobre impedimento e suspeição dos juízes, àqueles facilitadores.

Outrossim, com o insucesso das práticas restaurativas, resta intacta a via processual penal (precedida pela acusação) posto que a Justiça Restaurativa, nesse caso, não exclui a rota jurisdicional, mas apenas se impõe como mais uma comporta de retenção do *jus puniendi*.

Havendo a discordância de algum dos envolvidos no conflito em participar, havendo desistência posterior ou não havendo qualquer consenso, o caso retorna à instância penal, habilitando-se, novamente, todos os mecanismos previstos para a verificação da responsabilidade penal e a eventual aplicação de pena, incluindo-se todos os mecanismos desencarcerizantes ou despenalizadores contidos na legislação em favor do réu.

Já se vê, portanto, a importância fundamental dos princípios restaurativos da voluntariedade e consensualidade, incluindo-se um vislumbre da relação existente entre estes e o axioma da jurisdição. Isto porque, parece aceitável, segundo Santos⁹³, que as soluções obtidas por meio da participação voluntária dos envolvidos e fruto do consenso na própria construção dessas soluções sejam atribuídas a sujeitos distintos do juiz. Dito de outro modo, “a modelação da solução para o conflito criminal, quando não é conformada e ditada por um juiz, não prescinde do consenso dos sujeitos do conflito”⁹⁴.

Por essa razão, infere-se que, no interior das fronteiras das práticas restaurativas, os princípios restaurativos da voluntariedade, da consensualidade, imparcialidade e respeito aos direitos humanos, funcionam, rigorosamente, como garantias de observância dos direitos fundamentais dos envolvidos e, portanto, harmonizam-se, ao nível das finalidades, com o ideário garantista. Pode-se afirmar, inclusive, que as garantias processuais estão para o processo penal assim como os princípios restaurativos estão para as práticas restaurativas, com a diferença essencial (pouco ventilada na doutrina) de que no processo penal o poder tende a ser abusado pelas autoridades estatais, e que, no âmbito da Justiça Restaurativa, o poder pode ser exercido exacerbadamente pelos próprios envolvidos (uns contra os outros) ou pelos facilitadores.

De uma perspectiva mais abstrata e generalizante, vê-se, que, indiretamente, esses mesmos princípios restaurativos, pela compatibilidade dos fins que buscam atingir, podem exercer em determinadas situações, verdadeiras funções de “garantias de garantias”, quando asseguram a impossibilidade de exclusão da via processual. Violaria os axiomas *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem juízo) e *nullum iudicium sine accusatione* (não há juízo sem acusação) a participação forçada dos conflitantes no encontro restaurativo e a eventual ausência de consensualidade na decisão. Nesse sentido, poder-se-ia falar em supressão do poder acusatório do Ministério Público ou na esquiva injustificada da jurisdição, pela imposição do processo restaurativo.

4.2 A celeridade no contexto restaurativo: um estranho no ninho

Corolário do axioma da jurisdição, a duração razoável do processo⁹⁵ se apresenta como princípio dedicado à proteção dos direitos fundamentais. Sua finalidade específica é a de impedir o “apossamento ilegal do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível”, por parte do Estado⁹⁶.

⁹³ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014.

⁹⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 482.

⁹⁵ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 108.

Sendo “uma pena em si mesmo”, o processo prolongado injustificadamente se descaracteriza enquanto instrumental de realização da justiça, passando a atuar, disfuncionalmente, como meio de violação de direitos. À propósito, conforme Lopes Junior, acerca dos efeitos da morosidade sobre as garantias processuais:

a primeira garantia que cai por terra é a da Jurisdicionalidade insculpida na máxima latina do *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*. Isso porque o processo se transforma em pena prévia à sentença, através da estigmatização, da angústia prolongada, da restrição de bens e, em muitos casos, através de verdadeiras penas privativas de liberdade aplicadas antecipadamente (prisões cautelares). É o que CARNELUTTI define como a *misere di sofferenza spirituale* ou *di umiliazione*. O mais grave é que o custo da pena-processo não é meramente econômico, mas social e psicológico. Na continuação, é fulminada a Presunção de Inocência, pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. [...] ⁹⁷.

Ainda que comportem na sua essência a noção de que “justiça tardia não é justiça”, o Princípio da Duração Razoável do Processo não se confunde com o Princípio da Celeridade Processual. Este, por sua vez, compõe um conjunto de representações mais contemporâneo e distinto⁹⁸, descolado daquele estuário de ideias político-liberais oitocentista em que foi gestado o garantismo penal. A celeridade, enquanto princípio, tem sua vigência restrita à órbita de procedimentos específicos, de índole eficientista e utilitária, e é em grande medida incompatível com o axioma da jurisdição.

O critério da celeridade, no Brasil, rege o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, sob o qual tramitam os casos relativos a crimes de menor potencial ofensivo. Longe de ser apenas um ideal a ser perseguido, a celeridade processual no rito dos Juizados é antes um produto das práticas diárias quase instantâneas de seus servidores e juizes, das audiências sucintas, da concentração de atos, da oralidade das manifestações, da ausência de formalidades, da prontidão das respostas e da dispensa da controvérsia dos fatos⁹⁹. Ali, institutos como os da transação penal e da suspensão condicional do processo funcionam como mecanismos de fuga ao processo, e resultam, com vistas à compensação civil das vítimas, à consecução de negócios penais e, sobretudo, ao desafogo da máquina judiciária, na flexibilização sistemática das garantias processuais.

Ocorre que, por seu contexto de criação e pelas demandas institucionais que a alimentam¹⁰⁰¹⁰¹, os Juizados Especiais, movidos pelo princípio da celeridade, estão geralmente associados a uma forma de manejar o processo penal bastante próxima da lógica fabril ou empresarial, que atropela os direitos fundamentais dos réus como que defeitos da linha de produção¹⁰², em nome da quantidade e da eficiência.

Não à toa, é comum a crítica à celeridade enquanto fio condutor de procedimentos criminais. Algumas dessas críticas, por exemplo, apontam para uma espécie de efeito de autossabotagem provocada pela observância rigorosa do princípio, como a que ocorre sobre a finalidade da conciliação nos Juizados Especiais: a celeridade das sessões conciliatórias termina por dificultar o atingimento dos acordos ou quando muito,

⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 109.

⁹⁸ Com efeito, considera-se que uma certa razão da celeridade que passa a invadir as práticas judiciárias no final do século XX tenha origem no exterior do mundo jurídico, ou seja, no estabelecimento do capitalismo informacional que se projeta sobre o Direito e que diz respeito à condição da modernidade atual, marcada pela globalização, pela transformação rápida das formas de interação e controle social. Vide AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir?: dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 59. A esse quadro geral é que se poderia chamar, a partir do pensamento de Lipovetsky, de hipermodernidade. LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 84.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58-59.

¹⁰¹ A autora, de fato, descreve o rito sumaríssimo como uma “justiça dos resultados”, capaz que foi de, em pouco tempo, reduzir o número de denúncias oferecidas, de sentenças prolatas, de recursos julgados e das prescrições, apesar do aumento da criminalidade e do crescimento populacional. Vide GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58-59.

¹⁰² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 108.

redunda na formalização desses acertos, sem que ocorram diálogos realmente significativos entre as partes. Sobre o tema, escreve Azevedo:

[...] a excessiva preocupação com a celeridade da justiça, aliada a problemas estruturais como a falta de juízes, promotores e defensores públicos e o número insuficiente de Juizados, junto com a demanda impressionante de processos judiciais, acaba por solapar a possibilidade de que as audiências sirvam como um momento para o restabelecimento do diálogo entre as partes em conflito. A busca de produtividade leva a uma tendência de redução dos esforços do juiz no sentido da conciliação, que exigiria o esclarecimento das partes e a abertura de espaço para a expressão da vítima e do autor do fato¹⁰³.

A partir da perspectiva teleológica que se propõe, percebe-se um descompasso essencial entre as finalidades garantistas e o Princípio da Celeridade. Deduz-se que às práticas judiciais do tipo efficientista, utilitarista, correspondem, segundo Ferrajoli¹⁰⁴, aqueles modelos decisionistas, portanto antigarantistas, do tipo da Justiça Negocial, dada a dispensabilidade, entre outros fatores, de um momento dedicado à descoberta da verdade processual.

Logicamente, não são compatíveis modelos que aceleram o “tempo do direito”¹⁰⁵ e fraturam o processo a fim de excluir a etapa do debate sobre as provas (a construção da verdade processual) com modelos que demandam um tempo razoável para a colheita legítima e legalizada das provas, sua avaliação racional e para a formatação de uma decisão objetivamente fundamentada. Somente um modelo que prescinde da busca pela verdade pode conceber a celeridade como seu Princípio Orientador.

A Justiça Restaurativa, como visto, embora não procure produzir uma verdade processual, compreende, em seu rito, como condição para o alcance de seus fins específicos, momentos cruciais destinados à construção de uma verdade pessoal, que sobressai da interação significativa entre os envolvidos no conflito. Essa “verdade restaurativa” (pode-se assim chamar), assentada no diálogo, serve de alicerce seguro e ponto de partida para a formulação de um projeto de futuro para os envolvidos. É essa verdade consensual, não imposta, mas demarcada pelas normas legais e éticas que circundam a Justiça Restaurativa, que sustenta o acordo restaurativo e a confiança das partes na retomada de suas vidas (com empoderamento). Logo, do ponto de vista de seus fundamentos básicos, não há espaço na Justiça Restaurativa para um princípio como o da celeridade, do mesmo modo como não há espaço para ele em um modelo penal inteiramente garantista.

Todavia, preferiu o Conselho Nacional de Justiça prever no artigo 2º da Resolução 225/2016 a celeridade como Princípio Orientador da Justiça Restaurativa. A nosso ver, embora se encontre expresso na Resolução 225/2016, a celeridade não pode ser considerada materialmente Princípio Restaurativo, uma vez que não se harmoniza com os demais princípios restaurativos, não encontra qualquer fundamento na doutrina mais abalizada¹⁰⁶ e sequer guarda relação com o plano normativo internacional¹⁰⁷.

Socorre-nos nesse sentido o entendimento de Santana¹⁰⁸. Para o autor, se de maneira geral, não se pode afirmar uma incompatibilidade entre o garantismo penal e os princípios restaurativos (ao contrário, observa-

¹⁰³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir?: dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 76.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 56.

¹⁰⁵ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁰⁶ Apesar de Rios e Costa afirmarem que “a Justiça Restaurativa vem ganhando força no país e se mostra uma importante alternativa à via judicial, principalmente por ser célere (sem deixar de lado garantias fundamentais)”, infere-se de sua fundamentação uma aproximação maior da noção de “tempo razoável” do que da celeridade típica dos Juizados Especiais, de que se mostram críticos. Vide RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Um requiém para a justiça estatal? A crise de jurisdição e os meios alternativos de resolução de conflitos em matéria penal. *Diké: Mestrado em Direito*, Aracaju, v. 4, n. 2, ago./dez. 2015. p. 48.

¹⁰⁷ A celeridade não está prevista, por exemplo, na Resolução 12/2002 da ONU.

¹⁰⁸ SANTANA, João Victor Pinto. Justiça penal consensual e o caminho traçado pelas práticas restaurativas: superação do garantismo penal? In: SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, João Victor Pinto (org.). *Olhares sobre a Justiça Restaurativa*. São Cristóvão: Editora UFS, 2021.

-se uma consonância no plano ideal quanto às finalidades de minimização da violência, de proteção do “mais débil” em face do Estado, de respeito à legalidade e à normatividade constitucional, de contribuição crítica da cultura jurídica, etc.), o mesmo não pode se dizer na especificidade do princípio da celeridade.

Infere-se dos argumentos desse autor a necessidade de se interpretar o Princípio da Celeridade, malgrado o texto expresso da Resolução 225/2016, a partir do conteúdo do princípio processual penal da duração razoável do processo. Segundo Santana¹⁰⁹, dessa maneira, poder-se-ia retroceder na vinculação da celeridade com um imaginário próprio de modelos antiguarantistas ou com a lógica dos Juizados Especiais Criminais.

A tramitação processual/procedimental razoável, respeitando o devido processo legal e a ampla defesa — e, em casos como da justiça restaurativa, respeitando o desenvolvimento das partes à construção da resolução do conflito, suas subjetividades e necessidades, tempo de fala e escuta, assim como de voluntariedade e empoderamento — trata-se de uma garantia primária constitucionalmente prevista no ordenamento jurídico. Diante disso, em relação à celeridade do processo restaurativo, salienta-se que tal princípio deve ser interpretado com bastante cautela para que, na prática da operacionalização do processo restaurativo, não se coloque em risco todos os demais princípios da justiça restaurativa e acabe caracterizando uma banalização dessa nova forma de resolução consensual de conflito penal. Ademais, uma possível busca pela fluidez e flexibilidade da hermenêutica constitucional garantista, sustentada na celeridade e na pretensão de mera quantificação dos procedimentos realizados com base na prática atrelada à metodologia restauradora, coloca em risco a eficácia de garantias primárias dos indivíduos e, com isso, compromete a própria compreensão da lógica da justiça restaurativa que visa se debruçar sobre as relações sociais afetadas através da conduta criminosa¹¹⁰.

Pondo-se um passo à frente na crítica desse princípio, afirma-se que a admissão de validade ao Princípio da Celeridade, mesmo sob outro enfoque, mantém preservado o risco de afastamento da Justiça Restaurativa das finalidades garantistas de proteção dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que permite penetrar, justamente, no seu âmago axiológico um elemento marcante de uma racionalidade economicista que combina produtividade/automatização-informatização e desumanidade. Uma vez tocados pela exigência de celeridade, inevitavelmente tanto juízes quanto facilitadores (mas também os participantes dos encontros restaurativos) tendem a ver justamente nos elementos que emprestam qualidade e distinção aos processos judicial e restaurativo (sejam as garantias sejam as soluções consensuais e satisfativas das necessidades) obstáculos ao rendimento e à eficiência.

Ao contrário do que se pode inferir da presença da celeridade no texto da Resolução 225/2016 do CNJ, as práticas restaurativas são usualmente identificadas com práticas artesanais, que privilegiam a qualidade das interações¹¹¹, e à noção de democracia participativa (cujo tempo também não se coaduna com o tempo da linha de montagem capitalista).

Sobre o tema, esclarece Vera Regina Andrade, de forma contundente:

é comum a visão de que a Justiça Restaurativa pode concorrer para desafogar o Judiciário, por ser uma justiça informal mais simplificada e célere. Nada mais superficial diante dos achados do campo. A Justiça Restaurativa tem o seu tempo, a sua temporalidade e não pode ser atropelada pela velocidade nem pelo produtivismo-eficientismo e, onde o for, será um natimorto. Acelerar seu curso, por mais justificados que sejam os objetivos declarados, representa custos qualitativos. “Não é um fast food”, como tem afirmado o juiz Egberto Penido. Tomada em sua plenitude, não é uma justiça célere (porque não está destinada, unicamente, a entregar um produto) mas uma justiça exigente, porque é uma justiça pro-

¹⁰⁹ SANTANA, João Víctor Pinto. Justiça penal consensual e o caminho traçado pelas práticas restaurativas: superação do garantismo penal? In: SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, João Víctor Pinto (org.). *Olhares sobre a Justiça Restaurativa*. São Cristóvão: Editora UFS, 2021.

¹¹⁰ SANTANA, João Víctor Pinto. Justiça penal consensual e o caminho traçado pelas práticas restaurativas: superação do garantismo penal? In: SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, João Víctor Pinto (org.). *Olhares sobre a Justiça Restaurativa*. São Cristóvão: Editora UFS, 2021. p. 16.

¹¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade. Relatório Analítico Propositivo. Brasília: CNJ, 2018. p. 228.

cessual e vivencial. E pode ser inclusive até mais demorada do que a justiça punitiva, dada a necessidade de um número maior de encontros para se obter resultados positivos¹¹².

Por tais razões, pode-se concluir que o reconhecimento da celeridade como princípio restaurativo abre espaço para uma aproximação finalística entre a Justiça Restaurativa e modelos decisionistas (antigarantistas). Todavia, por força dos argumentos acima expostos, a celeridade, não apresenta qualquer substrato material (seja doutrinário seja baseado em protocolos internacionais) capazes de lhe emprestar validade enquanto princípio restaurativo, e por tanto, sua previsão no artigo 2º da Resolução 225/2016 deve ser considerada letra morta, não podendo surtir qualquer efeito.

Todavia, não há de se admitir um processo restaurativo *ad infinitum*. Por essa razão, se cogita ser plenamente possível, por meio da interpretação teleológica do axioma da jurisdição a que nos habituamos neste artigo, deduzir-se o Princípio da “Duração Razoável do Processo Restaurativo”, como Princípio Implícito da Justiça Restaurativa.

Recomenda-se que, com a edição de Lei Federal sobre o assunto, o equívoco possa ser corrigido. Conclui-se haver razoabilidade numa eventual substituição de termos, para fazer constar no lugar da celeridade o Princípio da “Duração Razoável do Processo Restaurativo”, sem haver aí qualquer prejuízo para a essência do modelo. E parece que a futura legislação vai nesse sentido, posto não se encontrar, no Projeto de Lei 7006/2066 ou no Projeto substitutivo do Código de Processo Penal, a previsão da celeridade como critério orientador da Justiça Restaurativa.

4.3 Confidencialidade como garantia da prova e da defesa

A Justiça Restaurativa, pode-se afirmar, reúne um variado conjunto de conhecimentos e de técnicas que, aplicadas sistematicamente, visam, da maneira mais integral possível, dar resposta à complexidade do conflito, em suas múltiplas dimensões¹¹³. Esse modelo de justiça toma corpo por meio de práticas e de metodologias específicas, que, amparadas por normas legais¹¹⁴, orientam-se por princípios e finalidades próprias. Em particular, as práticas restaurativas visam, pela transformação do conflito, reparar os danos causados à vítima e a responsabilização ativa dos ofensores¹¹⁵.

De acordo com o §1º do artigo 1º da Resolução 225/2016 do CNJ, as práticas restaurativas conformam um “conjunto de atividades e etapas que objetivam a composição dos conflitos”, a que se pode chamar de “procedimento restaurativo”. Havendo, portanto, um procedimento restaurativo, não há razão para se sustentar uma Justiça Restaurativa como exemplo de modelo irracional, desprovido de um processo concatenado, constituído de etapas pré-definidas, em meio às quais se persegue, com intuito lógico, o atingimento de determinadas finalidades.

Todavia o procedimento restaurativo — é de se admitir — não se dirige à reconstituição da verdade processual e à verificação da culpa (a responsabilidade penal), como se espera de todo processo orientado pelos princípios garantistas penais¹¹⁶. Exatamente por essa razão, o procedimento restaurativo dispensa a produção de atos cognitivos, considerando que a atribuição de pena não compõe seu rol de finalidades. A

¹¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade. Relatório Analítico Propositivo. Brasília: CNJ, 2018. p. 146.

¹¹³ Algumas dessas metodologias, conhecimentos e técnicas podem ser examinadas nas obras de SPOSATO, K. B. *Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos*. São Paulo: CLA Cultural, 2018; ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Àgora, 2006; e BOYES-WATSON, Carolyn; PRANIS, Kay. *No coração da Esperança: guia de práticas circulares*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

¹¹⁴ Ver artigo 1º, §1º da Resolução 225/2016 do CNJ.

¹¹⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 172.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ausência de pena, assim, é fator que torna prescindível a reconstituição dos fatos ante a desnecessidade de sua imputação ao réu.

Mas interessa à Justiça Restaurativa uma verdade pessoal e multidimensional, não restrita à dimensão jurídica (verdade argumentativa/processual). Por essa razão, constatar-se ser da essência de seu procedimento o estímulo ao diálogo aberto e transparente, a promoção de experiências significativas entre os participantes dos encontros, ricas em informações e sentimentos, elementos imprescindíveis para o atingimento de seus fins. Se, por um lado, da relação adversarial do processo penal decorre uma postura de retraimento das partes, de pouca ou nenhuma interação entre elas, de resistência recíproca e ocultamento das informações (compatível com o direito de defesa, *nulla probatio sine defensione*, em especial com o direito ao silêncio); por outro, da relação travada no ambiente restaurativo espera-se o engajamento dos envolvidos, atitudes de respeito mútuo, compreensão, empatia e autorresponsabilidade, resultados dos estímulos à interação profunda e significativa e à troca de experiências pessoais em um ambiente seguro.

Deduz-se, portanto, que, dado o grau de distinções entre as técnicas e as condições de existência dos ambientes restaurativo e processual penal, regra geral, a admissão da prova colhida, durante a prática restaurativa, não pode se dar senão mediante a violação dos axiomas da prova (*nulla accusatio sine probatione*) e da defesa (*nulla probatio sine defensione*). Efetivamente, a divulgação das conversas e do conteúdo das interações, ocorridas nos encontros restaurativos, a fim de produzir prova contra o réu no processo penal, cria — *a posteriori* — um *continuum* de violação dos direitos à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e à presunção de inocência, entre os ambientes distintos da Justiça Restaurativa e da Justiça Penal.

O procedimento restaurativo atinge seus fins pelas possibilidades que surgem da interação significativa entre os participantes. Por essa razão, sua metodologia destaca a situação ideal de fala, que se sustenta com base no exercício do direito à liberdade de expressão, muito distante do foco do processo penal, no exercício do direito à defesa. Sendo assim, a fim de evitar que a Justiça Restaurativa se converta em uma extensão da investigação criminal ou da fase de instrução processual, deve-se reconhecer que as provas extraídas do ambiente restaurativo sejam inadmissíveis porque ilícitas, uma vez que são obtidas com violação dos axiomas da prova e da defesa, e, especificamente, do direito à não incriminação, nos termos do artigo 5º, LXIII e LVI da Constituição Federal e artigo 157 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido se prevê, expressamente, nos §4º e 5º do artigo 8º da Resolução 225/2016 do CNJ, desdobramentos importantes do princípio restaurativo da confidencialidade que parece projetar seus efeitos sobre o campo do processo penal:

§4º. Deverá ser juntada aos autos do processo breve memória da sessão, que consistirá na anotação dos nomes das pessoas que estiveram presentes e do plano de ação com os acordos estabelecidos, preservados os princípios do sigilo e da confidencialidade, exceção feita apenas a alguma ressalva expressamente acordada entre as partes, exigida por lei, ou a situações que possam colocar em risco a segurança dos participantes. §5º. Não obtido êxito na composição, fica vedada a utilização de tal insucesso como causa para a majoração de eventual sanção penal ou, ainda, de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa como prova.

Ademais, prevê a mesma resolução, em seu §1º do artigo 2º, a incomunicabilidade do procedimento restaurativo, a demonstrar a relação harmônica entre o Princípio da Confidencialidade no âmbito restaurativo e as garantias processuais penais:

§1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

Sobre o tema específico da impossibilidade de reconhecimento da participação do ofensor na prática restaurativa como confissão e a relação existente entre o Princípio da Confidencialidade e a Presunção de Inocência, para Santos¹¹⁷:

na perspectiva de Justiça Restaurativa aqui explicitada, não há que se falar em prejuízo para o acusado no que concerne ao princípio da não-culpabilidade. O processo restaurativo não prejudica o suposto autor de um delito, uma vez que, como já apresentado, a Justiça Reintegrativa tem a confidencialidade como um de seus princípios básicos. Ademais, a participação em processo restaurativo não implica na assunção de culpa por uma das partes [...].

Pode-se inferir, portanto, que o ambiente restaurativo, por força da natureza densa das relações interpessoais nele construídas, consiste em verdadeiro espaço dirigido à expressão da personalidade, e, portanto, circunscrito em uma zona franca para o exercício de direitos fundamentais, em especial dos direitos à intimidade e à privacidade. Assim, forçoso concluir que a proteção legal do ambiente restaurativo é exigência de primeira ordem e a divulgação de informações ali originadas, a despeito da confidencialidade, configura, em regra, violação dos direitos à intimidade e à privacidade, previstos na Constituição Federal, em seu artigo 5º, X e, de novo, constitui prova inadmissível no processo penal, já que obtida por meio ilícito.

O Princípio Restaurativo da Confidencialidade, assim, não se limita a produzir efeitos somente nos espaços fechados dos encontros restaurativos, mas apresenta, também, valor jurídico como garantia processual (garantia de garantias), na medida em que assegura o respeito aos direitos fundamentais dos participantes das práticas restaurativas que, porventura, possam sofrer ameaça quando do retorno do caso ao processo penal (mormente os direitos à privacidade, à intimidade, à presunção de inocência e da proibição da não autoincriminação).

Sua validade (jurídica) é deduzida da Constituição, seja por que esta prevê os direitos fundamentais à não autoincriminação (artigo 5º, LXIII), à intimidade e à privacidade (artigo 5º, X), seja por que ela impede, com eficácia plena e imediata, o ingresso e a permanência da prova ilícita nos autos, nos termos do artigo 5º, LVI da Constituição Federal (espelhado no artigo 157 do Código de Processo Penal).

Não se afirma — frise-se — que, na essência do Princípio Restaurativo da Confidencialidade, oculta-se uma suposta natureza jurídica de garantia processual. Sustenta-se que esse princípio, em casos específicos, exerce uma verdadeira função de garantia processual, extravasando seu alcance para fora do âmbito da Justiça Restaurativa. Se a finalidade do axioma da prova (*nulla acusatio sine probatione*), como ficou estabelecido antes, é a de limitar o poder do órgão de acusação em favor do réu, fazendo evidenciar-se a verdade processual em face de imputações falsas ou em face de provas obtidas ilicitamente; então, aquela função também é realizada pelo Princípio da Confidencialidade, quando este impede que o conteúdo das práticas restaurativas fundamentará, ilicitamente, a decisão condenatória.

Com efeito, essa função atípica do princípio restaurativo da confidencialidade (de garantia processual), além da sua função natural de promover a espontaneidade do encontro restaurativo, somente pode ser concebida em um cenário que admita uma articulação permanente entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal, como no Brasil. Havendo essas pontes de comunicação, surge, também, a possibilidade de que a desconformidade teórica entre os dois modelos possa resultar no comprometimento prático da situação do réu, justamente pelo fato dele ocupar o lado hipossuficiente na relação com o Estado no processo penal. Daí a necessidade de existir, no ambiente restaurativo, uma proteção de índole verdadeiramente processual, mormente quando as práticas restaurativas precedem o processo penal.

Para além do risco de violação da presunção de inocência, os demais direitos fundamentais dos participantes de práticas restaurativas não devem passar despercebidos. Por essa razão, ainda que ausente acusação

¹¹⁷ SANTOS, Lucas Nascimento. *Justiça Restaurativa e princípio da presunção de inocência: a possibilidade de uma coexistência harmônica*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

formal ou ameaça direta de pena, prevê-se, na dinâmica procedimental da Justiça Restaurativa, a participação de advogados.

Não sem razão prevê-se, no artigo 2º, §3º da Resolução 225/2016 o direito dos participantes de ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento. Nesse sentido, observa-se a ausência de obstáculo entre a realização da prática restaurativa, lastreada pelo direito de participação informada dos envolvidos, e a efetivação do axioma da defesa (*nulla probatio sine defensione*), pautado pela possibilidade de falseamento da acusação.

Por todo o exposto, se mostra inválida a hipótese de que a Justiça Restaurativa corresponde a um modelo ausente de racionalidade, como se disse. Pelo contrário, as práticas restaurativas se vinculam a valores normativos democraticamente eleitos para habilitar-se; presume certo grau de censura do ofensor quando este reconhece a responsabilidade pelo dano e pela reparação da vítima; seu resultado é coletivamente controlado, homologado pelas autoridades judiciárias e vinculado às normas e limites constitucionais. Ademais, o conjunto de metodologias, técnicas e conhecimentos que lhe exigem o domínio, por meio do treinamento e capacitação contínua dos facilitadores, demonstra a ausência de aleatoriedade e de mera subjetividade de seu procedimento.

Não obstante, sua racionalidade se distingue em aspectos fundamentais do processo penal, devida à diferença entre suas finalidades próximas. Como este tem natureza adversarial e orienta-se pelas finalidades de verificação da responsabilidade penal e de atribuição da pena, suas etapas devem ser (para não incorrerem em arbitrariedade) previstas em leis rígidas e detalhadas, devem ser controláveis por profissionais especializados, e as decisões dependem da reprodução o mais exata possível do passado (atuação retrospectiva dos juízes para decidir sobre a culpa, a qualidade e quantidade da pena). As práticas restaurativas, por focarem em interações horizontais e voluntárias entre os envolvidos, na satisfação das necessidades, na promoção da responsabilidade compartilhada, na participação ampla de todos os afetados, dirigem-se para as consequências do conflito (caráter finalístico prospectivo), para a sua transformação, e por isso, dispensam a rede de proteções exigidas no modelo adversarial, heterônomo e sancionatório.

4.4 Justiça Restaurativa, garantismo substancial e a compatibilidade quanto à finalidade política

Nada obstante, para além da face negativa do garantismo penal, associada à realização dos direitos de liberdade e à exigência de abstenção por parte do Estado, observam-se manifestações de um garantismo substancialista¹¹⁸ na maneira como o Estado tem pretendido, em conjunto com a Justiça Restaurativa no Brasil, tutelar direitos fundamentais de ordem social (as garantias sociais)¹¹⁹. Com efeito, por meio do CNJ¹²⁰, o Estado brasileiro, ao menos no plano normativo, tem assumido a responsabilidade pela organização dos programas restaurativos, pelas ações de incentivo, pela busca de sistematização e integração das redes familiares e comunitárias e pela promoção de políticas públicas que dão suporte à satisfação das necessidades das vítimas e à responsabilização dos ofensores.

Além disso, no Brasil, por meio dos Tribunais de Justiça e das Universidades Públicas, tem sido responsabilidade do Estado a promoção de capacitação dos facilitadores, a multiplicação das práticas restaurativas,

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

¹¹⁹ Esse outro lado do garantismo, ou seja, essa dimensão substancialista do garantismo, que foge ao âmbito exclusivo da Justiça Penal, se liga, de acordo com o pensamento de Ferrajoli, a uma noção material de democracia, limitada pela necessidade de efetivação dos direitos sociais: “*Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer*”. Vide FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004. p. 23-24.

¹²⁰ Sobre o tema, ver os capítulos II, III e IV da Resolução 225/2016 do CNJ que preveem as atribuições do próprio CNJ, dos Tribunais de Justiça e prescrevem as regras para o atendimento restaurativo em âmbito judicial.

a formação de pesquisadores, o desenvolvimento de estratégias de avaliação e de difusão dos programas, bem como a construção de espaços físicos de implementação e aplicação das práticas no âmbito de núcleos judiciários¹²¹.

Tem-se verificado, em algumas pesquisas de campo, inclusive, que o Estado, por meio de suas agências sociais, tem dado vazão (de maneira ainda que enviesada) à necessidade de participação comunitária nas práticas restaurativas. De fato, representantes de órgãos estatais como o Centro de Referência e Assistência Social (CRAS) e o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) têm sido admitidos como membros comunitários nos encontros restaurativos¹²². Tal participação, ao que nos parece, deve ser reconhecida como uma legítima e necessária invocação popular do Estado, em sua dimensão social, substitutiva de sua dimensão penal, para resolver problemas estruturais porventura apresentados de forma individualizada no processo penal¹²³.

Sem dúvida, da perspectiva dos fins do garantismo, o delito demanda não apenas o exercício do poder jurisdicional, mas, de maneira mais geral, exige uma resposta organizada e legitimada democraticamente por parte do Estado. A jurisdição é apenas uma delas.

No âmbito da Justiça Restaurativa, ainda assim, o poder jurisdicional, bem como a função acusatória que lhe precede, se mantêm intactos, seja para a chancela da decisão acordada, seja para habilitar-se subsidiariamente, quando a vontade das partes ou a necessidade da pena se sobrepuser. De toda sorte, um Estado de índole mais social que policial é convocado para apoiar os ofensores que desejam responsabilizar-se, dando-lhe suporte material por meio de suas agências sociais, ou para apoiar a vítima por meio dessas mesmas agências. De ambos os modos, há a regulação regrada e limitada do Estado que não se exime de exercer seu poder sobre o controle do crime.

Do ponto de vista específico dos fins visados pelos axiomas da submissão à jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*) e da acusação (*nullum iudicium sine accusatione*), tem-se que, diante da possibilidade da imposição de sofrimento a uma determinada pessoa (a pena, a sanção penal), e considerando a tendência historicamente comprovada de uma imposição abusiva (por meio do exercício ilimitado do poder), surge a necessidade de obediência restrita a um processo regrado, estabelecido previamente pela legislação, com fases racionalmente interligadas em meio as quais atuam, separadamente, um juiz imparcial e um órgão acusatório, ambos limitados pela lei e guiados pela razão e pelo exame retrospectivo das provas.

Afora o objetivo político de limitação do poder estatal, o Princípio da Submissão da Jurisdição consiste na garantia de que um poder popular ou comunitário não se erga em seu lugar, e procure responder ao conflito na forma de uma justiça privada, ilimitada e irracional. Daí Ferrajoli sustentar que:

[...] o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão “judiciário”, ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões em oposição¹²⁴.

Sendo estas as finalidades do princípio, não resta outra conclusão a não ser a de que a Justiça Restaurativa, por sua principiologia e fundamentos, não se coaduna com o uso ilimitado do poder de punir, tampou-

¹²¹ Cite-se como exemplo, o recentíssimo Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa, que, criado no interior do Tribunal de Justiça de Sergipe por meio da Lei Estadual 8984/2022, vincula-se diretamente à Presidência daquele.

¹²² SANTANA, Márcia Jaqueline Oliveira. *O papel da comunidade na Justiça Restaurativa*. Aracaju: EDISE, 2019.

¹²³ Vislumbra-se uma relação intrínseca entre a noção de garantismo substancial e os princípios restaurativos da corresponsabilidade, da reparação dos danos e do atendimento às necessidades dos envolvidos. A partir dessa perspectiva, constata-se mais um ponto de contato e de aproximação entre o garantismo e a Justiça Restaurativa, para além da compatibilidade entre os princípios restaurativos e as garantias processuais penais. Todavia, considerando o recorte temático dessa pesquisa, o estudo dessa relação não será aprofundado neste artigo.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 433.

co com um modelo de vingança privada, com o acréscimo da violência, ou com a imposição arbitrária de sofrimento, a fim de suplantar a justiça estatal. Nesse particular, a crítica de Ferrajoli parece enquadrar-se com mais precisão sobre os institutos de Justiça Negocial, em que há, de fato, a aplicação de pena *pari passu* à fragilização das garantias processuais (como no caso da transação penal, da suspensão condicional do processo, da colaboração premiada e dos acordos de não persecução penal).

Nessas hipóteses, ocorrem, efetivamente, negócios jurídicos entre partes desiguais (Ministério Público e acusados), com a flexibilização do direito ao julgamento e o conseqüente desprezo pela produção e exame das provas e pelo direito de defesa.

Indo mais a fundo na interpretação teleológica dos princípios processuais penais e na crítica de Ferrajoli ao abolicionismo¹²⁵, percebe-se que sua preocupação tem relação com a possibilidade de surgimento de “sistemas penais selvagens” como espécies de reação informal ao delito. Sobre o tema, para o autor:

o duplo objetivo do direito penal, já dissemos, é a prevenção quer dos delitos, quer das reações informais a ele. Este segundo objetivo, por sua vez, se articula em duas finalidades, quais sejam a prevenção geral da vingança privada, individual e coletiva, tal como expressa na vingança de sangue, no exercício das próprias razões, no linchamento, na represália e outros similares, e a prevenção geral da vingança pública, que, na ausência do direito penal, seria atuada por poderes soberanos de tipo absoluto e despótico, não regulados nem limitados por normas e garantias. Destes dois sistemas punitivos, que chamei de “selvagens”, o primeiro pertence a uma fase primordial da nossa história, mesmo considerando que não devemos negligenciar a sua ressurreição em fenômenos modernos, tais como as polícias privadas, as esquadras de vigilantes, as justiças penais domésticas e, de uma forma geral, as relativas anarquia e autonomia punitiva presentes nas faixas sociais marginalizadas e periféricas, inclusive dos países evoluídos¹²⁶.

Com efeito, a respeito da crítica que se poderia tecer à Justiça Restaurativa, centrada no argumento de Ferrajoli de que modelos de justiça cultivados a partir do abolicionismo penal representariam um retrocesso, espécie de justiça penal de autor, Santos assevera que:

um ajuizamento crítico da justiça restaurativa com base nesta ideia de retrocesso na direção de um modelo inquisitório ou de um modelo centrado na personalidade do agente seria, segundo se crê, apressado e pouco sustentado, tendo em conta a diversidade de aspectos centrais: a voluntariedade de participação exigida nas práticas restaurativas e a impossibilidade de uma decisão autoritária de condenação a uma pena no final das mesmas restringem o sentido da equiparação ao desvalor que a possibilidade de auto-incriminação assume em um processo penal de estrutura inquisitória ou ao desvalor de um direito penal da personalidade¹²⁷.

Disso decorre que a razão de existir dos axiomas processuais penais *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem juízo); *nullum iudicium sine accusatione* (não há juízo sem acusação); *nulla acusatio sine probatione* (não há acusação sem prova) e *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa), consistentes na evitação do decisionismo processual, ou seja, na rejeição de modelos de justiça calcados em decisões irracionais, incontrolláveis, autoritárias e violadoras de direitos fundamentais dos acusados (mormente o direito à presunção de inocência) não encontra nos fins da Justiça Restaurativa um obstáculo.

Ademais, a função de garantia de direitos se mostra despropositada quando exercida em ambientes livres de coercibilidade estatal, ou seja, em ambientes como os dos encontros restaurativos, em que não há a possibilidade de imposição de sanção penal. Uma vez ausentes as figuras da pena e do acusado, se mostra despicando o exercício onipresente do poder jurisdicional em todas as etapas do procedimento, somente justificado quando evidente a finalidade de preservação dos direitos de privacidade e de presunção de inocência, como ficou demonstrado.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 274.

¹²⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa*: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra, 2014. p. 435.

Em modelos de reação ao conflito ditadas por decisões autônomas e coerentes com a vontade dos envolvidos, como é o caso da Justiça Restaurativa, não há motivo para uma intervenção dos juízes tão preponderante quanto a que se observa em modelos sancionatórios, razão pela qual as exigências decorrentes do Princípio da Jurisdição podem ser atenuadas¹²⁸.

Por outro lado, para além da preocupação com a proteção da esfera de direitos individuais, ganha relevo outra finalidade, aparentemente comum tanto ao garantismo penal quanto ao modelo restaurativo: a finalidade política de limitação do direito de punir.

Em especial, a Justiça Restaurativa, ao impor-se como entrave à ativação do *jus puniendi*, realiza uma das finalidades do garantismo: a de forçar um deslocamento da sanção penal à posição de *ultima ratio*. Não à toa as soluções restaurativas, quando produzem efeitos jurídicos penais, resultam no decréscimo da aplicação da pena. É dizer, a existência da Justiça Restaurativa se justifica, então, pela diminuição do campo de habilitação do poder de punir que ocorre, simultaneamente, à ampliação do acesso à justiça (seu fundamento constitucional), ou seja, encontra fundamento na suplantação da resolução formal do conflito pela via da sua transformação (satisfação das necessidades das partes)¹²⁹.

Logo, ao assumir essa missão, sem apartar-se do ideário garantista, a Justiça Restaurativa aproxima-se mais do Minimalismo Penal, homenageado na obra de Ferrajoli, do que do abolicionismo. Com efeito, por conta da rede comunitária e institucional que procura integrar, as práticas restaurativas são capazes de dar respostas mais satisfatórias a conflitos que sistematicamente não recebem resposta ou recebem respostas meramente formais do Estado Penal. À medida que as práticas restaurativas se capilarizam por entre as regiões mais empobrecidas do país, tendem a ampliar o acesso à justiça sem ampliar o controle penal, interrompendo uma dinâmica histórica de entrega dos conflitos aos cuidados do braço armado do Estado.

5 Considerações finais

Se de um lado, a constitucionalização do processo penal no Brasil, pós-1988, produziu um reforço da gama de direitos dos acusados — representando assim uma conquista do garantismo penal — por outro, promoveu avanços discretos na esfera de proteção da vítima, mantendo-a ainda no esquecimento. Mais recentemente, aparece a Justiça Restaurativa como complemento de um processo de adaptação constitucional sempre em evolução, trazendo para o interior da Política Penal, demandas históricas da vitimologia.

A partir dessa perspectiva — do resgate da vítima —, mas também dirigida à satisfação das necessidades de todos, à promoção da igualdade e da dignidade humana, a Justiça Restaurativa procura o equilíbrio entre os direitos do ofendido e os direitos do ofensor, além da justa repartição das responsabilidades entre aqueles, a comunidade e o próprio Estado, sem perder de vista a necessidade de controle social mínimo quanto às condutas violadoras dos direitos fundamentais.

Sobre essas premissas, desenvolveu-se o presente estudo com o objetivo de verificar, no plano exclusivamente teórico, se havia alguma compatibilidade entre os princípios restaurativos e as garantias processuais penais, considerando a ideia de que, ao representar em certo grau uma negação dos princípios retributivos (e da racionalidade penal moderna), a Justiça Restaurativa poderia também negar fundamento às garantias processuais.

¹²⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 473.

¹²⁹ Embora tenha seguido um trajeto metodológico distinto, a pesquisa de Santana e Oliveira chega a uma conclusão semelhante. Segundo as autoras, Justiça Restaurativa e garantismo penal, em que pese as divergências, além de se complementar, atingem o mesmo objetivo, ou seja, a humanização do sistema penal, a valorização do indivíduo e a negação do arbítrio estatal. SANTANA, Selma Pereira de; OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 136, p. 235-263, out. 2017. p. 16.

Considerando esse objetivo, a pesquisa esbarra nas limitações da pesquisa teórica, motivo pelo qual se reputa oportuna e necessária uma pesquisa de campo com vistas à verificação das hipóteses levantadas no dia a dia dos núcleos, centros restaurativos e das varas criminais vinculadas.

Buscou-se observar, no entanto, por meio de um exame fenomenológico, como a Justiça Restaurativa tem funcionado no Brasil, de acordo com a sua forma real de acoplamento ao ordenamento jurídico, e não como se esperaria que ela devesse funcionar (deontologia). Somou-se a esse recurso metodológico o método de interpretação teleológico de que fizemos uso a fim de proceder à abordagem dos axiomas garantistas. A partir disso, intentou-se verificar se haveria alguma forma de harmonizar (ou de suavizar os declives, ao menos), entre as finalidades dos axiomas garantistas processuais e as finalidades dos princípios restaurativos.

É certo, como destaca Santos¹³⁰, que “se a justiça restaurativa pretende ser um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal, quer a sua teoria quer a sua prática têm de comportar uma certa margem de desconformidade”. Todavia, se, por um lado, se confirma essa hipótese de que, entre as finalidades específicas da Justiça Restaurativa e da Justiça Penal, há de fato, uma dissonância imanente — orientadas que são por racionalidades distintas —; por outro lado, constata-se que, entre as finalidades operacionais e políticas do garantismo penal e da Justiça Restaurativa, também existem similitudes que as colocam em um mesmo plano funcional.

Fica claro, a partir desse estudo, que é da própria natureza do Direito Penal moderno e liberal — fruto mesmo de seu projeto — a inclinação para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e para a limitação do poder de punir do Estado. Mas descobriu-se também que, *pari passu*, no campo da Justiça Restaurativa, essa mesma finalidade se mostra presente, embora mediada não pela influência do garantismo, mas pelo influxo do abolicionismo, e modulada por sua fenomenologia atual.

Com efeito, o modo de ser da Justiça Restaurativa no Brasil tem demonstrado um arrefecimento do ímpeto teórico abolicionista que lhe decorre da tradição, ao passo que tem deixado sobressair traços de outras matrizes criminológicas, mais à feição de uma criminologia de cunho social-funcionalista, de quem ela também é tributária¹³¹. É justamente com essa tradição das Escolas Sociológicas (subculturas criminais, associação diferencial, Escola de Chicago etc.) e de uma versão menos radical do *labeling approach*, que tem buscado dialogar a Justiça Restaurativa brasileira (ao nível das normas e dos seus princípios), vertendo-se, assim, em um modelo de semblante mais minimalista do que abolicionista.

À vista do ordenamento atual, sem concorrer com a via do processo, os acordos restaurativos têm produzido, no Brasil, um decréscimo no campo de exercício do *jus puniendi*. A abordagem restaurativa, quando bem-sucedida, tende a gerar efeitos jurídico-penais e processuais que afastam, à toda prova, o risco de abuso do poder estatal, com a extinção da punibilidade, o arquivamento do procedimento infracional, ou, quando menos, a atenuação da pena (pela aplicação do artigo 66 do Código Penal), a suspensão do processo etc., sem criar hipóteses extralegis substitutivas da jurisdição e sem afastar a participação das autoridades judiciárias (com a vantagem de gozar de mais legitimidade democrática).

Constata-se, portanto, no plano principiológico, não haver desconformidade essencial entre a Justiça Restaurativa e o garantismo penal. Em verdade, a Justiça Restaurativa revela ser um modelo de justiça legítimo e integrado à ordem constitucional, segundo critérios impostos pela própria lógica garantista, em nada se aproximando de um modelo inquisitivo, autoritário ou decisionista. Mesmo sem impor um risco à liberdade individual; ainda assim, a Justiça Restaurativa apresenta vínculos intransponíveis com a legalidade e com os valores normativos, necessitando da intervenção do Estado (na figura dos magistrados e do Ministério Público). Suas práticas se apresentam sob a forma de um procedimento lógico, estruturado, guiado

¹³⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 410.

¹³¹ PACHECO, Rubens Lira Barros. *Justiça Restaurativa para além da culpa e da exclusão: responsabilidade, crimes patrimoniais e etiolgia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

por finalidades bem definidas, controlável pelas partes e por terceiros, e orientado de acordo com uma certa verdade e uma certa racionalidade — se não inteiramente distintas, mas essencialmente diferentes da verdade processual e da racionalidade penal moderna.

Aliás, é por causa da presença central, nas práticas restaurativas, de momentos de estímulo e de busca pela verdade, que se deve rechaçar a celeridade como princípio restaurativo, mesmo que previsto expressamente no artigo 2º da Resolução 225/2016 do CNJ. Reputa-se incompatível um dito Princípio da Celeridade com modelos de justiça que dependem, para a elaboração da decisão legítima (heterônoma ou consensual), o preestabelecimento da verdade, como são exemplos os modelos garantista (e sua verdade processual) e restaurativo (com sua verdade consensual). Ademais, a celeridade não encontra qualquer fundamento no universo da Justiça Restaurativa (doutrinário ou normativo), tampouco dialoga com os demais princípios restaurativos, quando não os contradiz em seus núcleos.

A crítica de Ferrajoli, quanto ao abolicionismo penal, a propósito, parece dizer respeito àquilo que se costuma denominar por Justiça Negocial, caracterizada pela barganha da pena em detrimento das garantias processuais e pela celeridade, como são exemplo os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo, da colaboração premiada e dos acordos de não persecução penal.

A Justiça Restaurativa tem se justificado, do ponto de vista teleológico, em face dos princípios garantistas da jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*) e da acusação (*nullum iudicium sine accusatione*) dada a relação harmônica com que mantêm com os princípios da voluntariedade, da consensualidade, da imparcialidade e do respeito aos direitos humanos. A voluntariedade, a consensualidade, a imparcialidade e o respeito aos direitos humanos, longe de ser garantias processuais, cumprem a função de garantias no interior do processo restaurativo pela idêntica finalidade que exercem aquelas garantias no âmbito do processo penal, ou seja, são princípios que norteiam as interações entre todos os envolvidos nos encontros restaurativos de modo a assegurar o respeito aos direitos fundamentais e a evitar tanto o uso de procedimentos arbitrários quanto a tomada de decisões autoritárias ou irracionais. Daí inferir-se, no plano teleológico, inteira compatibilidade entre os princípios restaurativos e as garantias processuais, motivo pelo qual não cabe qualificar a Justiça Restaurativa como um modelo informal, privatizado ou decisionista, que condiga com a fragilização dos princípios processuais penais.

Em síntese, quanto aos axiomas da jurisdição e da acusação, a Justiça Restaurativa com eles não conflita posto que suas práticas são deflagradas a partir da irritação do ordenamento jurídico pela conduta infracional; são voluntárias e consensuais (portanto não excluem a jurisdição e não importam em decisões autoritárias); não elidem o processo, que volta a correr caso ausente a vontade das partes ou com o insucesso do encontro; não se desenvolvem à margem da assistência jurídica de advogados e defensores; não condizem com decisões cujo conteúdo desobedeçam às normas constitucionais; necessitam a participação independente do juiz e do Ministério Público para a revisão da proporcionalidade e da razoabilidade dos acordos; além da possibilidade de fiscalização democrática dos procedimentos pelos facilitadores, apoiadores e pela comunidade.

Tampouco a Justiça Restaurativa importa na supressão da obrigatoriedade da ação penal: primeiramente, porque se admite, há muito, a sua relativização, quando o objetivo é justamente aquele (de ordem garantista) do controle racional do poder punitivo. Logo, não se trata, em relação à obrigatoriedade da ação, de princípio absoluto. Segundo, porque a Justiça Restaurativa importa no aprofundamento da discussão sobre o “mito da justiça absoluta” ou do “panjudicialismo”, e contribui para o debate sobre a indesejabilidade de perseguição de todas as infrações de que se tenha conhecimento, sob pena de criação de um Estado autoritário e policialesco.

Em contraponto, nessa pesquisa, se evidencia o risco que implica a Justiça Restaurativa sobre as garantias da prova e da defesa (*nulla acusatio sine probatione* e *nulla probatio sine defensione*). Verificou-se, durante esse estu-

do, que haveria um risco aparente de se admitir como prova (contra o réu), em relação ao retorno do caso à justiça penal, sobretudo, o conteúdo das conversas ocorridas nos encontros.

Revela-se, nesse ponto, um território de potencial desconformidade não somente da Justiça Restaurativa com a Justiça Penal, mas também com relação ao garantismo penal. Todavia, constatou-se que o Princípio da Confidencialidade socorre o direito fundamental do réu à não autoincriminação, exercendo, nesse caso particular, uma verdadeira função de garantia processual (ou de garantia de garantias). Nessa hipótese, a confidencialidade apresenta valor jurídico ao ligar-se, diretamente, aos direitos à privacidade e à intimidade, além de vincular-se teleologicamente à norma constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. Ao extravasar a órbita da Justiça Restaurativa, o Princípio da Confidencialidade exerce a função de garantia processual e impede a transposição das informações oriundas do encontro restaurativo para o processo penal, em desfavor do réu, fazendo aproximar, mais uma vez, a Justiça Restaurativa do garantismo.

Além da compatibilidade de princípios e da função garantista processual do Princípio da Confidencialidade, chegou-se à conclusão de que há, entre a proposta restaurativa e o garantismo substancial de Ferrajoli¹³², uma forte relação, ainda pendente de exploração teórica mais profunda. Com efeito, a Justiça Restaurativa apresenta potencial para realizar uma função política integradora, de envolvimento com a comunidade, com os movimentos sociais e com as lutas por direitos de minorias, que objetive, em última análise, uma mudança progressista do quadro legislativo¹³³. Muito distante das soluções individualizadas do processo penal, a proposta restaurativa parece condizer com uma noção de democracia material e com a realização das garantias sociais, sustentadas por Ferrajoli¹³⁴.

Por conta do espaço limitado, deixaram-se de lado alguns temas, propositalmente. Dentre eles, o alcance do Princípio da Confidencialidade e suas exceções legítimas. Ademais, deixaram-se de lado outras fontes teóricas do garantismo que poderiam embasar esse texto, como as da teleologia redutora de Zaffaroni, a da tese da flexibilização *favor rei* do Princípio da Legalidade e a do minimalismo de Baratta¹³⁵.

Outro problema não abordado foi aquele levantado por Santos¹³⁶ e que diz respeito à obrigação de o juiz de fazer valer o Princípio da Proporcionalidade no acordo restaurativo, com base na gravidade do delito. Pensamos que o tema merece um estudo dedicado com exclusividade, mas apenas intuímos que a resposta deve diferir daquela exposta pela professora portuguesa, no sentido de que a gravidade em abstrato dos delitos (medida pela quantidade normativa de pena) não é um critério válido para determinar a proporcionalidade da resposta restaurativa.

Questão mais profunda e complexa é a que tem a ver com a possibilidade de haver colonização da Justiça Restaurativa em relação ao aproveitamento do acordo restaurativo apenas para o fim de diminuição da pena. Conclui-se da pesquisa que uma solução desse tipo é conciliável com as finalidades políticas do garantismo, especialmente quando o encaminhamento do caso à Justiça Restaurativa ocorre após a fase instrutória. Todavia, pode-se afirmar que o uso da Justiça Restaurativa com esse intuito reduz, significativamente, seu potencial transformador, limitando-a a existir como (mais) uma nova via de legitimação do *jus puniendi*. Ademais, propostas mais progressistas poderiam ser minadas, sobretudo aquelas que priorizam a descriminalização de condutas à flexibilização de procedimentos e a diminuição das penas.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

¹³³ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford University Press, 2002; LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

¹³⁵ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 129-183.

¹³⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 444.

Mas é preciso considerar, como lembra Reimund¹³⁷, parafraseando o juiz Gary Schurrer, que muito dessas dificuldades teóricas advém mais de uma atitude resistente daqueles que foram socializados na área jurídica do que da ausência de caminhos teóricos:

the legal system has never been a system that is designed to encourage change rapidly”. Because the law is driven by precedent, looking toward the future than at the past is foreign to those trained in the law. This legal mindset does not encourage new and different theories for the criminal justice system, such as restorative justice¹³⁸¹³⁹.

Como se pôde constatar, o senso comum de que a Justiça Restaurativa não pode se harmonizar com o garantismo penal — porque deita suas raízes sobre o abolicionismo — parece sustentar-se mais em reflexões pouco profundas e posturas recalcitrantes do que na verificação dos fatos. Com efeito, uma vez demonstrada a compatibilidade entre os dois modelos de justiça, resta demonstrado, também, o liame existente entre a Justiça Restaurativa e o Estado de Direito, quando aquela se interpõe entre as partes de um conflito e a reação penal, forçando o *jus puniendi* a adiar um pouco mais seu momento de eclosão. Nesse sentido, observa-se uma Justiça Restaurativa bastante moderna, realizando uma meta integrante do ideário iluminista, liberal, imaginado por Beccaria, qual fosse, a finalidade de converter o sofrimento da punição em *ultima ratio*. Contudo, o faz sem necessitar de todas as rigorosas proteções exigidas por um processo adversarial, e, portanto, sem recorrer ao passado de maneira saudosista.

De mais a mais, no Brasil atual, a finalidade político-criminal de limitar o poder punitivo não é, apenas, central ao universo da Justiça Penal, mas uma finalidade perseguida, desde Beccaria, pela sociedade civil (ainda que por linhas tortas, muitas vezes), quando esta se prostra contra a arbitrariedade e irracionalidade do exercício do poder.

Referências

ACHUTTI, D. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARCHIBALD, Bruce P. *Restorative justice and the rule of law: rethinking due process through a relational theory of rights*. 2013. Disponível em: <http://www.nsrj-cura.ca/publications>. Acesso em: 11 jun. 2022.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir?: dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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

BOYES-WATSON, Carolyn; PRANIS, Kay. *No coração da Esperança: guia de práticas circulares*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

¹³⁷ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005.

¹³⁸ “O sistema legal nunca foi um sistema projetado para encorajar mudanças rápidas”. Porque a lei é guiada pelo precedente, e olhar para o futuro ao invés de olhar para o passado é algo estranho para aqueles formados na área do Direito. Essa mentalidade jurídica não estimula o pensamento sobre novas e diferentes teorias sobre o sistema de justiça criminal, como é o caso da justiça restaurativa (tradução nossa).

¹³⁹ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 681.

- BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, A. *et al. Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 1-20.
- BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford University Press, 2002.
- BRANHAM, Lynn. “Stealing conflicts” no more?: the gaps and anti-restorative elements in States’ Restorative-Justice Laws. *Saint Louis University Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 145-180, 2020.
- CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977.
- CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU. *Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002*. Regula-menta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. E/RES/2002/12. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46c455820.html>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade. Brasília: CNJ, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9099 de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HULSMAN, Louk. H. C. Critical Criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, p. 63-80, 1986.
- IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. *Washington University Journal of Law & Policy*, Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007.
- JULLICH, Shirley *et al. Project Restore: an exploratory study of restorative justice and sexual violence*. Auckland: AUT University, 2010.
- KEENAN, Marie; ZINSSTAG, Estelle. Restorative Justice and sexual offences: can “changing lenses” be appropriate in this case too? *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, v. 97, n. 1, p. 93-106, fev. 2014.
- LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PACHECO, Rubens Lira Barros. *Justiça Restaurativa para além da culpa e da exclusão: responsabilidade, crimes patrimoniais e etiologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PALLAMOLLA, Raffaella da P. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

- PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REIMUND, Mary Ellen. Confidentiality in victim offender mediation: a false promise. *Journal of Dispute Resolution*, Missouri, v. 2004, n. 2, p. 401-427, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2004/iss2/3>. Acesso em: 01 maio 2021.
- REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Um requiém para a justiça estatal? A crise de jurisdição e os meios alternativos de resolução de conflitos em matéria penal. *Diké: Mestrado em Direito*, Aracaju, v. 4, n. 2, ago./dez. 2015.
- ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Àgora, 2006.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SANTANA, João Víctor Pinto. Justiça penal consensual e o caminho traçado pelas práticas restaurativas: superação do garantismo penal? In: SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, João Víctor Pinto (org.). *Olhares sobre a Justiça Restaurativa*. São Cristóvão: Editora UFS, 2021.
- SANTANA, Márcia Jaqueline Oliveira. *O papel da comunidade na Justiça Restaurativa*. Aracaju: EDISE, 2019.
- SANTANA, Selma Pereira de; OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 136, p. 235-263, out. 2017.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014.
- SANTOS, Lucas Nascimento. *Justiça Restaurativa e princípio da presunção de inocência: a possibilidade de uma coexistência harmoniosa*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.
- SCHIJNDEL, R. A. M. VAN. *Confidentiality and victim-offender mediation*. Apeldoorn/Antwerpen/Portland: Maklu Uitgevers, 2009.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 159-189, dez./jan. 2008.
- SPOSATO, K. B. *Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos*. São Paulo: CLA Cultural, 2018.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graaal, 1980.
- ULLMAN, Jennifer. Need for confidentiality privilege in Restorative Justice Mediations in Illinois. *UIC John Marshall Law Review*, Illinois, mar. 2020. Disponível em: <https://lawreview.jmls.uic.edu/need-for-confidentiality-privilege-in-restorative-justice-mediations-in-illinois/>. Acesso em: 01 maio 2021.
- WARD, Tony; LANGLANDS, R. L. Restorative Justice and the human rights of offenders: Convergences and divergences. *Aggression and Violent Behavior: A Review Journal*, Victoria, v. 13, n. 5, p. 355-372, out. 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

POLÍTICAS PÚBLICAS EM EDUCAÇÃO



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Política (pública) criminal, ciência do direito penal e criminologias: aportes para uma construtiva relação de interdisciplinaridade

Criminal (Public) Policy, Science of Criminal Law, and Criminologies: Contributions to a Constructive Relationship of Interdisciplinarity

Marcelo Buttelli Ramos

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Política (pública) criminal, ciência do direito penal e criminologias: aportes para uma construtiva relação de interdisciplinaridade*

Criminal (Public) Policy, Science of Criminal Law, and Criminologies: Contributions to a Constructive Relationship of Interdisciplinarity

Marcelo Buttelli Ramos**

Resumo

O conceito de política criminal representa uma ideia cujo uso é tão recorrente quanto impreciso. Partindo dessa premissa, objetiva-se, por meio do presente artigo, compreender as potencialidades e limites desse conceito para servir como espaço de reflexão e articulação de achados empíricos e desenvolvimentos teóricos. Por meio da realização de uma ampla revisão bibliográfica, analisa-se, num primeiro momento, o processo de autonomização teórica do saber político-criminal em relação à ciência do direito penal. Na sequência, avalia-se uma das mais relevantes consequências desse processo: a diferenciação das noções de política criminal, política penal e política social. Considerando-se tais distinções, argumenta-se a favor da vocação mediadora da política criminal em relação às demais disciplinas que integram as ciências criminais. A exata compreensão dessa vocação depende, contudo, da superação do que se poderia chamar de uma relação de interdisciplinaridade expropriatória entre aquelas disciplinas e da compreensão dos riscos implicados na configuração de um saber político-criminal que se poderia chamar de dogmatizado. Conclui-se o artigo com a apresentação do conceito de política pública criminal, que condensa os principais avanços teóricos verificados na literatura especializada e que, paralelamente, busca superar o estado de incerteza estabelecido em torno do conceito de política criminal ao dedicar-se ao desenvolvimento de um modelo mais dinâmico e plural de ciência criminal, por meio do qual política criminal, criminologias e ciência do direito penal passam a se relacionar, harmonicamente, como partes interdependentes de um mesmo processo cíclico e contínuo de revisão, atualização e aprimoramento do ordenamento jurídico-penal.

Palavras-chave: política criminal; ciências criminais; interdisciplinaridade construtiva; interdisciplinaridade expropriatória; políticas públicas.

Abstract

The concept of criminal policy is frequently used, yet it represents an imprecise idea. Starting from this premise, this article aims to understand the

* Recebido em 13/01/2023
Aprovado em 05/04/2023

** Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (2012), grau de Especialista em Ciências Penais (2014), Mestre (2016) e Doutor (2022) em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. É pesquisador associado ao Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC) e membro do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Atualmente, conduz pesquisas nas áreas da Política Criminal, Criminologia e Filosofia Política, com ênfase nos seguintes temas: modelos de política criminal, teorias da legislação, racionalidade legislativa e teorias da democracia. ORCID iD <https://orcid.org/0000-0002-7923-0604>. E-mail: mbuttelliramos@hotmail.com.

potential of this concept to serve as a space for reflection and articulation of empirical findings and theoretical developments. By conducting an extensive bibliographical review, the article analyzes, firstly, the process of autonomization of political-criminal knowledge regarding the criminal law science. Additionally, it emphasizes the need to overcome what could be called an expropriating interdisciplinary relationship between the disciplines of criminal sciences and advocates for a horizontal relationship based on the concept of constructive interdisciplinarity. The analysis advances through the differentiation between the notions of criminal policy, penal policy, and social policy to make explicit the transcendence of the first concept in relation to the other two. This differentiation aims to highlight the role of political-criminal knowledge in mediating the methodological and epistemological conflicts between criminal law science and criminological approaches. Furthermore, the paper points out the counterproductive nature of a dogmatized political-criminal knowledge. The article concludes by presenting the concept of public criminal policy, a key element for the development of a more dynamic and plural model of criminal science. This model can harmoniously integrate criminal policy, criminologies, and criminal law science as interdependent parts of the same cyclical and continuous process of reviewing, updating, and improving the penal legal system.

Keywords: criminal policy; criminal sciences; constructive interdisciplinarity; expropriatory interdisciplinarity; public policies.

1 Introdução

A noção de política criminal representa uma ideia cujo uso é tão recorrente quanto impreciso. A multiplicidade de definições existentes constitui fato incontroverso que prejudica a compreensão do papel que a noção pode vir a desempenhar na superação de outro conhecido e intrincado problema das ciências criminais no Brasil, a saber, a falta de um diálogo mais vertical e harmonioso entre a ciência do direito penal e as criminologias. A realização de um breve inventário conceitual ajuda a ilustrar (e elucidar) os contornos desse problema teórico.

Há quem considere a política criminal como um conjunto de decisões políticas fundamentais, de caráter tecno-valorativo, tomadas a partir da esfera legislativa e que visam estabelecer as regras e os objetivos que regerão a atuação repressiva do Estado em face de condutas consideradas socialmente indesejadas.¹ Por outro lado, há aqueles que compreendem a disciplina como um campo de investigação particularmente interessado na crítica e aperfeiçoamento da legislação penal à luz de diretivas axiológicas concebidas com base na verificação científica das causas do crime e da eficácia das sanções penais no marco geral das estratégias adotadas pelo Estado em sua luta contra a criminalidade.²

Outras aproximações conceituais definem a disciplina como um conjunto de objetivos e procedimentos institucionais estruturados a partir de dois vértices fundamentais: prevenção e repressão da criminalidade,³ ou, ainda, como um conjunto de reflexões acerca das estratégias adotadas pelo Estado e pela sociedade civil com o fito de “garantir a coesão e a sobrevivência do corpo social, respondendo às demandas públicas pela segurança das pessoas e dos bens”.⁴

¹ MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito do Estado de São Paulo*, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006.

² “La política criminal es el conjunto sistemático de principios garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena – según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución”. VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Reus, 1926. v. 1. p. 56.

³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. O que é a política criminal, por que precisamos dela e como a podemos construir? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 14, p. 435-452, 2004.

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004. p. 45.

Essas múltiplas acepções demonstram o quão intrincado pode ser operar com aquilo que Alessandro Baratta chamou, corretamente, de um *conceito problemático*:

[E]mbora a sua finalidade seja unívoca, o seu instrumental é indeterminável, porquanto definível somente em termos negativos. Por conseguinte, também é um conceito problemático, pois se abandonarmos modelos explicativos mais limitados, como o da criminologia administrativa, e adotarmos modelos mais amplos, como o proposto pela criminologia crítica, a riqueza e a variabilidade dos instrumentos de controle que emergem como objeto de análise e crítica inserem a política criminal num cenário de indeterminação teórica.⁵

A leitura proposta por Heinz Zipf reforça esse diagnóstico preliminar ao ressaltar, justamente, a complexidade da tarefa de delimitação do conceito de política criminal.

Elencando acepções idealizadas, por exemplo, por Feuerbach,⁶ Edmund Mezger⁷ e Hans-Heinrich Jescheck,⁸ Zipf propõe conceituar a noção de política criminal a partir da caracterização da sua relação com a dogmática jurídico-penal e com a criminologia. Nesse sentido, argumenta que a política criminal, em sua relação com saber jurídico-penal, poderia ser compreendida como uma espécie de *ciência da legislação*, já que se preocupa com a determinação dos princípios e dos marcos normativos de regência do sistema jurídico-penal.⁹ Já em sua relação com o saber criminológico, a política criminal poderia ser definida como uma *ciência quase-empírica* que toma para si o trabalho de valoração dos achados criminológicos como um passo prévio (e imprescindível) para a elaboração de projetos normativos baseados na promoção dos ideais de prevenção e repressão da criminalidade.¹⁰

A pluralidade de sentidos atribuídos à noção constitui, conforme antecipado, fato incontroverso, de modo que não chega a constituir exagero afirmar-se que a harmonização dessas múltiplas abordagens constitui um verdadeiro trabalho de Sísifo.¹¹

Seja como for, a primeira, e talvez mais óbvia, conclusão a ser extraída desse diagnóstico alude à urgência de se dispensar de um tratamento analítico mais rigoroso ao conceito de política criminal,¹² evidenciando-se, destarte, os seus principais traços característicos com o fito de verificar se ele de fato serve (ou pode servir) como um canal de comunicação entre as reflexões teóricas da dogmática jurídico-penal e os achados empíricos das criminologias, disciplinas que, apesar de compartilharem interesse pelo estudo do fenômeno

⁵ BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: FAIRA, Julio Cesar (ed.). *Criminología y sistema penal*: compilación in memoriam de Alessandro Baratta. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004. p. 152-153.

⁶ Política criminal como “sabedoria legislativa do Estado” aplicada às atividades de prevenção e repressão do delito. Cf. FEUERBACH, 1847, p. 40 *apud* ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Madrid: EDERSA, Editoriales de Derecho Unidas, 1979. p. 2.

⁷ Política criminal como “conjunto das medidas estatais destinadas à prevenção do delito e à luta contra o delito”. MEZGER, 1942, p. 234 *apud* ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Madrid: EDERSA, Editoriales de Derecho Unidas, 1979. p. 3.

⁸ Política criminal como campo doutrinário destinado ao estudo de “questões sobre como construir de modo mais adequado o Direito penal, a fim de que este possa corresponder à missão de proteger a sociedade”. JESCHECK, 1972, p. 13 *apud* ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Madrid: EDERSA, Editoriales de Derecho Unidas, 1979. p. 3.

⁹ Seguindo a mesma linha compreensiva Luiz Regis Prado, que assevera que a política criminal “está intimamente ligada à dogmática [jurídico-penal], visto que na interpretação e aplicação da lei penal interferem critérios de política criminal”. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 27.

¹⁰ ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Madrid: EDERSA, Editoriales de Derecho Unidas, 1979. p. 13-17.

¹¹ Conta-se que Sísifo, fundador e primeiro rei da cidade grega de Corinto, foi condenado pelos deuses, por conta das suas inúmeras transgressões, à inútil tarefa de fazer rolar até o cume de uma grande montanha uma pedra de mármore que, por conta do seu peso, retornaria, por toda a eternidade, à base daquela mesma montanha. O mito em questão alude, contemporaneamente, a toda a sorte de trabalho que, apesar de demandar grande esforço, é incapaz de produzir resultados úteis. Cf. CAMUS, Albert. *El mito de Sísifo*. Madri: Alianza Editorial, 1995. p. 157.

¹² O diagnóstico é compartilhado por Maurício Stegemann Dieter, para quem os estudos em matéria de política criminal constituem o “campo definível como primo pobre da Criminologia, porque nitidamente deficitário em termos de quantidade e qualidade de pesquisa científica”. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 18.

criminal, parecem caminhar, no Brasil, por diversas e compreensivas razões,¹³ em direções distintas, quiçá opostas.¹⁴

A ativação desse canal privilegiado de comunicação exige, contudo, a realização de uma incursão crítica sobre a bibliografia especializada e, paralelamente, a condução de uma análise mais verticalizada acerca da própria definição de política criminal, um empreendimento teórico que iniciará pela análise da evolução histórica do conceito, passará pelo estabelecimento de um conjunto de diferenciações internas e culminará na proposta de um novo e integrador sentido.

2 A autonomização do saber político-criminal: da clausura positivista à abertura à interdisciplinaridade

Uma primeira e interessante leitura realizada a respeito do problema da definição do conceito de política criminal é apresentada por Manuel da Costa Andrade.¹⁵⁻¹⁶

Em trabalho dedicado à avaliação da Lei-Quadro de Política Criminal portuguesa, o autor define como um dos principais objetivos da sua investigação a problematização do diálogo, algo babélico, que se intenta estabelecer entre a política criminal e as coisas que ela costuma nomear.

Costa Andrade dá início à sua análise apresentando os dois grandes paradigmas teóricos que condicionaram e contextualizaram o processo de evolução da própria disciplina.

O primeiro paradigma, positivista, predominante entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX, encontra nos escritos de Franz von Liszt a sua mais bem-acabada expressão.

De acordo com essa perspectiva teórica, a política criminal teria o seu horizonte de reflexão (sobre)determinado pela lei penal, de modo que “suas injunções estariam circunscritas à escolha e execução das reações criminais, numa estratégia de maximização da prevenção penal”.¹⁷

O que se colocaria em debate nesse cenário seriam, fundamentalmente, as “melhores formas de reagir contra o crime. Na certeza de que o crime era um dado: aquilo — e só aquilo — que a lei, soberana e definitivamente, definia como tal”.¹⁸ Tocaria, assim, ao saber político-criminal operar, no limite, como um instrumento de otimização dos processos de aplicação da lei penal.¹⁹

¹³ Alude-se, no ponto, às quatro diferenças apontadas por Marcelo Almeida Ruivo entre os saberes jurídico-penal e criminológico: objeto, metodologia, função primordial e suficiência da crítica. Cf. RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 323-345, nov. 2017.

¹⁴ Conclusão em questão ancora-se na compressão de que uma parte nada desprezível das investigações criminológicas conduzidas no Brasil, possivelmente em razão da hegemonia teórica da criminologia crítica, parece não estar disposta a operar a partir de certas pressuposições que sequer são colocadas em questão pelos adeptos da ciência jurídico-penal. É o que ocorre, por exemplo, com a criminologicamente controvertida legitimidade do ordenamento jurídico-penal para realizar, sozinho, as principais tarefas político-criminais que lhe foram designadas historicamente (v.g. prevenção e repressão da criminalidade).

¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

¹⁶ Como observa Thayara Castelo Branco, a Lei-Quadro de Política Criminal Portuguesa, concebida no ano de 2006 e reeditada até os dias de hoje “visou a vincular o Governo a apresentar ao Parlamento, de dois em dois anos, uma proposta de lei sobre política criminal (objetivos, prioridades e orientações), mediante audição prévia de várias entidades. À Assembleia da República restou a competência de aprovar as leis propostas e, depois, de ouvir o Procurador-Geral da República acerca da execução das leis ainda em vigor”. Cf. BRANCO, Thayara Castelo. A política criminal portuguesa: fundamentos gerais e alterações legislativas. *Cadernos UNDB*, v. 4, dez./jan. 2014. p. 12-13.

¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 195.

¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 196.

¹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei*

A hegemonia dessa leitura, no entanto, começou a ser gradualmente relativizada a partir da segunda metade do século passado, em virtude da popularização da abordagem sociológica do *interacionismo simbólico*,²⁰ que serviu como superfície de inscrição para uma série de reflexões acerca dos processos (primário e secundário) de criminalização que, por sua vez, deram ensejo à chamada *virada criminológica* (“criminological turn”) – processo caracterizado, em suma, (i) pela desontologização do conceito de crime, (ii) pela desmistificação de certos mitos derivados da etiologia positivista, e, finalmente, (iii) pela compreensão de que, por vezes, a intensificação dos processos de criminalização constitui, ela própria, uma variável criminógena relevante.²¹

O desenvolvimento desse paradigma teórico teria contribuído, decisivamente, para a explicitação da dimensão eminentemente conflitual da vida em sociedade, bem como para a reconfiguração das bases da relação de subordinação outrora estabelecida entre a dogmática jurídico-penal e a política criminal. Nesse contexto, a política criminal para a ser posicionada em um nível “de transcendência e de crítica” relativamente aos “juízos de dignidade penal e de carência de tutela penal” idealizados pela dogmática jurídico-penal. Assim sendo, a própria lei penal passa a ser representada como um problema eminentemente político-criminal.²²

O processo de autonomização do saber político-criminal, fez com que a disciplina passasse a se ocupar de “um largo espectro de áreas problemáticas, a começar pela definição dos próprios limites e fronteiras do direito penal”.²³ Dentre essas questões, destaca-se: a *expansão modernizadora do direito penal*²⁴ — consequência da proliferação de atos terroristas e da emergência de novas formas de criminalidade organizada (e.g. transnacional, global, econômica etc.) — e o dilema criado em face do “legado iluminista do *due process of law*”: “resistir sem transigências” às tendências expansionistas do direito penal ou “mostrar plasticidade e tolerância, aceitando soluções até há bem poucos anos esconjuradas como perversões irreconciliáveis com a imagem de ‘superioridade ética do Estado’”.²⁵ Esta é, a propósito, a tensão que se coloca, hodiernamente, entre duas cosmovisões processuais: de um lado, uma visão mais rígida, baseada na “reafirmação da legalidade processual”, impermeável aos crescentes apelos por simplificação e aceleração de ritos procedimentais;²⁶ de outro, uma visão mais flexível — em certa medida até mesmo entusiasta — em relação à soluções negociadas e “controladas pelo princípio da oportunidade”.²⁷

Costa Andrade pontua, outrossim, que o processo de autonomização do saber político-criminal fez com as reflexões da disciplina transcendessem o campo jurídico e alcançassem o “‘sistema social’, particularmente [os] subsistemas nucleares da economia e da solidariedade social”,²⁸ num movimento que hoje permite, inclusive, pensar a política criminal como uma espécie de *política pública aplicada*, i.e., como um campo de

que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 196.

²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 196.

²¹ Díez Ripollés, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 38.

²² ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 196.

²³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 196.

²⁴ Referência útil para compreensão deste movimento político-criminal emergente a partir da segunda metade do século XX, pode ser encontrar em Díez Ripollés, que o trata como “uma ampliação da intervenção penal a âmbito socioeconômicos e de interesse comunitário até pouco tempo considerados alheios à política criminal”. Díez Ripollés, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 52.

²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 196.

²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 197.

²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, 2015. p. 1112.

²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 198.

investigação que reflete acerca da “modelagem institucional necessária à implementação de certas políticas [públicas]”.²⁹

Como adendo a essa última explicação, vale a pena destacar que essa tendência em torno da *complexificação da ideia mesma de política criminal*, também mereceu a atenção do criminólogo Louk Hulsman.

De acordo com o autor, considerar-se a política criminal apenas como parte de uma “política que diz respeito ao crime e aos criminosos” é uma forma bastante limitada de se lidar com os problemas que subjazem o crime enquanto fenômeno social. Ao partir da premissa de que a *política criminal* representa um *segmento de uma política pública social mais ampla* que dever ser, ao menos em sociedades democraticamente organizadas, dotada de feições inclusivistas, Hulsman propõe encará-la como uma espécie de *vigia de porteira*, a quem incumbiria, precipuamente, [1] o “desenvolvimento das organizações que formam a base material do sistema (p. ex. a polícia, os tribunais, as prisões etc.)”, [2] a *escolha* dos “tipos de eventos que poderiam ser tratados pelo sistema [de justiça criminal], sob que condições e de que maneira”, e, finalmente, [3] a apresentação de “recomendações sobre a reorganização social em outras áreas da sociedade em relação à situações problemáticas que tenham se tornado objeto de debate da política criminal”.³⁰

Parece emergir desse conjunto de ponderações uma concepção de política criminal mais consequente e madura, capaz de refletir criticamente sobre as suas próprias razões, hipóteses de trabalho e eficácia dos resultados alcançados pelo processo primário de criminalização que, ainda hoje, parece constituir uma espécie de ponto cego das ciências criminais.³¹

3 Política Criminal, Política Penal e Política Social: marcos conceituais distintos, porém interrelacionados

De acordo com Gálvez Puebla e De La Guardia Oriol,³² a potencialidade heurística do conceito de política criminal revela-se a partir de uma melhor delimitação do seu significado face às noções de *política social* e *política penal*.

Começando sua análise pela noção de *política social*, as autoras observam que a ideia expressa um conjunto bastante diverso de preocupações relacionadas à implementação e avaliação da qualidade dos serviços públicos oferecidos ou cuja execução é supervisionada pelo Estado.

A *política social* representa, nesse sentido, uma “ciência encarregada do estabelecimento das funções e do alcance de um Estado no exercício da atividade de governo relativamente à promoção dos meios adequados à consecução de determinados fins”.³³ Argumenta-se, assim, que poderá haver tantas políticas sociais quanto forem os fins almejados pelo Estado. O conteúdo da noção de *política social* é formado três espécies distintas, porém relacionadas, de políticas: as *políticas de desenvolvimento econômico*, as *políticas de bem-estar* e as *políticas de seguridade social*. Derivam dessas três ramificações políticas específicas, tais como as sanitárias, microeconômicas, educacionais, laborais etc., políticas sociais em sentido estrito, pensadas e implementadas visando o enfrentamento de problemas públicos específicos, caracterizados enquanto tal por conta do seu potencial de afetação da qualidade de vida de uma coletividade. Uma *política criminal* poderia ser encarada, destarte, tendo em vista o quadro geral das políticas sociais, como uma espécie de *política de seguridade pública*, já que

²⁹ MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). COUTINHO, Diogo R. *O direito nas políticas públicas: política pública como campo disciplinar*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz; São Paulo: Ed. Unesp, 2013. p. 184.

³⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997. p. 156-157.

³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 75.

³² GÁLVEZ PUEBLA, Iracema; DE LA GUARDIA ORIOL, María Carla. La política criminal y sus campos de actuación: la experiencia cubana. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 41, p. 125-154, 2016.

³³ GÁLVEZ PUEBLA, Iracema; DE LA GUARDIA ORIOL, María Carla. La política criminal y sus campos de actuación: la experiencia cubana. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 41, p. 125-154, 2016. p. 132.

seu objetivo precípua seria “evitar o surgimento e o desenvolvimento de atividades delitivas, processos de marginalização, discriminação, desorganização social, entre outros fatores criminógenos”.³⁴ Efeito prático do atravessamento da noção de *política criminal* pelo conceito de *política social* (“lato sensu”) consiste no estabelecimento de um novo patamar axiológico mínimo a ser atendido por toda política que se pretende criminal: “a busca por uma sociedade mais justa para todos [...]”, não apenas por meio do fomento de estratégias de controle formal, mas também a partir do investimento em políticas de prevenção e enfrentamento da criminalidade que sejam capazes de dialogar com outras políticas sociais não estritamente punitivas.³⁵

A *política penal*, por sua vez, representa um segmento da própria política criminal cujo interesse consiste na compreensão, crítica e transformação das dinâmicas de funcionamento do sistema de justiça criminal,

desde os seus primeiros momentos, por meio da *conformação* do ordenamento jurídico-penal pelo legislador, passando pela *atuação* dos órgãos policiais e judiciais, até a *efetivação* das políticas penitenciárias e pós-penitenciárias destinadas aos sujeitos submetidos ao processo penal em seu sentido mais amplo.³⁶

Desse modo, o conceito de *política penal* refere-se à toda uma gama de reflexões e discussões estabelecidas em torno dos processos e critérios a serem observados pelos representantes do Estado por ocasião da instrumentalização das normas de direito penal.

Bem compreendidas, as distinções propostas por Gálvez Puebla e De La Guardia Oriol, representam um verdadeiro convite à ampliação dos contornos semânticos que conformam a noção de política criminal, que passa a ser entendida a partir de uma perspectiva mais ampla, *i.e.*, não estritamente jurídica, como um conjunto de estratégias e técnicas empregadas pelo Estado sob diferentes enfoques (v.g. jurídico, econômico, social, educacional etc.) “com o objetivo de prevenir e enfrentar o fenômeno delitivo, obstaculizando, controlando e mantendo dentro de limites minimamente toleráveis as taxas dos delitos cometidos numa determinada sociedade”.³⁷

A identificação dos contornos, das diferenças e dos pontos de apoio existentes entre os conceitos de *política social*, *política criminal* e *política penal* serve como ponto de partida para um outro exercício analítico bastante inovador, consistente no estabelecimento daquilo que se poderia chamar de uma *política pública criminal* (*vide* a seção 6 do presente artigo).

4 Interdisciplinaridade expropriatória ou construtiva?

O êxito da proposta defendida neste artigo coloca a necessidade de se esclarecer se a política criminal possui maturidade teórica suficiente quando comparada às demais disciplinas que integram as ciências criminais.

Ricardo de Brito Freitas registra, em relação a essa questão, que a análise do estatuto teórico da política criminal pode ser realizada por meio da problematização de uma série de classificações e distinções cuja abordagem permite, em última instância, esclarecer os contornos dessa ainda incipiente discussão.³⁸

³⁴ GÁLVEZ PUEBLA, Iracema; DE LA GUARDIA ORIOL, María Carla. La política criminal y sus campos de actuación: la experiencia cubana. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 41, p. 125-154, 2016. p. 133.

³⁵ GÁLVEZ PUEBLA, Iracema; DE LA GUARDIA ORIOL, María Carla. La política criminal y sus campos de actuación: la experiencia cubana. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 41, p. 125-154, 2016. p. 133.

³⁶ GÁLVEZ PUEBLA, Iracema; DE LA GUARDIA ORIOL, María Carla. La política criminal y sus campos de actuación: la experiencia cubana. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 41, p. 125-154, 2016. p. 134.

³⁷ GÁLVEZ PUEBLA, Iracema; DE LA GUARDIA ORIOL, María Carla. La política criminal y sus campos de actuación: la experiencia cubana. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 41, p. 125-154, 2016. p. 131.

³⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O estatuto teórico da política criminal. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 801-822.

Freitas indaga, em primeiro lugar, se a política criminal é um *saber teórico* ou um *saber prático*. Há quem considere, como Santiago Mir Puig, a política criminal um saber eminentemente teórico.³⁹ Este entendimento é corroborado por aqueles que qualificam a política criminal como uma *ciência normativa* especificamente orientada à realização de reformas penais embasadas em um “conhecimento sistemático sobre o funcionamento de normas e institutos, efeitos e reações [do direito penal]”.⁴⁰ Contrapondo essa tendência, há aqueles que, como Mireille Delmas-Marty, qualificam a política criminal como *práxis*, vale dizer, como conjunto de práticas organizadas não apenas pelo Estado, mas também pela sociedade diante de situações de crise relacionadas ao crime enquanto fenômeno social.⁴¹ Seja como for, entende-se que discussão estabelecida em torno dessa distinção parece partir de um falso problema, já que as dimensões teórica e prática costumam se influenciar reciprocamente, eis que “a teoria alimenta a prática que, retroagindo, a enriquece”.⁴² Além disso, vale lembrar que as teorias não existem apenas nos livros, sendo também partes ancilares dos “discursos que de fato informam instituições e relações sociais, essas operações que [...] são parte integral do fazer da vida política”.⁴³

Freitas observa, ainda, numa clara aproximação com as ideias analisadas no tópico anterior, que a política criminal, em razão da amplitude dos temas que comporta, poderia ser compreendida, em um sentido mais amplo, como uma *política social*, e, num sentido mais estrito, como *política penal*.

Situar a política criminal no patamar das políticas sociais implica, no entendimento do autor, “não apenas uma teorização acerca dos meios propriamente penais de controle do desvio [...], mas também a reflexão sobre a necessidade de execução de políticas mais amplas de intervenção social”.⁴⁴ De acordo com essa linha de entendimento, o saber político-criminal passaria a ter como um dos seus mais destacados objetivos sistematizar o conhecimento científico produzido acerca das causas da criminalidade e, na esteira dessas análises, propor *soluções integrais* (com o apoio de outras políticas sociais) em face do fenômeno criminal sem a necessidade de veicular apelos apriorísticos às soluções criminalizadoras comumente defendidas por legisladores e juristas.

Por outro lado, a *política criminal* entendida como *política penal* amoldar-se à compreensão defendida, entre outros, por Nilo Batista, que identifica a primeira como um saber particularmente interessado na elaboração de “recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados da sua aplicação”.⁴⁵

A despeito desses esclarecimentos, Freitas observa que o debate relativo à autonomia científica do saber político-criminal encontra-se em certa medida prejudicado por leituras que defendem, ainda hoje, a completa subordinação da disciplina ao saber jurídico-penal. Não sem razão, argumenta que não parece fazer muito sentido insistir-se, atualmente, em elevar-se a ciência do direito penal à posição de disciplina régia das ciências criminais. De fato, não se pode perder de vista a constatação, nem sempre levada em consideração em certos círculos de discussão, de que a influência dos aprimoradíssimos constructos teóricos concebidos

³⁹ Para o autor, a abordagem política criminal pode ser compreendida como “ramos do saber que tem por objetivo o estudo da política criminal efetivamente adotada seguida pelo Estado conjunto de princípios teóricos que haveriam de dotar de uma base racional a luta contra a criminalidade”. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 1988. p. 16.

⁴⁰ VASSALLI, Giuliano *apud* FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O estatuto teórico da política criminal. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 801-822. p. 807.

⁴¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004. p. 43.

⁴² Essa leitura é endossada, dentre outros, por Silva Sánchez, que compreende a política criminal tanto como um “conjunto de princípios teóricos que haveriam de dotar de uma base racional a luta contra a criminalidade”, como “um conjunto de atividades empíricas ordenadas à proteção de indivíduos e da sociedade”. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y persona*. Buenos Aires: AD-HOC, 2000. p. 21.

⁴³ LACLAU, Ernesto. Introduction. In: LACLAU, Ernesto (ed.). *The making of political identities*. London: Verso, 1994. p. 2.

⁴⁴ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O estatuto teórico da política criminal. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 801-822. p. 805.

⁴⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 34.

e difundidos pela dogmática jurídico-penal pode ser bastante reduzida quando o que está efetivamente em questão são certos problemas político-criminais mais fundamentais, tais como aqueles que dizem respeito às questões do *quando e quanto punir*. A questão sobre *o que punir*, por exemplo, é tematizada apenas timidamente pela ciência do direito penal, que, dedica-se, prioritariamente, a compreender e aprimorar a racionalidade dos processos de interpretação e aplicação do direito penal (já criado).

Um contraponto interessante a esse tipo de leitura foi apresentado por Zaffaroni. No entendimento deste autor, a relação (a ser) estabelecida entre o direito penal e política criminal pode ser mais bem caracterizada como uma relação de *interdisciplinaridade construtiva* em oposição a uma relação de *interdisciplinaridade expropriatória* ou mesmo *subserviente*.⁴⁶

A tendência em se considerar que as disciplinas não estritamente jurídicas têm seu objeto de estudo definido (ou subministrado) pela ciência do direito penal passa, nesse cenário, a ter a sua validade questionada por uma concepção integradora de ciência criminal, que se caracteriza, justamente, pelo reconhecimento (e valorização) da relação de mútua dependência ou de *construtiva interdisciplinaridade*⁴⁷ que pode se estabelecer entre as suas disciplinas-matriz.⁴⁸

A defesa dessa concepção inspira, por exemplo, o surgimento de hipóteses de trabalho que atribuem à política criminal a função de “atuar como ponte entre a dogmática jurídico-penal e a criminologia”,⁴⁹ sobretudo na medida em que se reconhece que é por meio do aproveitamento das investigações empíricas conduzidas pelas criminologias, “que a política criminal pode propor as reformas necessárias ao aprimoramento do direito penal, permitindo-lhe concretizar suas missões específicas”.⁵⁰

A relação estabelecida entre os saberes político-criminal e criminológico costuma se desenvolver sob bases menos tensionadas. Argumenta-se em favor dessa relação que os objetos de estudo e finalidades dessas duas disciplinas são em certa medida coincidentes:

[...] elas [política criminal e criminologia] estariam interessadas no funcionamento do sistema penal, isto é, na maneira como opera o conjunto do aparato repressivo estatal (legislação, aparelho judiciário, aparelho carcerário etc.) Ambas teriam, ademais, idênticas pretensões reformistas e, por fim, a mesma essência axiológica.⁵¹

A despeito dessa “idêntica pretensão reformista” e da “mesma essência axiológica”, Costa Andrade e Figueiredo Dias pontuam ser válido continuar a distinguir as duas disciplinas, uma vez que a criminologia, diferentemente da política criminal, “estaria necessariamente vinculada a uma referência à realidade, como matriz decisiva de sua legitimidade de proposição ou reivindicação política”.⁵²

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La ingeniería institucional criminal: sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre derecho penal y politología. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 29, jan./mar., 2000. p. 248.

⁴⁷ De acordo com Zaffaroni, o conceito de *interdisciplinaridade construtiva* aponta, em síntese, para a necessidade do estabelecimento de “um diálogo inevitável entre saberes que se respeitam mutuamente” justamente por compreenderem que não podem se colocar em situação de diálogo sem partir de um horizonte [comum]. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La ingeniería institucional criminal: sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre derecho penal y politología. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 29, jan./mar., 2000. p. 249.

⁴⁸ A leitura proposta por Claus Roxin acerca da *relação colaborativa* estabelecida entre a política criminal e o direito penal é particularmente elucidativa: “O direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades políticos-criminais podem ser transformadas para o modo de vigência jurídica”. Cf. ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 13-27, jul./set. 2001. p. 14.

⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Granada: Comares, 1993. p. 37.

⁵⁰ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O estatuto teórico da política criminal. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio*: estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 801-822. p. 809.

⁵¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O estatuto teórico da política criminal. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio*: estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 801-822. p. 817.

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 112.

Em linha com este argumento, entende-se, especialmente diante do déficit de *informações criminológicas* costumadamente verificado no processo de tomada de *decisões político-criminais*,⁵³ que as duas disciplinas devem estabelecer entre si, à luz do conceito de *interdisciplinaridade construtiva*, uma *relação de orientação empírico-racional*:

[T]oda a política, também a política criminal para ser esclarecida e eficaz, pressupõe o conhecimento, o mais aproximado possível da realidade, dos fatos pertinentes e relevantes. Resumidamente, para ser minimamente consequente, a política criminal postula: o conhecimento da fenomenologia criminal (que crimes se cometem, como se cometem, com que frequência, como se distribuem no tempo e no espaço, dentro ou fora das fronteiras, por tipos ou grupos de agentes, como são financiados, que danosidade social e alarme provocam etc.); o conhecimento das representações coletivas sobre o crime (gravidade, medo etc.); o conhecimento da reação formal e informal ao crime (frequência e razões da denúncia e da não denúncia às instâncias formais, estereótipos e critérios de atuação das instâncias, meios disponíveis, comunicabilidade e sintonia ou conflitualidade entre instâncias etc.); o conhecimento do impacto e consequências do estigma e das reações (reincidência, “carreiras delinquentes”, reinserção social etc.).⁵⁴

Fora dessa dinâmica relacional, restam apenas planos de ação erráticos e perigosamente disfuncionais, cujo único mérito — e isso nos conta a história das políticas criminais ibero-americanas —⁵⁵ consiste na melhoria da visibilidade eleitoral de certos grupos de pressão e elites políticas.

Daí a razão pela qual a *criminologias* não de ser consideradas, em sua relação com a *política criminal*, como uma espécie de *ciência de referência*, particularmente útil para a construção da sua *base material* de reflexão.

Não por outro motivo, chega-se à conclusão de que todo discurso digno de ser qualificado como político-criminal deve, se não quiser ser confundido como um mero gesto de proselitismo político-eleitoral, emergir de reflexões capazes de mobilizar, em três passos, conhecimentos jurídicos e criminológicos:⁵⁶ (i) sistematização de conhecimento empírico disponível acerca das causas individuais e sociais do comportamento desviante; (ii) transformação dessa informação empírica em projetos normativos de intervenção social que visam incidir sobre essas mesmas causas; (iii) implementação de ações práticas, porém normativamente orientadas, que podem ou não envolver a aplicação do direito penal.

5 Os riscos de uma política criminal dogmatizada

A explicitação dessas relações de construtiva interdisciplinaridade busca se firmar como uma espécie de convite à retomada do interesse acadêmico pela própria política criminal, enquanto disciplina teórica, já que ela costuma ser representada, por penalistas e criminólogos, indistintamente, como um domínio insindicalizável onde retórica dos discursos políticos se impõe-se, inexoravelmente, sobre a lógica dos discursos jurídicos.⁵⁷

⁵³ A propósito do tema, conferir: KAISER, Günther. La función de la criminología con respecto a la política legislativa penal. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. Revista Eguzkilore, n. 6, 1992. p. 187.

⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 206.

⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada – 2000-2006*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008.

⁵⁶ Essa dinâmica relacional também foi bem retratada por José de Faria Costa, para quem “[a] criminologia pode trazer, passando pelo ‘lugar’ (*topos*) da política criminal, contributos extremamente válidos para uma refundação ou correção do direito penal em termos de racionalidade penal. E é isto assim porque os dados da realidade não se subtraem a uma verificação empírica: quanto mais dados empíricos fizermos entrar no processo de formação do direito penal, tanto mais este será controlável e, eventualmente, modificável”. Cf. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 68.

⁵⁷ Díez Ripollés observa que certos setores da doutrina jurídica entendem ser descabida a pretensão de avaliar criticamente aspectos substanciais das proposições legislativas (por exemplo, se um determinado PL veicula normas efetivamente capazes de solucionar um determinado problema social), uma vez que esses próprios aspectos seriam determinados por discussões que não se orientam segundo critérios científicos. A despeito dessa objeção, o autor sustenta que “a argumentação política pode e deve desenvolver plenamente suas razões e estratégias dentro, por exemplo, de uma racionalidade teleológica, a partir da qual interesses ou estratégias políticas devem ser confrontados com outros valores ou metas”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad legislativa penal*:

Ademais, o gesto de aproximação proposto no tópico anterior é motivado pela necessidade de se contrapor o entendimento de que as decisões tomadas no curso do processo (político) de criação do direito penal somente poderiam ser controladas por meio de critérios baseados em princípios jurídicos do calibre da subsidiariedade, da ofensividade e da proporcionalidade.⁵⁸

Esse tipo de leitura retrata o que Juan Pablo Mañalich Raffo acertadamente chamou de *principalismo político-criminal*, uma concepção segundo a qual os parâmetros de orientação e legitimação das “decisões concernentes à definição, ao controle e à repressão dos comportamentos reputados socialmente intoleráveis” seriam essencialmente *pré-políticos*, posto que calcados em postulados universalmente válidos que seriam, por sua vez, baseados em “formulações ideologicamente assépticas em relação às quais os adeptos da técnica jurídica teriam um acesso epistemologicamente privilegiado”.⁵⁹

O principal equívoco implicado nesse tipo de entendimento, de acordo com o autor, baseia-se no simples fato de que nem mesmo os penalistas, malgrado o seu costumeiro rigor científico, são imunes às influências políticas e culturais que atravessam o contexto em que são desenvolvidas as suas teorizações.⁶⁰ Em linha com essa crítica, há quem considere que esses princípios gerais da dogmática jurídico-penal representam, no limite, *fórmulas vazias* ancoradas em critérios vagos e excessivamente abstratos de justificação do uso do poder punitivo estatal.⁶¹

A fim de ilustrar a pertinência e a atualidade da crítica proposta por Mañalich Raffo, convém recordar que a *capacidade reguladora do princípio da subsidiariedade* pode ser considerada uma *questão politicamente controversa*, especialmente diante do diagnóstico de que o imaginário dos atores políticos e jurídicos que tomam parte no processo primário de criminalização é pautado, às vezes, pela compreensão de que a tutela jurídico-penal, em que pese ser a mais intrusiva espécie de sanção de dispõe o Estado, deve ser mobilizada como um instrumento preferencial de censura e controle social.⁶²

Tais considerações dão azo ao entendimento de que os chamados *princípios jurídicos de política criminal*, muito embora possam ser considerados elementos estruturantes e, portanto, indispensáveis a todo e qualquer projeto político-criminal, não podem ser considerados, por si só, suficientes para a correção de certas disfuncionalidades verificadas no acompanhamento do funcionamento do sistema de justiça criminal, notadamente durante o processo primário de criminalização, um contexto que, infelizmente, em desconcertante contraposição ao que se verifica no processo de aplicação do direito penal — graças, em parte, ao já referido rigor científico da dogmática jurídico-penal — vem sendo relegado ao oportunismo político e à improvisação.⁶³ Merece destaque, no ponto, a advertência subscrita por Francisco Javier Laporta Sanmiguel:

[...] nós juristas estamos acostumados a centrar nossa atenção nas normas jurídicas já promulgadas, mas o problema que hoje nos interpela exige que façamos outras perguntas, dentre elas, sobre o estado

decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed.). *La legislación en serio: estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 137.

⁵⁸ Nesse sentido, conferir: COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 67.

⁵⁹ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El principalismo político-criminal como fetiche. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 29, 2018. p. 66.

⁶⁰ LARRAURI PIJOAN, Elena. La economía política del castigo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología: RECPC*, p. 11-16, 2019. p. 15. A mesma ressalva é veiculada por Thomas S. Kuhn ao ponderar sobre a inapelável suscetibilidade do cientista à realidade que o circunda: “não existem algoritmos neutros para a escolha de uma teoria”, tampouco existe uma “linguagem neutra utilizada por todos da mesma maneira”. Cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998. p. 246-247.

⁶¹ GÓMEZ LANZ, Javier. La filosofía del derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. *Revista para el análisis del derecho*. InDret, v. 3, 2018. p. 16.

⁶² A propósito, conferir: PIRES, Álvaro Penna *et al.* Análise das justificativas para a produção de normas penais. *Série Pensando o Direito*, São Paulo, n. 32, set. 2010. Disponível em: www.pensando.mj.gov.br; FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?: visões do parlamento sobre a criminalidade*. Brasília: Liber Livro Editora, 2008.; CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 15, set./dez. 2014.

⁶³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Un modelo dinámico de legislación penal. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. [S. l.]: Tecnos, 2002. p. 291-330. p. 292.

atual de organização, funcionamento e recursos do poder legislativo. [M]enciono isso para convidar aos juristas e politólogos que se perguntem se as Cortes Gerais de Justiça podem ser consideradas política, jurídica e tecnicamente o poder legislativo adequado à enigmática realidade do século XXI.⁶⁴

O foco aparentemente exacerbado dos penalistas no processo de aplicação do direito penal e o seu relativo afastamento de temas relacionados, por exemplo, à nomogênese jurídica, parece ser motivado por uma *concepção idealista de ciência penal*, segundo a qual as “decisões concernentes à definição, ao controle e à repressão dos comportamentos tidos por socialmente intoleráveis” seriam orientadas por “parâmetros de legitimação passíveis de serem identificados de maneira pré-política”.⁶⁵ Tal concepção culmina no que se poderia chamar de uma *política criminal dogmatizada*, que, ao sobrevalorizar a dimensão jurídica (e normativa) do processo de construção do direito penal, parece desconsiderar as dimensões histórica, contextual, contingente e conflitiva dos argumentos que tomam parte na arena política, local onde se desenrolam as primeiras etapas deste processo.

Somente uma concepção mais aberta de política criminal, informada, simultaneamente, pelos achados empíricos das criminologias e pelos desenvolvimentos teóricos da ciência penal, é capaz de tematizar a contento as já referidas *questões político-criminais fundamentais* (vide a seção 4 do presente artigo). Daí a importância de se insistir no estabelecimento de uma *relação de interdisciplinaridade construtiva* entre as disciplinas que integram as ciências criminais, reconhecendo-se, destarte, que todas elas, a despeito de suas particularidades epistemológicas e metodológicas, operam suas análises a partir de um mesmo princípio unificador: “prevenir a delinquência dentro de parâmetros socialmente aceitáveis”.⁶⁶

A rigor, esse argumento pode ser interpretado como mais um chamado à defesa da conhecida *ciência conjunta do direito penal*. Esse gesto, no entanto, cujo principal desafio está em descobrir qual(is) medida(s) viabilizará(ão) uma reaproximação coerente e funcional das disciplinas que integram as ciências criminais, não deve apenas focar, como se costuma sustentar, a “‘penetração axiológica’ do problema penal” por “valorações político-criminais”.⁶⁷ Ainda que isso seja obviamente importante, contentar-se com uma conclusão desse calibre implica retornar ao chamado *principalismo político-criminal*, afinal, a medida dos juízos valorativos de que falam os penalistas costuma ser dada por aqueles princípios jurídicos cuja capacidade de orientação dos discursos políticos durante o processo primário de criminalização é, no mínimo, questionável.

Não basta à política criminal, portanto, advogar por uma maior sensibilidade da dogmática em relação a ponderações não estritamente jurídicas sobre o fenômeno criminal;⁶⁸ também se mostra necessário encará-la como uma espécie de superfície de inscrição de um conjunto inteiramente novo de desenvolvimentos teóricos relacionados ao processo de criação das normas jurídico-penais — retratado anteriormente como um importante ponto cego das ciências criminais. As balizas que orientarão tais desenvolvimentos podem ser encontradas, curiosamente, numa disciplina não-jurídica, a saber, na Teoria das Políticas Públicas.

⁶⁴ LAPORTA SANMIGUEL, Francisco Javier. Teoría y realidad de la legislación: una introducción general: la proliferación legislativa: un desafío para el estado de Derecho. In: SEMINARIO ORGANIZADO POR EL COLEGIO LIBRE DE EMÉRITOS EN LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS, 2004, Madrid. *Anais* [...]. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. p. 81.

⁶⁵ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El principalismo político-criminal como fetiche. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 29, 2018. p. 62.

⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 5.

⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 35.

⁶⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

6 Uma introdução ao conceito de *política pública criminal*

Encarar a política criminal de modo a explicitar as potencialidades diagnóstica e prognóstica de suas análises, permite aproximar a presente análise de uma discussão que, a despeito de suas amplas e inegáveis repercussões teóricas e práticas, ainda se encontra em estágio embrionário no Brasil e que se coloca, mais claramente, a partir do seguinte questionamento: pode a política criminal ser considerada uma política pública?⁶⁹⁻⁷⁰

O enfrentamento dessa questão deve ser pautado por um *duplo exercício analítico*, que envolve tanto a delimitação do conceito mesmo de política pública, como a demonstração da sua capacidade de enfrentamento das já referidas *questões político-criminais fundamentais*.

Desenvolvido a partir do campo da ciência política, o conceito de política pública condensa uma miríade de definições que, apesar de variarem em termos de extensão e complexidade, concordam em relação a determinados aspectos essenciais.

Howlett, Ramesh e Perl observam que a primeira e mais objetiva definição relacionada ao conceito foi formulada pelo cientista político Thomas R. Dye, para quem a ideia expressaria, no limite, “qualquer coisa que o governo decida fazer ou deixar de fazer”.⁷¹

Essa formulação, apesar da sua simplicidade, teria o mérito de destacar que o governo e suas agências são, em última instância, os verdadeiros protagonistas do processo de criação e reformulação de políticas públicas. Assim, ainda que se reconheça que a atuação de outros atores (*e.g.* mídia, eleitores, acadêmicos, cientistas, grupos de interesse ou de pressão, institucionalizados ou não etc.) pode ser considerada decisiva para moldar o conteúdo de uma determinada agenda política, a sua atuação somente é capaz de inspirar (mas não criar) uma política pública, que, nestes termos, pode ser entendida como uma decisão tomada invariavelmente por um agente ligado à burocracia estatal.

Uma segunda leitura foi proposta por Willian Jenkins, para quem a ideia de política pública refletiria um “conjunto de decisões interrelacionadas, tomadas por um ator político ou por um grupo de atores relativamente à seleção de determinadas metas e dos seus respectivos meios de realização”.⁷² De acordo com Howlett, Ramesh e Perl, a noção delineada por Jenkins teria o mérito de encarar uma política pública não como uma decisão arbitrária, mas como resultado de um processo mais amplo, integrado por diversas de-

⁶⁹ O questionamento, a despeito do seu tímido desenvolvimento, não é novo, tendo sido explorado, no Brasil, com certo grau de pioneirismo, por Carolina Dzimidas Haber em sua tese de doutorado. Neste trabalho, Haber antecipa discussões interessantes, com destaque a possibilidade de se considerar o processo de produção de normas penais como uma espécie de política pública, na medida em que em seu curso seria necessário “esclarecer qual o problema que se quer evitar, os instrumentos à disposição para combatê-lo e os efeitos que o meio escolhido é capaz ocasionar”. Cf. HABER, Carolina Dzimidas. *A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 12.

⁷⁰ A questão vem sendo problematizada no cenário acadêmico nacional pelo menos desde o ano de 2017. O primeiro estudo de fôlego sobre o tema pode ser encontrado em: FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 35 e ss. Em 2018 é publicado um novo e igualmente denso trabalho sobre o tema: CALIL, Mário Lúcio Garcez; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do direito penal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 36-53, 2018. Em linhas gerais, ambos os textos, até mesmo por partirem de referenciais teóricos bastante próximos, acenam com a possibilidade de retratar a política criminal como uma política pública. Nesse particular aspecto, o presente artigo, por concordar sem ressalvas com essa conclusão, pode ser considerado um desdobramento das reflexões e provocações originalmente lançadas pelos referidos autores. Não obstante, a presente pesquisa busca transcender aqueles textos ao demonstrar qual seria a consequência mais imediata decorrente do estreitamento da antevista relação entre o saber político-criminal e as teorias das políticas públicas, a saber, o estabelecimento das condições teóricas de possibilidade para a emergência daquilo que, logo na sequência, se intitulará uma *política legislativa penal racional*.

⁷¹ DYE, 1972, p. 2 *apud* HOWLETT, Michael *et al.* *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 5.

⁷² JENKINS, 1978 *apud* HOWLETT, Michael *et al.* *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 6.

cisões que seriam tomadas por indivíduos ou agências governamentais dotadas de diferentes atribuições (e, não raras vezes, de intenções).

Além dessa definição inicial, Jenkins enfatiza duas ideias particularmente interessantes. A *primeira* alude à necessidade de se levar em consideração, a partir de avaliações prognósticas, a capacidade dos tomadores de decisão (os chamados “policymakers”) para implementar suas próprias decisões, uma vez que a sua ação pode ser “limitada, por exemplo, pela falta de recursos financeiros, pessoais ou informacionais, bem como por tratados internacionais ou, ainda, por uma resistência doméstica apresentada em face de uma determinada opção”.⁷³ A *segunda* refere-se ao fato de que toda política pública se constitui como uma decisão que almeja realizar uma determinada meta ou objetivo.⁷⁴ Dita compreensão, em contraposição à definição formulada por Thomas R. Dye, justifica a importância de se tomar os objetivos declarados de uma política pública como uma espécie ponto de referência a ser considerado, prospectivamente, por ocasião da avaliação da adequação das metas estabelecidas em relação aos meios eleitos (avaliação de tipo “ex ante”),⁷⁵ e do grau de aptidão (ou inaptidão) desses mesmos meios relativamente à consecução dos objetivos declarados pelos tomadores de decisões (avaliação de tipo “ex post”).⁷⁶

A última definição avaliada por Howlett, Ramesh e Perl é extraída da obra de James Anderson, autor que descreve a política pública como um “curso de ação intencional adotado por um ator ou por um grupo de atores com vistas ao enfrentamento de um problema ou de uma questão que inspira preocupação”.⁷⁷ Tem-se aí uma definição extremamente profícua em relação aos objetivos deste artigo.

Howlett, Ramesh e Perl argumentam que, embora seja similar às definições propostas por Dye e Jenkins, o conceito defendido por Anderson se destaca na medida em que assenta o entendimento de que toda ação governamental está atrelada a uma “percepção, real ou não, acerca da existência de um problema ou preocupação que requer a adoção de providências”.⁷⁸ Tal compreensão, conforme antecipado, revela-se particularmente útil, notadamente quando se identifica, agora numa aproximação com os teóricos da chamada

⁷³ HOWLETT, Michael *et al.* *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 7.

⁷⁴ De acordo com Vázquez e Delaplace, as políticas públicas passam a ser encaradas como objeto de um disciplina acadêmico-científica apenas em 1951, um ano após a eclosão da Guerra da Coreia, evento histórico que inaugura, nos planos geopolítico e ideológico, a Guerra Fria entre o capitalismo de livre mercado norte-americano e a economia soviética de controle dos meios de produção. Diante da rivalidade estabelecida entre essas duas cosmovisões, inaugurou-se entre os teóricos das políticas públicas o seguinte questionamento: “qual é o melhor e mais eficiente regime de governo? Para os analistas americanos era imperioso construir um enfoque de políticas públicas (PP) sustentado no desenvolvimento científico-causal e complementado pela imaginação criativa, a fim de se viabilizar a geração de PP novas e eficientes”. Dessa nota histórica se extrai a conclusão de que a disciplina em questão se caracteriza pela tendência de um enfrentamento pragmático de problemas públicos pela que exige dos representantes públicos/ autoridades governamentais a idealização e execução de programas de ação racionais, isto é, refletidos à luz de circunstâncias concretas. Cf. VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 14, 2011. p. 36. O embate programático estabelecido entre esses dois modelos de organização social poderia ser representado, tendo em vista o marco da economia política atual, pela disputa estabelecida entre os projetos de bem-estar social e o neoliberal. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 109.

⁷⁵ A ideia de congruência, no ponto, confunde-se com o que Pierpaolo Cruz Bottini concebe como *proporcionalidade no plano abstrato*: “[n]o momento da criação do tipo penal, cabe ao legislador avaliar a importância do bem jurídico protegido, o desvalor social do comportamento, a intensidade da lesão ou do perigo, e apontar a pena cabível, que guarde relação de proporcionalidade com o crime e com as penas atribuídas a outros comportamentos previstos no ordenamento”. Cf.: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, 2010. p. 470.

⁷⁶ HOWLETT, Michael *et al.* *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 7.

⁷⁷ ANDERSON, 1984, p. 3 *apud* HOWLETT, Michael *et al.* *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 7.

⁷⁸ HOWLETT, Michael *et al.* *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 7.

teoria da legislação (*legística* ou *legisprudência*),⁷⁹ a etapa de caracterização do problema a ser equacionado pela Lei como um passo inicial e fundamental do que se poderia chamar de uma *política legislativa penal racional*.⁸⁰⁻⁸¹⁻⁸²

Compreende-se, portanto, a partir da integração das análises realizadas, que a noção de política pública reflete, essencialmente, um programa de ação idealizado e executado por autoridades públicas (ou investidas de poderes públicos) que buscam conceber soluções factíveis para questões específicas e concretas retratadas ou percebidas como problemas graves que afetam uma determinada coletividade.⁸³

Feitos esses registros, cumpre agora retomar a indagação inicialmente posta a fim de descobrir se a aproximação conceitual proposta se justifica, *i.e.*, se a política criminal (e a questão criminal) pode ser tematizada a partir do marco teórico das políticas públicas.

De acordo com José Luis Díez Ripollés, a política criminal, à semelhança do que se verifica, por exemplo, no caso das políticas econômicas, sanitárias, educacionais e habitacionais, “aspira ser um agente de transformação social”. Destarte, ainda que sua incidência possa ser limitada a um “segmento específico dos comportamentos sociais”,⁸⁴ a política criminal parece, de fato, se inserir “no conjunto das políticas públicas, especificamente no marco das políticas sociais”.⁸⁵

⁷⁹ De acordo com Ulrich Karpen, teoria da legislação, legística e legisprudência constituem sinônimas que designam um mesmo e único campo de estudos, que toma por objeto de análise os processos de elaboração, discussão, aprovação e revisão das leis, visando, com isso, o melhoramento das práticas legislativas. Cf. KARPEN, Ulrich. Comparative law: perspectives of legislation. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 17, p. 141-185, 2013. No mesmo sentido, argumenta Soares: “Legisprudência, Legislação, Ciência da Legislação são também alguns outros vocábulos que designam o ramo do conhecimento jurídico sobre o qual são dirigidas as reflexões objeto deste artigo”. Cf. 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 UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, 2007. p. 127.

⁸⁰ Zapatero Gómez observa que ao enunciar os objetivos que a Lei pretende realizar, o legislador deve evitar veicular afirmações e declarações genéricas ou grandiloquentes. Deve, ao invés disso, conceber tais objetivos lançando mão de visão pragmática (e operacional) sobre as situações-problemas com os quais se debruça. Nesse sentido, deve (o legislador), durante o processo legislativo, ser capaz de responder às seguintes questões: “onde estamos e onde queremos chegar? O que nos impede de realizar o objetivo idealizado? Quais ações precisam ser tomadas a fim de se atingir o objetivo idealizado? O que cada uma das partes implicadas no problema deve fazer para que se possa realizar o objetivo idealizado? Como coordenar múltiplos objetivos? O que poderia ser considerado um sucesso? É possível quantificar esse sucesso? Quais condições são requeridas para que se possa chegar a um bom resultado? E, finalmente, o que deve ser feito no caso de a política idealizada falhar?”. Cf. ZAPATERO GÓMEZ, Virgílio. *The art of legislation*: legisprudence library. Switzerland: Springer International Publishing, 2019. p. 54. No mesmo sentido: DELLEY, Jean Daniel. Pensar a lei: introdução a um procedimento metódico. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 7, n. 12, 2004.

⁸¹ A preocupação para com a correta caracterização do problema que motiva o legislador a agir não pode ser considerada atual. Como recorda Zapatero Gómez, ao comentar o “Espírito da Leis” de Montesquieu, Condorcet já convidava o legislador a se questionar, em primeiro lugar, se “a questão deve mesmo ser decidida por uma lei?”. Cf. CONDORCET, 1877, p. 275 *apud* ZAPATERO GÓMEZ, Virgílio. *El club de los nomófilos*. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 3, jan./abr. 1998. p. 81.

⁸² Nesse sentido, Delley observa que a centralidade da etapa de definição do problema no curso do processo legislativo deve-se ao fato de ser este o momento propício para se “delimitar o campo da intervenção [legislativa] e [escolher] os meios a se empregar [diante dos fins estabelecidos]”. DELLEY, Jean Daniel. *Pensar a lei: introdução a um procedimento metódico*. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 7, n. 12, 2004. p. 108.

⁸³ Uma das principais preocupações veiculadas pelas teorias das políticas públicas alude à compreensão do processo através do qual um problema social, geralmente setorizado, passa a ser considerado público e, destarte, merecedor da atenção governamental: “[t]udo começa com o surgimento de um problema, não de qualquer problema, mas de um considerado “público”. Esse elemento é essencial porque existem problemas que, embora afetem muitas pessoas (problema social), podem não ser considerados públicos. Por exemplo, o status subordinado das mulheres durante muito tempo não foi considerado um problema público, assim como a violência contra a mulher também não era considerada um problema público, mas um problema que deveria ser resolvido na esfera privada e no qual o Estado não deveria intervir. O que atualmente é considerado problema público, provavelmente antes não era e possivelmente depois não será, pois a formação da agenda pública é mutante. Quando um problema tem o status de público? Quando é recuperado por alguma das múltiplas instituições que integram o governo?”. Cf. VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 14, 2011. p. 37.

⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 13, 2011. p. 5.

⁸⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 13, 2011. p. 5. O mesmo entendimento é compartilhado por Claus Roxin, para quem a política criminal pode ser compreendida como um “componente da política social”, devendo ser interpretada, destarte, “no contexto do instrumentário geral dos mecanismos sócio-políticos de regulação”. Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de

Díez Ripollés corrobora essa percepção ao afirmar que o campo da política criminal abriga uma variedade bastante ampla de reflexões e programas de ação que visam à realização de uma mesma *meta fundamental*: “prevenir a delinquência dentro de parâmetros socialmente aceitáveis”.⁸⁶ A realização desse *objetivo geral* depende, contudo, da satisfação de outros *objetivos específicos*.

Por falar-se em *objetivos específicos*, cumpre lembrar que a intenção mais imediata dos teóricos das políticas públicas consiste em racionalizar a ação governamental com vistas à promoção do maior bem-estar público possível (objetivo mediato).⁸⁷ A correta identificação desses objetivos é importante na medida em que ajuda a colocar em perspectiva a necessidade de se avaliar o mérito de soluções baseadas no acionamento do sistema de justiça criminal diante de soluções inspiradas por outras políticas sociais que se mostram igualmente interessadas em prevenir a delinquência. Tais considerações estão, a propósito, em consonância com a leitura proposta por Gálvez Puebla e De La Guardia Oriol, no sentido de que “os mecanismos formalizados de combate à criminalidade não são efetivos por si só”, sendo necessário, ademais, implementar paralelamente “políticas que desde os âmbitos social e preventivo também tenham por foco a reação ao fenômeno da criminalidade”.⁸⁸

Destarte, pode-se afirmar que, ao menos em termos conceituais, toda *política criminal* pode ser considerada uma espécie de *política pública aplicada*, uma vez que o seu objetivo último é intervir sobre a realidade social de modo a resolver questões pontuais representadas ou efetivamente identificadas pela coletividade como problemáticas (p. ex. a redução da frequência de cometimento e gravidade dos comportamentos delitivos).

Nesse sentido, a aproximação entre esses dois conceitos, facilitada pela adoção de uma leitura renovada do conceito de política criminal — viabilizada ela própria pela assunção da noção de interdisciplinaridade construtiva como chave para a proposição de novos tipos de relação entre as disciplinas que integram as ciências criminais — representa um gesto bastante profícuo do ponto de vista científico, sobretudo na medida em que restabelece o debate acerca da importância da consolidação de um modelo não apenas integrado, mas também dinâmico de ciência criminal, pautado por investigações que sejam capazes articular, ao interpelar o multifacetado fenômeno da violência, investigações teóricas e empíricas aptas a conceber propostas efetivas para a racionalização de todas as etapas de funcionamento do sistema de justiça criminal (v.g. criação, aplicação e cumprimento das regras de comportamento e sanção previstas pelo direito penal) em um sentido consentâneo aos ideais de valorização e proteção dos direitos humanos.

7 Considerações finais

Por conta das reflexões veiculadas nos tópicos anteriores, assume-se o entendimento de que a política criminal, encarada sob o prisma da relação de construtiva interdisciplinaridade que pode ser estabelecida entre as disciplinas que integram as ciências criminais, representa um espaço privilegiado para a construção

Janeiro: Renovar, 2002. p. 92.

⁸⁶ Para Díez Ripollés, a noção de *prevenção* há de ser entendida como uma “significativa redução tanto da frequência de cometimento, quanto da gravidade dos comportamentos delitivos”; os *parâmetros socialmente aceitáveis* referidos pelo autor seriam determinados, por sua vez, pelo respeito aos “princípios do estado de direito e às garantias individuais dos cidadãos”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 13, 2011. p. 5.

⁸⁷ Em Vázquez e Delaplace lê-se, a propósito do ponto, que a “a atuação estatal deve estar focada no bem-estar público, trata-se de uma ação pública realizada com recursos que também são públicos, porque tanto os objetivos quanto os mecanismos ou procedimentos através dos quais a ação governamental/institucional se concretiza devem fazer com que se obtenha o maior bem-estar possível da forma mais eficiente”. Cf. VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 14, 2011. p. 35.

⁸⁸ GÁLVEZ PUEBLA, Iracema; DE LA GUARDIA ORIO, María Carla. La política criminal y sus campos de actuación: la experiencia cubana. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 41, p. 125-154, 2016. p. 150.

de verdadeiras soluções de compromisso entre os desenvolvimentos teóricos da ciência penal e os achados empíricos descobertos pelas criminologias.

Trata-se, em outras palavras, de um campo de investigação vocacionado tanto à sistematização de achados empíricos relacionados ao fenômeno da violência e ao funcionamento do sistema de justiça criminal, como ao planejamento e implementação de projetos normativos de intervenção baseados no enfrentamento de duas problemáticas específicas: prevenir e reprimir a prática de comportamentos qualificados como criminosos. Um conceito deste calibre possui ao menos três méritos.

Em *primeiro lugar*, evidencia as qualidades diagnósticas, prognósticas e programáticas das reflexões (de tipo “ex ante”) realizadas desde o campo da política criminal, consagrando, deste modo, a noção de *impacto legislativo*⁸⁹ como um instrumento imprescindível de racionalização dos processos de produção e aplicação de normas penais.

Em *segundo lugar*, demonstra a necessidade de se ancorar os debates político-criminais em dados empíricos obtidos com base em análises que consideram o real funcionamento de todas as instâncias que compõem o sistema de justiça criminal. Destaca-se a importância de se encarar a política criminal como um espaço próprio para a construção de verdadeiras *soluções de compromisso* entre as leituras empírico-descritivas propostas pelas criminologias e as reflexões de cunho dogmático-prescritivas preconizadas pela ciência do direito penal,⁹⁰ contrapondo-se, assim, com uma boa (e necessária) dose de realismo, um conjunto de abordagens que, a despeito de qualquer consideração crítica a respeito dos resultados efetivamente produzidos pelo sistema de justiça criminal, elevam certas funções historicamente atribuídas à pena à qualidade de fundamentos últimos (e suficientes) de legitimação da intervenção penal.⁹¹

Em *terceiro lugar*, evidencia a necessidade de aprofundamento das discussões que colocam em cena a importância da avaliação (“ex post”) dos resultados alcançados por meio da implementação dos cursos de ação idealizados pelo legislador, os quais, por sua vez, também estão a merecer maior atenção por parte das disciplinas que integram as ciências criminais. Ressalta-se, desse modo, a necessidade de se pensar em um *modelo dinâmico* (em contraposição a um modelo *estático*) de *ciência criminal*, capaz de refletir, ao longo do tempo, preferencialmente a partir de raciocínios retrodutivos,⁹² acerca do acerto dos diagnósticos e das soluções concebidas por suas disciplinas.

⁸⁹ Para um maior aprofundamento no tema, conferir: VIEIRA, Eduardo S. S. *et al. Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

⁹⁰ Nesse sentido, concorda-se com Gálvez Puebla e De La Guardia Oriol quando, ao identificarem nos estudos em matéria de política criminal uma *postura conceitual integradora*, argumentam que “as análises de política criminal partem de temas que comportam diversas arestas deixadas pelo saber criminológico e pela ciência penal”. Cf. GÁLVEZ PUEBLA, Iracema; DE LA GUARDIA ORIOL, María Carla. La política criminal y sus campos de actuación: la experiencia cubana. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 41, p. 125-154, 2016. p. 127.

⁹¹ De acordo com ZAFFARONI, não se pode desconsiderar que o conceito de política criminal usualmente considerado alude, genericamente, às estratégias de defesa social preventivas ou repressivas estabelecidas “a partir de verdades que não passam de meras afirmações apriorísticas, como aquelas que se encerram nas chamadas ‘teorias da pena’”. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La ingeniería institucional criminal: sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre derecho penal y politología. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 29, jan./mar., 2000. p. 248-249.

⁹² A noção de *raciocínio retrodutivo* refere-se a um tipo de abordagem epistemológica que busca integrar dos conceitos popperianos de “contexto de descoberta” (v.g. concepção de uma hipótese) e “contexto de justificação” (v.g. exame de validade da hipótese concebida) num único modelo explicativo, de feições dinâmica e circular, que convida o intérprete do fenômeno a revisitar e reformular os termos de suas hipóteses testadas e não confirmadas em vez de simplesmente descartá-las. Cf. GLYNOS, Jason; HOWARTH, David. *Logics of critical explanation in social and political theory*. London: Routledge, 2007. p. 33. A noção de *raciocínio retrodutivo* revela-se ancilar dentro da proposta deste artigo na medida em que estimula o desenvolvimento de um novo tipo sensibilidade reformista em relação à legislação penal, a qual é guindada à qualidade de objeto de constante questionamento acerca da sua real capacidade para produzir, em detrimento de outras políticas sociais também baseadas na intervenção estatal sobre a esfera dos direitos individuais, efeitos positivos no tocante ao apaziguamento dos conflitos sociais.

Tem-se aí o ponto de partida para novos estudos sensíveis à possibilidade de se conduzir análises a partir de marcos teóricos mais arejados e capazes de compreender e lidar com o fato de que a política criminal é mais uma — e não a única — política pública aplicável à questão criminal.

Referências

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. O que é a política criminal, por que precisamos dela e como a podemos construir? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 14, p. 435-452, 2004.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.
- BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistêmica. In: FAIRA, Julio Cesar (ed.). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam de Alessandro Baratta*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, 2010.
- BRANCO, Thayara Castelo. A política criminal portuguesa: fundamentos gerais e alterações legislativas. *Cadernos UNDB*, v. 4, dez./jan. 2014.
- CALIL, Mário Lúcio Garcez; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do direito penal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 36-53, 2018.
- CAMUS, Albert. *El mito de Sísifo*. Madri: Alianza Editorial, 1995.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 15, set./dez. 2014.
- COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). COUTINHO, Diogo R. *O direito nas políticas públicas: política pública como campo disciplinar*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz; São Paulo: Ed. Unesp, 2013.
- DELLEY, Jean Daniel. Pensar a lei: introdução a um procedimento metódico. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 7, n. 12, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 13, 2011.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada – 2000-2006*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed.). *La legislación en serio: estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Un modelo dinámico de legislación penal. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. [S. l.]: Tecnos, 2002. p. 291-330.
- FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão? Visões do parlamento sobre a criminalidade*. Brasília: Liber Livro Editora, 2008.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O estatuto teórico da política criminal. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 801-822.
- GÁLVEZ PUEBLA, Iracema; DE LA GUARDIA ORIOL, María Carla. La política criminal y sus campos de actuación: la experiencia cubana. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 41, p. 125-154, 2016.
- GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, 2015.
- GLYNOS, Jason; HOWARTH, David. *Logics of critical explanation in social and political theory*. London: Routledge, 2007.
- GÓMEZ LANZ, Javier. La filosofía del derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. *Revista para el análisis del derecho: InDret*, v. 3, 2018.
- HABER, Carolina Dzimidas. *A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- HOWLETT, Michael *et al.* *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 1993.
- KAISER, Günther. La función de la criminología con respecto a la política legislativa penal. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. Revista Eguzkilore, n. 6, 1992.
- KARPEN, Ulrich. Comparative law: perspectives of legislation. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 17, p. 141-185, 2013.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.
- LACLAU, Ernesto. Introduction. In: LACLAU, Ernesto (ed.). *The making of political identities*. London: Verso, 1994.

- LAPORTA SANMIGUEL, Francisco Javier. Teoría y realidad de la legislación: una introducción general: la proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho. In: SEMINARIO ORGANIZADO POR EL COLEGIO LIBRE DE EMÉRITOS EN LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS, 2004, Madrid. *Anais [...]*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- LARRAURI PIJOAN, Elena. La economía política del castigo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*: RECPC, p. 11-16, 2019.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Reus, 1926. v. 1.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El principialismo político-criminal como fetiche. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 29, 2018.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. Barcelona: Reppertor, 1988.
- MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito do Estado de São Paulo*, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006.
- PIRES, Álvaro Penna *et al.* Análise das justificativas para a produção de normas penais. *Série Pensando o Direito*, São Paulo, n. 32, set. 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 13-27, jul./set. 2001.
- RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 323-345, nov. 2017.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y persona*. Buenos Aires: AD-HOC, 2000.
- 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 UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, 2007.
- VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 14, 2011.
- VIEIRA, Eduardo S. S. *et al.* *Avaliação de impacto legislativo*: cenários e perspectivas para sua aplicação. Brasília: Senado Federal; Coordenação de Edições Técnicas, 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La ingeniería institucional criminal: sobre la necesaria interdisciplinarietà constructiva entre derecho penal y politología. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 29, jan./mar., 2000.
- ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. El club de los nomófilos. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 3, jan./abr. 1998.
- ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. *The art of legislation*: legisprudence library. Switzerland: Springer International Publishing, 2019.
- ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Madrid: EDERSA, Editoriales de Derecho Unidas, 1979.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a stylized, bold, white font against a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, seated stone statue in the foreground. The statue is holding a long, thin object, possibly a scroll or a sword. The building has a distinctive architectural style with a curved facade and large windows. The sky is blue with some clouds. The overall scene is set in a well-maintained area with greenery and a paved walkway.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Política criminal: uma política pública relativa à matéria criminal

Criminal policy: a public policy related to criminal matter

Strauss Vidrich de Souza

Fernanda Carolina de Araujo Ifanger

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Política criminal: uma política pública relativa à matéria criminal*

Criminal policy: a public policy related to criminal matter

Strauss Vidrich de Souza**

Fernanda Carolina de Araujo Ifanger***

Resumo

Há várias consequências advindas de um trato desacertado do problema da criminalidade, entre elas o grande encarceramento e a aparentemente difícil percepção de que os seus números não projetam qualquer solução ao futuro. Deve-se considerar que os problemas identificados no sistema criminal remontam às escolhas feitas pelos atores políticos que nele atuam ou que o desenharam, de modo que a adequada orientação para a tomada de decisões e suas etapas consequentes pretende contribuir para a superação destes mesmos problemas. Os conceitos de política pública e política criminal têm, portanto, pontos de convergência, razão pela qual o presente trabalho os analisa a fim de proceder a uma abordagem daquela última como ramificação da primeira. No primeiro capítulo, estudam-se as políticas públicas; no segundo, a política criminal, seus conceitos e especialmente o seu horizonte e limites de atuação, munidos com um olhar crítico-criminológico. Finalmente, no último capítulo, traz-se um diálogo entre as duas matérias, a fim de estabelecer pontes de execução da política criminal segundo os critérios de governança das políticas públicas. As conclusões apontam que a elaboração de toda política criminal deve seguir critérios próprios de uma política pública de Estado e cujo objetivo deve ser a manutenção e a defesa de direitos fundamentais.

Palavras-chave: política criminal; política pública; direitos fundamentais.

Abstract

There are several consequences arising from a misguided treatment of the crime problem, among them the large incarceration and the apparently difficult perception that its numbers do not project any solution for the future. It should be considered that the problems identified in the criminal system go back to the choices made by the political actors who work in it or who designed it, so that adequate guidance for decision-making and its consequent stages aims to contribute to overcoming these same problems. The concepts of public policy and criminal policy therefore have points of convergence, which is why this work analyzes them in order to approach the latter as a branch of the former. In the first chapter, public policies are studied; in the second, the criminal policy, its concepts and especially its horizon and

* Recebido em 16/01/2023
Aprovado em 24/05/2023

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. E-mail: strauss.vidrich@gmail.com

*** Professora do Programa de Mestrado em Direito da PUC-Campinas. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela PUC-Campinas. E-mail: fernanda.ifanger@puc-campinas.edu.br

limits of action, equipped with a critical-criminological look. Finally, in the last chapter, there is a dialogue between the two subjects, in order to establish bridges for the execution of criminal policy according to the governance criteria of public policies. The conclusions point out that the elaboration of all criminal policy must follow the criteria of a State public policy and whose objective must be the maintenance and defense of fundamental rights.

Keywords: criminal policy; public policy; fundamental rights.

1 Introdução

Vive-se, no Brasil, um período de grande encarceramento, já costurado e agravado ao longo dos anos. A elaboração de leis penais draconianas e a adoção de teses jurídicas que beiram o autoritarismo têm a sua parcela de contribuição nesse fenômeno, mas não andam só, considerando que são reflexo de uma política criminal que elege o cárcere e a supressão de direitos fundamentais como a alternativa fundamental para lidar com o problema da criminalidade.

Com frequência, se diz que determinada alteração legislativa foi uma escolha de política criminal do legislador, ou que uma dada inclinação jurisprudencial reflete a melhor política criminal relativa àquela matéria. A forma como o termo é empregado passa a ideia de que há uma estratégia articulada à sua consecução, contudo, seus critérios, análises e princípios norteadores raramente são expostos, assim como dificilmente são revistos caso se constate que a abordagem elencada não representa uma boa alternativa para lidar com o problema da criminalidade.

O estudo de soluções para atenuar essa problemática deve, necessariamente, passar pela análise, seleção, execução e avaliação das alternativas inseridas no debate público, o que, inevitavelmente, conduz a um estudo acerca da elaboração das políticas criminais e da contemporânea perspectiva que as compreende como própria ramificação das políticas públicas.

Nesse sentido, lançou-se o seguinte problema de pesquisa: é possível compatibilizar o estudo das políticas criminais com o das políticas públicas? Nesse caso, a primeira passaria a ser lida como ramificação da segunda, assim como passaria a ser engendrada segundo os mesmos critérios de governança inerentes às políticas públicas, dotadas de ações por vezes conjuntas para abarcar problemas comuns.

Desse modo, trata-se, no primeiro capítulo deste artigo, de uma visão geral acerca das políticas públicas, com destaque para os seus conceitos gerais, para a distinção entre políticas de governo e políticas de Estado, e, por fim, com uma abordagem acerca da perspectiva cíclica das políticas públicas, com especial destaque para os seus parâmetros de avaliação de resultados.

Considerando que esses mesmos critérios devem ser aproveitados quando se trata da questão criminal, o segundo capítulo trará noções gerais acerca da política criminal, também com suas variadas exposições de conceitos, seu horizonte de abordagem e seus limites, imbuídos em um olhar crítico-criminológico para, por fim, trazer distinções com relação às políticas essencialmente penais e aquelas que se confundem com as demais políticas sociais.

Por fim, o último capítulo trará pontes de diálogo entre ambos os saberes para, na sequência, enumerar relevantes contribuições para a elaboração de políticas criminais estrategicamente orientadas segundo os critérios de governança das políticas públicas, caso em que significa, no limite, não a supressão ou o desrespeito de direitos fundamentais, mas a sua implementação e a sua manutenção.

2 Políticas públicas e seus critérios de governança

O estudo das políticas públicas tem ganhado importância desde o pós-guerra, especialmente diante da necessidade de estabelecimento de uma melhor governança pública, orientada por regras e modelos que regem a sua tomada de decisão, bem como a sua elaboração, implementação e avaliação.

Conforme Celina Souza, há diversos fatores que contribuíram para uma maior visibilidade desse campo, tais como a adoção de uma política de restrição de gastos, que destacou a importância das políticas econômicas e sociais; a mudança de visão do papel dos governos, que levou à mudança das políticas keynesianas do pós-guerra e deu destaque à relação entre receita e despesa; e, ainda, a necessidade de desenhar políticas públicas capazes de impulsionar o progresso econômico e promover a inclusão social, especialmente no que se refere aos países em desenvolvimento¹.

Quando se fala em “política pública”, a designação de seu vocábulo tende a trazer uma multiplicidade de sentidos quando analisada na Língua Portuguesa, de modo que uma abordagem mais acurada, que evite a imprecisão decorrente da polissemia, pode ser atingida com o emprego de suas expressões correlatas na Língua Inglesa: *polity*, *politics* e *policy*.

A diferença entre essas denominações são explicadas por João Pedro Schmidt: a) o conceito de *polity* se refere à organização institucional do sistema político-administrativo, assim como à estrutura e ao funcionamento de seus poderes; b) a *politics* diz respeito ao que é chamado de “jogo político”, o que abarca as dinâmicas de disputa pelo poder no campo político e abrange os conflitos e acordos entre os seus variados atores; e c) por fim, o termo *policy* é utilizado quando se trata do conteúdo resultante da atuação concreta do Estado, cuja finalidade é a gestão das insuficiências e insatisfações públicas, assim como a análise dos resultados alcançados por meio dos processos político-institucionais². Desse modo, quando se fala em política pública, faz-se alusão a essa última acepção do termo (*public policy*).

Com efeito, a política pública não possui uma definição unívoca. Algumas das formas pelas quais é definida são: “política pública é tudo aquilo que os governos decidem ou não fazer” — Thomas Dye; “política pública é a soma das atividades dos governos [...] e que influenciam a vida dos cidadãos” — Brainard Guy Peters; “uma política pública é o resultado da atividade de uma autoridade investida de poder público” — Yves Meny e Jean-Claude Toenig; “um conjunto de decisões inter-relacionadas tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, e que dizem respeito à seleção de objetivos ou dos meios necessários para alcançá-los” — William Jenkins; e “o curso de uma ação ou inação” — Hugh Hecl³.

Além disso, Celina Souza atribui caráter científico à política pública, caso em que afirma que se trata de um

campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)⁴.

Maria Paula Dallari Bucci, por sua vez, indica que a política pública trata da “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”⁵. Além disso, a autora ainda sustenta que a relevância dessa tarefa se encontra, sobretudo, no fato de que as demandas levadas ao Estado precisam ser abordadas com

¹ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, v. 8, n. 16, p. 20–45, 2006. p. 20-21.

² SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119–149, 2018. p. 120-121.

³ SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119–149, 2018. p. 126-127.

⁴ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, v. 8, n. 16, p. 20–45, 2006. p. 26.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89–98, 1997. p. 91.

o adequado planejamento para que possam atuar sobre as estruturas reprodutoras da desigualdade social, especialmente aquela identificada em países emergentes⁶.

Diante de variadas definições acerca do que são as políticas públicas, Josué Mastrodi e Fernanda Ifanger sugerem que, como elas se referem às tomadas de decisões essencialmente governamentais, que têm a sociedade como destinatária, o debate acerca dos aspectos que as constituem adquire pouca relevância prática, considerando que o foco da análise deve estar em saber se elas são adequadas e suficientes para a consecução de seus objetivos — é dizer, o que importa é saber se as políticas públicas funcionam⁷.

As políticas públicas postas em prática podem ser distinguidas em políticas de governo e políticas de Estado, assim definidas por Maria Paula Dallari Bucci:

a política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há política cujo horizonte temporal é mediado em décadas — são as chamadas “políticas de Estado” —, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas “políticas de governo”⁸.

Nada obstante, Bucci sustenta ser um equívoco utilizar o critério de suporte normativo a fim de alocar uma política pública em qualquer dessas classificações, considerando que até mesmo o critério constitucional implicaria o engessamento da mudança política.

A abordagem segundo a qual o exercício de uma política pública se prolonga no tempo levou à apresentação de modelos que buscam classificar especificamente as etapas que podem ser identificadas em seu ciclo de vida.

Muito embora essas etapas possam variar na literatura — caso em que particularmente pode ser dada mais ênfase a alguma delas em relação às demais —, elas podem ser estruturadas na seguinte sequência⁹: a) a identificação de um problema; b) a inclusão do problema na agenda política; c) a identificação de alternativas para a solução do problema; d) a seleção das opções de resposta ao problema; e) a execução dos planos de ação selecionados; e f) a avaliação dos resultados atingidos em relação aos efeitos esperados¹⁰.

A abordagem cíclica de uma política pública chama atenção para a própria definição da agenda política, caso em que cabe indagar as razões pelas quais os problemas sociais incorporados por ela foram priorizados em detrimento de outros. Conforme argumenta Celina Souza, não basta que haja um certo consenso sobre a necessidade de se tomar uma atitude com relação a um problema, pois ele somente será introduzido no

⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23-24.

⁷ MASTRODI, Josué; IFANGER, Fernanda Carolina de Araujo. Sobre o conceito de políticas públicas. *Revista de Direito Brasileira*, v. 24, n. 9, p. 3-16, 2019. p. 6-7.

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 310, p. 19.

⁹ Por outro lado, o modelo cíclico conta com críticas no sentido de que, por meio dele, seria apresentado um panorama artificial das políticas públicas, considerando que a prática diz respeito a procedimentos muito mais complexos e que não podem ser facilmente reduzidos e analisados a partir de etapas subsequentes. Ainda, a crítica sustenta que os estágios das políticas públicas não podem ser adequadamente sustentados no plano empírico, bem como não se pode determinar efetivamente quando ocorre o término de uma etapa e o início de outra, tendo em vista que permanecem entrelaçadas. Deve-se considerar, porém, que esses apontados são reconhecidos como válidos pelos próprios formuladores do modelo cíclico, que, ainda assim, favorecem as vantagens que advêm de sua aplicação, mesmo que ela se dê de maneira artificial, apesar de advertirem que ela deve ser procedida com cautela. PARSONS, Wayne. *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*. Cidade do México: Flacso México, 2007. p. 113-114.

¹⁰ PARSONS, Wayne. *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*. Cidade do México: Flacso México, 2007. p. 111; SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, 2018. p. 131; SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006. p. 29; SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONNE, Frederic. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2008. p. 42.

debate público caso os atores que dele participam — sejam eles visíveis (políticos, grupos de pressão, sistema midiático etc.) ou invisíveis (lobistas, acadêmicos etc.) — o façam¹¹.

Além disso, uma política pública estrategicamente orientada tende a permanecer imune à adoção de alternativas dotadas de pouco ou nenhum impacto para a solução dos problemas introduzido na agenda política. É o que se verifica na etapa em que são selecionadas as possíveis respostas ao problema, que não devem permanecer sujeitas tão somente à mera vontade política, mas também contar com embasamento científico no sentido de que a alternativa escolhida é a melhor entre todas as possíveis.

Finalmente, merece especial destaque a etapa de avaliação presente no modelo cíclico, considerando que se trata do momento em que se deve fazer uma análise dos resultados obtidos com a política pública após a sua incidência sobre o problema inicialmente identificado¹². Conforme descreve João Pedro Schmidt, nesse ponto, os critérios utilizados para a avaliação de uma política pública são a sua: a) efetividade, que diz respeito à prática concreta da política pública segundo o planejamento desenhado; b) eficácia, aspecto que se refere ao efetivo alcance dos objetivos previamente estabelecidos quando da sua implementação; c) eficiência, caso em que se procede a uma análise comparativa entre os custos demandados com a implementação da política pública e os resultados alcançados; e d) legitimidade, critério que se diz respeito à aceitação da política pública pela sociedade¹³.

Nada obstante, não se deve ignorar que a etapa de avaliação da política pública permanece potencialmente sujeita à postura de quem procede à sua análise, é dizer, as inclinações subjetivas segundo as quais se entende que foram adequadamente alcançados os resultados esperados. Ainda assim, mesmo que não seja possível falar em um completo distanciamento de quem executa essa avaliação, é factível que se recorra a metodologias que lhe conservem certa objetividade, como ocorre em relação à análise sobre indicadores sociais e outros aspectos quantitativamente observáveis¹⁴.

Em circunstâncias ideais, uma vez constatado que a política pública não teve qualquer efetividade sobre o problema, criou um novo problema, ou, ainda, agravou o problema anteriormente existente, é imperativo que se revisem as estratégias inicialmente adotadas e que se proceda a uma reformulação radical dos critérios que levaram a sua adoção, tendo por objetivo que sejam obtidos melhores resultados.

3 Horizonte e limites do conceito de política criminal

Assim como a definição de um conceito de política pública constitui uma tarefa de difícil execução, o mesmo ocorre quando se trata da política criminal. A literatura carrega um amplo debate sobre a extensão teórica e prática das políticas criminais. A dificuldade em situá-lo é abordada por Alessandro Baratta:

a política criminal é, em primeiro lugar, um conceito complexo: enquanto a sua finalidade é unívoca, o seu instrumental é indeterminável porque só é definível em termos negativos, através de instrumentos penais, por um lado, e instrumentos não penais, por outro. [...] O instrumental não criminal dos meios utilizáveis para controlar as infrações delitivas e suas consequências resulta teoricamente indeterminado. [...] A riqueza e variabilidade do instrumental dependem do posicionamento teórico adotado¹⁵.

¹¹ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, v. 8, n. 16, p. 20–45, 2006. p. 29-30.

¹² SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONNE, Frederic. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2008. p. 42-44.

¹³ SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119–149, 2018. p. 138.

¹⁴ SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119–149, 2018. p. 138.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2004. p. 152. No original: “política criminal es, en primer lugar, un concepto complejo: mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible sólo en términos negativos, a través de instrumentos penales, de un lado, e instrumentos no penales, del otro. [...] El instrumental

Ainda assim, é importante perpassar as principais definições que circundam o termo, considerando-se que o sentido que lhe será atribuído terá influência sobre a perspectiva que se adota quando posta em prática.

Um conceito especialmente restritivo da política criminal é o apresentado por Franz Von Liszt, que a relaciona tão somente com o criminoso individualmente considerado e lhe atribui papel meramente recomendatório da atuação do direito penal – tais como de que forma e em que ocasião se deve punir. Desse modo, sua abordagem recai sobre as dimensões da criminalização, ao passo que as determinantes sociais que se relacionam com a prática delitiva reservam-se ao campo da política social¹⁶.

Por outro lado, a acepção de Liszt é declinada por Nilo Batista, que afirma que a política criminal se constitui pelos “princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação”¹⁷. Seu argumento nega à política criminal uma função acessória do direito penal e lhe atribui importância institucional, a influenciar na elaboração e no funcionamento dos mecanismos de controle social formal. Conforme exemplifica, a política criminal poderá ser política de segurança pública, quando relativa à instituição policial; política judiciária, quando relativa à instituição judicial; e política penitenciária, quando relativa à instituição prisional¹⁸.

Uma perspectiva semelhante é adotada por Maurício Zanoide de Moraes, para quem a política criminal constitui o:

conjunto de decisões técnicovalorativas sobre os instrumentos, regras, estratégias e objetivos do exercício institucionalizado do poder político estatal pelo uso da coerção penal em face de condutas indesejadas¹⁹.

Assim, a política criminal diz respeito às condutas que o Estado escolhe criminalizar (ou descriminalizar), bem como aos princípios que orientam essas escolhas.

Sem pretender esgotar o debate, Juarez Cirino dos Santos define a política criminal como “o programa do Estado para controlar a criminalidade”²⁰. Além disso, considerando que a legislação penal representa o núcleo de um programa de política criminal, o autor indica que, em uma investigação inversa, as estratégias político-criminais adotadas pelo ordenamento jurídico podem ser evidenciadas por meio das funções atribuídas à pena e à medida de segurança²¹.

Há, ainda, perspectivas político-criminais que vão além e conferem a ela relevância, também, no que diz respeito aos mecanismos de controle social informal. É o que se faz presente na abordagem de Sérgio Salomão Shecaira, que ora a identifica como uma política jurídico-penal, relacionada à atuação dos Poderes Legislativa e Judiciário; ora a aponta como uma política administrativo-estatal, operante quando, por exemplo, a administração pública decide instalar uma secretaria de segurança pública ou, inclusive, instalar postes de iluminação com vistas à diminuição da criminalidade noturna; ou, ainda, como uma espécie de política social, perceptível nos casos em que o poder público atua para combater segregações sociais e, consequentemente, obtém melhorias nos índices criminais²².

no penal de los medios utilizables para controlar las infracciones delictivas y sus consecuencias resulta teóricamente indeterminado. [...] La riqueza y la variabilidad del instrumental dependen de la posición teórica adoptada”.

¹⁶ VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1. p. 112.

¹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 34.

¹⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 34-39.

¹⁹ MORAES, Maurício Zanoide De. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 101, p. 403-430, 2006. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v101i0p403-430. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67712>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 413.

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v. 7, n. 12, p. 53-58, 2002. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022. p. 53.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v. 7, n. 12, p. 53-58, 2002. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022. p. 53-58.

²² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 45-46.

Outro conceito ampliado de política criminal é apresentado por Mireille Delmas-Marty, que a define como “o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”²³. A autora intencionalmente retira da política criminal o foco de atuação repressiva e lhe atribui um funcionamento organizado coletivamente, com participação, inclusive, da sociedade civil — é dizer, não opera exclusivamente pela iniciativa estatal.

Essa abordagem é compartilhada por Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis, para quem a política criminal deve ser compreendida como parte integrantes de uma ampla política social, mas que ainda conserva certa autonomia e especificidade para tratar das instituições basilares do sistema de justiça penal, tais como as polícias, os tribunais e as prisões; determinar quais fatos e sob quais condições eles devem ser absorvidos e tratados pelo sistema criminal; e emitir recomendações acerca da reorganização social no que se refere às situações problemáticas que entrarem em seu radar²⁴.

Nada obstante, em razão de sua proposta com horizonte ampliado, Shecaira reconhece que a política criminal não possui método definido e conta com um instrumental indeterminado, considerando-se que sua abordagem metodológica tende a permanecer atrelada ao campo social sobre o qual incide. No mesmo sentido, Delmas-Marty identifica que sua definição implica reconhecer um objeto de estudo demasiadamente amplo, porém, sustenta que o campo de atuação da política criminal pode ser delineado com base em seus elementos invariantes: as definições do que se entende por infração e desvio²⁵; assim como o tipo de resposta à criminalidade que emana do corpo social, seja ele decorrente da atuação estatal ou da sociedade civil²⁶.

É conveniente notar que a presente exposição traz definições cada vez mais alargadas sobre a política criminal, de modo que não há uma concordância quanto ao que constitui a totalidade de seu sentido. Definí-la simplesmente com base no critério do controle social formal (instituições penais, legislação penal etc.) pode garantir segurança diante de uma abordagem demasiadamente abstrata e potencialmente imprecisa, contudo, lhe nega, também, um olhar útil no trato com problemas sociais cuja solução invariavelmente reflète resultados positivos no âmbito criminal.

Por outro lado, conforme adverte Alessandro Baratta, a sobreposição do conceito de política criminal ao de política social tende a fazer surgir novos problemas e confundir designações inerentes à legítima atuação de qualquer dessas esferas²⁷.

Convém pensar no exemplo de Shecaira quando se refere à melhoria de iluminação na via pública com o fim de diminuir a criminalidade noturna. Cabe questionar se, nesse caso, se está a privilegiar o bem-estar dos moradores de uma dada região, que, então, poderão transitar em um ambiente agora iluminado, ou o foco se encontra na garantia da segurança pública, de modo que a melhoria da qualidade de vida é sua mera consequência. Caso a resposta se encontre na segunda alternativa, a via pública seria iluminada se crimes não fossem praticados nela?

Vale notar que, em relação a esse exemplo, os mesmos estratos sociais desfavorecidos com a parca iluminação pública são também aqueles mais atingidos com as políticas de combate à criminalidade. Diante

²³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004. p. 42.

²⁴ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam Editora, 1993. p. 156-157.

²⁵ Nesse mesmo sentido, Hulsman e Celis afirmam que a eficiente discussão no que se refere à política criminal deve necessariamente partir da problematização dos conceitos de crime e criminosos. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam Editora, 1993.

²⁶ Esse aspecto, porém, deve ser analisado de maneira igualmente crítica para uma adequada orientação da política criminal. Vale mencionar o estudo de Howard Becker, no sentido de que indivíduos tidos como diferentes, que cometem quaisquer transgressões, tendem a ser tratados com tolerância e reconhecimento por seus semelhantes, assim como tendem a ser punidos de maneira severa e serem vistos como “outsiders” em outros casos. O autor alerta para “a possibilidade de que a pessoa que faz o julgamento de desvio e o processo pelo qual se chega ao julgamento e à situação em que ele é feito possam todos estar intimamente envolvidos no fenômeno”. BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 16.

²⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2004.

disso, a crítica de Alessandro Baratta sustenta que os sujeitos marginalizados, a quem são negados os direitos fundamentais, tendem a ser redescobertos pela política criminal não como sujeitos de direito, mas como objetos de designação com vistas à proteção de suas potenciais vítimas²⁸.

A avaliação de Baratta é fundamental e deve, necessariamente, chamar a uma nova reflexão sobre o que deve ser compreendido como política criminal, assim como qual seria a sua dimensão e o seu alcance. A crítica local, por sua vez, é feita por Juarez Cirino dos Santos, para quem

no Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a política criminal do Estado existe, de fato, como simples política penal instituída pelo Código Penal e leis complementares – em última instância, a formulação legal do programa oficial de controle social do crime e da criminalidade: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal²⁹.

É certo, porém, que o alerta levantado pelos autores sobre o problema em se privilegiar a política criminal em detrimento de uma política social não deve implicar o abandono de uma atuação conjunta de ambas. Assim, suas perspectivas chamam a uma superação do conceito essencialmente punitivo inferido ao direito penal (política penal) e projeta a atuação estatal com um conjunto de ferramentas voltadas à gestão do problema criminal em harmonia com a questão social (política criminal).

Com efeito, esse impasse somente é superado com uma abordagem que dê autonomia ao aperfeiçoamento de direitos fundamentais abarcados pela noção ampliada de política criminal, de modo que não sejam abordados com uma perspectiva criminalizante³⁰ e tenham a sua relevância preservada³¹. É dizer, as políticas de transformação social não ficam reduzidas à esfera da política criminal, bem como também não são por ela ignoradas.

Desse modo, a política criminal passa a ser compreendida como detentora de um núcleo rígido, composto pelos saberes inerentes a uma política penal (direito penal material, processual penal e penitenciário), assim como possuidora de um horizonte que alcança temas não exclusivos do direito penal, caso em que perde sua primazia como resposta essencial a um dado problema, mas sem deixar de abrangê-lo e eventualmente apresentar propostas com relação a ele.

4 Uma política pública relativa à matéria criminal

A necessidade de se abordar a política criminal segundo os critérios de governança das políticas públicas já foi destacada pelo Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária em relatório elaborado no ano de 2015, caso em que se afirmou que:

nos tempos atuais, a agenda legislativa aumenta paulatinamente as penas de crimes, seguindo pautas casuísticas, cujas urgências não guardam relação com parâmetros de eficácia ou efetividade exigidos por uma política Pública. O resultado tem sido o crescimento progressivo da população carcerária, sem

²⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2004. p. 158-160.

²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Curitiba: Lúmen Juris, 2007. p. 453.

³⁰ Isso porque, reduzir a política criminal à ideia nuclear de política penal implica em uma compreensão e abordagem exclusivamente punitivas, que têm a pena como única alternativa possível no trato com a criminalidade. Essa perspectiva é abordada profundamente pela teoria da racionalidade penal moderna, conforme apresentada especialmente por Álvaro Pires. PIRES, Álvaro Penna. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos - CEBRAP*, v. 68, p. 39–60, 2004.

³¹ BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 2, n. 3, p. 57–69, 1997. p. 67-68.

qualquer impacto na melhoria dos indicadores de segurança pública. A política criminal e penitenciária precisa ser reconhecida como política pública e se adequar aos mais modernos instrumentos de governança em política pública³².

Apesar de o documento ter contado com constatações relevantes, com um especial alerta para o expansionismo penal presente na produção legislativa e para as consequências de um encarceramento estrutural, essas mesmas afirmações foram removidas pelo Plano que o sucedeu, datado do ano de 2019³³.

Essa mudança de postura ocorrida em um curto intervalo de tempo demonstra que a política criminal brasileira não possui desenho definido, de modo que as orientações nela verificadas permanecem sujeitas às inclinações do governo da ocasião — é dizer, possui traços de uma política de governo, e não de uma política de Estado.

Verdade seja dita, as insatisfações no trato com a criminalidade encontram morada em todos os públicos. Conforme enumera Maurício Zanoide de Moraes, há quem alegue que o sistema penal atua de maneira leniente com a criminalidade e que, por essa razão, não é capaz de contê-la; por outro lado, há quem defenda que o fracasso desse mesmo sistema decorre justamente de sua seletividade e dos excessos punitivos nele identificados³⁴.

O problema da legitimação do direito penal fica evidente sobretudo quando se percebe que o discurso oficial que sustenta a aplicação da pena não coincide com os resultados obtidos por essa mesma aplicação, o que, para Maurício Dieter,

coloca em xeque o discurso que autoriza a aplicação de penas em sociedades democráticas. E esse contraste não pode sequer ser atribuído à má implementação de uma política pública, pois as funções atribuídas à pena no Brasil sempre se caracterizaram como retórica, nunca constituindo um projeto real na política penitenciária implementada pelo Estado³⁵.

Assim, considerando que a política criminal carece de uma orientação estável acerca de como a criminalidade deve ser abordada, as respostas apresentadas pelos atores políticos (administradores, legisladores, juízes) tendem a ser determinadas a partir da perspectiva que cada um deles carrega com relação a esse tema.

Segundo Moraes, algumas das consequências advindas da ausência de uma adequada orientação da política criminal são: a) a manutenção da ideia de que as questões relativas à criminalidade devem ser abordadas tão somente com a intervenção penal; b) a submissão do direito penal à opinião pública, dado que carece de legitimidade própria e a busca nas pulsões públicas, o que repercute na edição excessiva de novas leis penais

³² BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015*. 2015. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpecp/plano_nacional/PNPCP-2015.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022. p. 6.

³³ Apesar de o Plano do ano de 2019 e seguintes considerar importante a execução de uma política criminal com base nos critérios de governança das políticas públicas, ele caracteriza um retrocesso em questões antes consagradas pelo plano anterior, caso em que, inclusive, o desautoriza ao fazer afirmações como “a justiça restaurativa e a mediação penal, não podem servir de desculpa para justificar simplificações ou ‘combate à cultura do encarceramento’” ou “o objetivo da sociedade, para diminuir os custos financeiros da criminalidade, passa a ser a otimização dos recursos finitos, o que se alcança por meio da dissuasão (aumento da probabilidade de detenção e a severidade da punição)”. BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023)*. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpecp/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022. p. 10-12. Diante disso, é possível afirmar que o Plano de 2019 normaliza o cárcere como resposta padrão e possivelmente exclusiva para a criminalidade, naturalizando também o crescimento acentuado na população prisional. Nesse ponto, Poggetto observa que “ao invés de promover ações que questionem minimamente a estrutura sociopolítica do crime e, com isso, promovam ao menos o desencarceramento e a integração da comunidade para a solução dos conflitos que estão inseridos, o plano passa a ser o aumento da capacidade do sistema para controlar e processar as condutas consideradas delitivas”. DAL POGGETTO, João Paulo Ghiralde. *Políticas públicas e sistema penitenciário: análise dos decretos de indulto desde a Constituição Federal de 1988*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2021. p. 51.

³⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 101, p. 403–430, 2006. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v101i0p403-430. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67712>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 404-406.

³⁵ DIETER, Maurício Stegemann. O programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais contribuições de Claus Offe para fundamentação da crítica criminológica à teoria jurídica das penas. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, p. 21-47, 2007. p. 30.

e na produção de atos decisórios de emergência ou imediatistas; e c) o recrudescimento das normais penas, que passam a contar com penas mais longas, assim como passam a tipificar novas condutas³⁶.

Diante disso, é inegável que o enfrentamento da problemática criminal deve ser acompanhado de um planejamento adequado às suas finalidades, com um amplo leque de opções e de aplicabilidade conjunta, com uma execução estável e livre de influências eleitoreiras e de pressões casuísticas. Deve, portanto, ser considerada uma política de Estado³⁷.

Assim, uma vez assentado que a política criminal deve permanecer sujeita à contínua execução e avaliação segundo parâmetros pré-determinados, sua condução inevitavelmente deve ser acompanhada de planejamento estratégico e, em razão disso, ela deve ser concebida como uma política pública relativa à questão criminal. Nesse sentido é a análise de Carolina Costa Ferreira ao afirmar que,

para compreender a atuação dos movimentos político-criminais [...], além de considerar a política criminal mecanismo discursivo, social e político importante para definir os caminhos da criminalização primária e para determinar os limites de aplicação do poder punitivo, é fundamental partir da premissa de que a política criminal é política pública³⁸.

Compreendida nesses critérios de governança, é evidente que a política criminal deve dialogar com outras políticas públicas, considerando que a insuficiência de resultados positivos alcançados por outras políticas relacionadas a ela ou por ela afetadas significará, no limite, uma carência estatal em garantir o bem-estar social. A título de exemplo, caso o Estado adote uma postura centrada especialmente na erradicação da pobreza, toda as políticas por ele implementadas devem estar alinhadas e dialogar entre si de maneira a proporcionar a consecução deste objetivo; desse modo, uma vez verificado que a criminalização e a dificuldade de reinserção social do egresso do sistema penitenciário representam obstáculos para o pleno emprego, é inegável o diálogo, também, com a política criminal, e vice-versa.

A partir das conclusões continuamente alcançadas pela criminologia crítica, sabe-se que a pena, concebida como a principal resposta do sistema de justiça criminal, é, por um leque variado de razões, pouco eficaz para a prevenção da criminalidade ou, ainda, para que se alcance a fabular “reeducação” e/ou reinserção social³⁹. Ainda assim, a solução do problema da criminalidade é constantemente invocada a partir do agravamento da sanção penal, sem que se busque um diálogo com políticas alternativas e/ou suplementares.

Quando se recorre a uma análise da hodierna política criminal segundo os critérios de avaliação das políticas públicas, é possível perceber que, ao passo que o parâmetro relativo à sua legitimidade parece ser suficientemente preenchido — na medida em que a demanda por punição reflete, também, uma demanda popular —, uma análise a partir dos critérios de eficácia e eficiência deixam muito a desejar.

Essa mesma perspectiva é defendida por Rafael Strano, para quem

a política criminal formulada sem base em evidências e implementada sem previsão de análise dos respectivos efeitos em relação ao conflito que se pretende coibir torna-se uma política pública que contraria a essência do termo, pois aprofunda desenfreadamente as desigualdades sociais sem que seja acompanhada de qualquer mecanismo limitador em relação a esta consequência⁴⁰.

³⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 101, p. 403–430, 2006. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v101i0p403-430. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67712>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 421-423.

³⁷ CASTILHO, Carolina Assis. O processo decisório das políticas de segurança pública e o hiperencarceramento. *Revista Interdisciplinar do Pensamento Científico*, v. 5, n. 4, p. 347-360, 2019. p. 358.; MORAES, Maurício Zanoide De. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 101, p. 403–430, 2006. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v101i0p403-430. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67712>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 410.

³⁸ FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 29.

³⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2004. p. 160-161.

⁴⁰ STRANO, Rafael Folador. *Política pública criminal*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. p. 196.

Não é necessária uma busca profunda para que esses dados saltem aos olhos. Em se tratando de eficácia, a evolução da população prisional, analisada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, entre os anos 2000 e 2019, subiu de 232.755 presos para o total de 755.274 presos, o que representa um crescimento total de 224%⁴¹ e caminha em direção oposta à integração social. No que se refere à eficiência, por ocasião de sua publicação, o Relatório do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária de 2015 indicou que o custo relativo à construção de uma vaga a mais no sistema prisional variava de R\$ 20.000,00 a R\$ 70.000,00 (valor não corrigido pela inflação para os dias atuais), montante que não incluía os gastos⁴² que envolveriam as remunerações dos agentes atuantes nos sistemas penitenciário e judicial⁴³.

É perceptível a existência de um descompasso entre o diagnóstico e o prognóstico na elaboração da política criminal. Ainda que abordada de maneira restrita ao seu núcleo duro de atuação (política penal), a partir de uma análise das decisões legislativas que circundam o tema, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que:

É função da ciência política especificar os efeitos das decisões legislativas e judiciais e, portanto, notificar o legislador e o juiz acerca das consequências reais que provoca o que o primeiro propõe e o que o segundo decide [...]. Cabe pensar que nos próximos anos serão mais os cientistas políticos que abordarão a política criminal, porque o certo é que até o presente predomina o velho conceito positivista da mesma porque eles não repararam seriamente nesse aspecto de sua própria disciplina, o qual só tendem a conceber como parte de um discurso com efeito eleitoral e de governabilidade, sem que se tenha produzido tampouco trabalhos importantes sobre engenharia institucional criminal neste campo⁴⁴.

Além disso, como defende Alessandro Baratta, a política criminal estrategicamente orientada deve ter como norte não a punição, mas a preservação de direitos fundamentais. O autor destaca que, ao se falar em política de segurança, os complementos dados ao seu sentido geralmente dizem respeito a “segurança nacional”, “segurança pública” e “segurança cidadã”, caso em que pervertem o seu significado, uma vez que sugerem uma prática securitária em contraste com outros sujeitos contra os quais a sociedade deve ser protegida⁴⁵.

Ao final, essa perspectiva tende a trair, de maneira seletiva, os conceitos de coletivo e individual, de modo a estabelecer a proteção apenas de indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais favorecidos. É por esse motivo que, para Baratta, a segurança em um Estado democrático de direito deve fazer referência a uma segurança de direitos fundamentais, com um abandono de seu viés primariamente criminalizador⁴⁶.

Além disso, cabe pontuar que uma política pública fundamentada na defesa de direitos fundamentais, definidos constitucionalmente e, por consequência, próprios de uma política de Estado, certamente resulta na superação do impasse quanto ao engessamento de políticas públicas e certamente a fixa como uma política de Estado de constante implementação e manutenção, uma vez que direitos fundamentais são inegociáveis.

⁴¹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* 2020. São Paulo: FBSP, 2020. p. 292.

⁴² Nesse ponto, conforme lembra Hulsman, “quando se introduzem novas medidas legislativas, deve-se geralmente indicar os meios que serão utilizados para financiá-las. [...] O único setor em que essa exigência não se aplica é o penal”. HULSMAN, Louk. *Descriminalização. Revista de Direito Penal*, n. 9, 1973. p. 13.

⁴³ BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015*. 2015. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/plano_nacional/PNPCP-2015.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022. p. 6-7.

⁴⁴ No original: “Es función de la ciencia política precisar los efectos de las decisiones legislativas y judiciales y, por ende, notificar al dogmático y al juez acerca de las consecuencias reales que provoca lo que el primero propone y lo que el segundo decide [...] Cabe pensar que en los próximos años serán más los politólogos que se aproximen a la política criminal, porque lo cierto es que hasta el presente predomina el viejo concepto positivista de la misma porque éstos no han reparado seriamente en este aspecto de su propia disciplina, a la que sólo tienden a concebir como parte de un discurso con efecto electoral y de gobernabilidad, sin que se hayan producido tampoco trabajos importantes sobre ingeniería institucional criminal desde este campo”. ZAFFARONI, 2000 *apud* FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 31-32.

⁴⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 155-158.

⁴⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 155-158.

A elaboração de políticas criminais, segundo os critérios de governança das políticas públicas, se trata, portanto, de uma mudança de perspectiva significativa. Essa abordagem, adotada de maneira rigorosa e consciente, representa, no limite, a elaboração de políticas criminais para além da mera retórica política e que tendem a operar de maneira mais eficaz e com resultados também voltados para a promoção do bem-estar social.

5 Considerações finais

Ao final, chama-se atenção, especialmente, aos parâmetros que orientam uma melhor formulação de leis penais e proporcionam uma adequada reflexão acerca dos decisionismos da ceara criminal. Ainda assim, para além disso, destaca-se que a política criminal não se esgota quando se fala em penalização, considerando-se que o problema da criminalidade pode ser abordado em diversas frentes a de maneira estratégica para a consecução de resultados positivos.

Os incontáveis desrespeitos às garantias penais e as diversas inclinações ao autoritarismo, observáveis na prática hodierna, tornam evidente que a política criminal precisa ter como ponto de partida a proteção de direitos fundamentais. Deve-se ter em mente que, apenas após a manutenção do mínimo necessário à existência de um Estado de direito, se pode pretender falar em responsabilização penal.

A abordagem das políticas criminais segundo políticas públicas relativas à matéria criminal — sujeitas, portanto, aos critérios de governança das políticas públicas e executadas em harmonia às demais atividades governamentais — tende a trazer uma nova perspectiva ao seu estudo. A escolha desse modo de procedimento aponta para a possibilidade de reformulação das políticas criminais, amparadas em dados empíricos e com um olhar sobre critérios como a sua eficiência e eficácia, sujeita especialmente às reformulações cujas consequências devem visar à defesa de direitos fundamentais.

Referências

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2004.
- BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 2, n. 3, p. 57–69, 1997.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023)*. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015*. 2015. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/plano_nacional/PNPCP-2015.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

- BÜCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89–98, 1997.
- CASTILHO, Carolina Assis. O processo decisório das políticas de segurança pública e o hiperencarceramento. *Revista Interdisciplinar do Pensamento Científico*, v. 5, n. 4, p. 347-360, 2019.
- DAL POGGETTO, João Paulo Ghiraldelli. *Políticas públicas e sistema penitenciário: análise dos decretos de indulto desde a Constituição Federal de 1988*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2021.
- DELMAS-MARTY, Mirelle. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004.
- DIETER, Maurício Stegemann. O programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais contribuições de Claus Offe para fundamentação da crítica criminológica à teoria jurídica das penas. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, p. 21-47, 2007.
- FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo: FBSP, 2020.
- HULSMAN, Louk. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*, n. 9, 1973.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam Editora, 1993.
- MASTRODI, Josué; IFANGER, Fernanda Carolina de Araujo. Sobre o conceito de políticas públicas. *Revista de Direito Brasileira*, v. 24, n. 9, p. 3–16, 2019.
- MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 101, p. 403–430, 2006. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v101i0p403-430. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67712>. Acesso em: 12 ago. 2021.
- PARSONS, Wayne. *Políticas públicas: una introduccion a la teoria y la practica del analisis de politicas publicas*. Cidade do México: Flacso México, 2007.
- PIRES, Álvaro Penna. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos - CEBRAP*, v. 68, p. 39–60, 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: Lúmen Juris, 2007.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v. 7, n. 12, p. 53–58, 2002. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.
- SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119–149, 2018.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, v. 8, n. 16, p. 20–45, 2006.
- STRANO, Rafael Folador. *Política pública criminal*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.
- SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONNE, Frederic. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2008.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Monitoramento prisional no Brasil: expansão institucional em tempos de ambiguidade na política criminal

Prison monitoring in Brazil: institutional expansion in times of ambiguity in criminal policy

Guilherme Augusto Dornelles de Souza

Lígia Mori Madeira

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Monitoramento prisional no Brasil: expansão institucional em tempos de ambiguidade na política criminal*

Prison monitoring in Brazil: institutional expansion in times of ambiguity in criminal policy

Guilherme Augusto Dornelles de Souza**

Lígia Mori Madeira**

Resumo

Este artigo descreve a trajetória institucional do monitoramento prisional no Brasil, entre 1984 e 2019, com foco em seus atores, instrumentos e na sua implementação. A literatura sobre a política criminal e penitenciária no Brasil identificou diferentes tendências no período pós-redemocratização, ora expandindo os direitos e as garantias de acusados e condenados, ora aumentando a criminalização de condutas e as penas privativas de liberdade. O objetivo deste estudo foi investigar se, nesse período, o monitoramento e a inspeção de estabelecimentos penais sofreram mudanças associadas a tendências mais punitivas tal como ocorreu em outras áreas da política penal e penitenciária. Analisaram-se normas legais e documentos oficiais sobre o monitoramento prisional no Brasil, levantamentos e pesquisas anteriores sobre o tema, bem como resultados de pedidos de acesso à informação ao Poder Executivo federal. Foram constatadas a multiplicação de atores e instituições com competência legal para o monitoramento prisional, a ampliação de seus instrumentos e a expansão de sua atuação para todas as unidades da federação e para quase a totalidade dos estabelecimentos penais. Exceto por modificações produzidas durante o Governo Bolsonaro, a respeito do funcionamento do Comitê Nacional e do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura em 2019, não se identificou redução da capacidade de atuação dos atores ou redefinição dos objetivos do monitoramento prisional. Ao final, foram indicadas algumas possibilidades para aprofundar os estudos sobre o monitoramento e controle das condições de encarceramento no Brasil, área ainda pouco explorada na literatura sobre política penitenciária e estudos prisionais.

Palavras-chave: monitoramento prisional; política criminal; política penitenciária; trajetória institucional; prisão.

Abstract

This article describes the institutional trajectory of prison monitoring in Brazil between 1984 and 2019, focusing on its actors, instruments, and im-

* Recebido em 15/01/2023
Aprovado em 05/04/2023

** Doutorando em Políticas Públicas no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Ciências (PUCRS), pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Desenvolvimento, Direitos, Instituições e Políticas Públicas (UFRGS) e do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (PU-CRS). E-mail: guilherme.dornelles@ufrgs.br.

*** Professora Associada do Departamento de Ciência Política e do PPG em Políticas Públicas da UFRGS, Doutora em Sociologia, coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Desenvolvimento, Direitos, Instituições e Políticas Públicas (UFRGS). E-mail: ligiamorimadeira@gmail.com.

plementation. The literature on criminal and prison policy in Brazil has identified different trends in the post-redemocratization period, sometimes expanding the rights and guarantees of accused and convicted persons, and at other times increasing the criminalization of conduct and custodial sentences. The aim of this study was to investigate whether, during this period, prison monitoring and inspection underwent changes associated with more punitive trends, as has occurred in other areas of criminal and prison policy. Legal norms and official documents on prison monitoring in Brazil, previous surveys and research on the topic, as well as results of requests for access to information from the federal executive were analyzed. The study found a multiplication of actors and institutions with legal competence for prison monitoring, an expansion of their instruments, and an extension of their activities to all states and almost all prison facilities. Except for modifications made during the Bolsonaro Government in 2019 regarding the functioning of the National Committee and the National Mechanism for Prevention and Combating of Torture, no reduction in the capacity of the actors or redefinition of the objectives of prison monitoring was identified. Finally, some possibilities were indicated to deepen studies on monitoring and control of incarceration conditions in Brazil, an area still little explored in the literature on prison policy and studies.

Keywords: prison monitoring; criminal policy; penitentiary policy; institutional trajectory; prison.

1 Introdução

Na literatura sobre as prisões no Brasil, há poucas análises assentadas na perspectiva das políticas públicas, embora, na última década, o número de estudos voltados a políticas prisionais e discursos que as sustentam tenha aumentado¹. Políticas públicas devem estabelecer uma ou mais estratégias orientadas à solução de problemas públicos, apresentando programas concretos, critérios, normas, linhas de ação, planos e previsões orçamentárias². No entanto, na área prisional, improvisos e medidas temporárias, como a transferência da gestão e da vigilância interna de alguns estabelecimentos penitenciários à polícia militar em caráter emergencial, como ocorreu no Rio Grande do Sul, se transformam em políticas permanentes³. Parafraçando Dye, as políticas públicas para as prisões englobam não somente o que se escolhe fazer em relação ao sistema penitenciário, mas também o que se escolhe não fazer⁴.

Não há dúvidas, contudo, de que as prisões no Brasil constituem um problema público. Abordaram-se questões relacionadas ao sistema prisional em planos, projetos e programas de segurança pública de diferentes governos na esfera federal, embora nem sempre acompanhadas de ações efetivas ou estratégias politicamente bem executadas⁵. Instauraram-se Comissões Parlamentares de Inquérito pela Câmara dos Deputados para tratar do tema em 1976, 1993, 2008 e 2015. A superlotação, os danos causados pelo ambiente carcerário e as violências a que estavam sujeitas as pessoas privadas de liberdade já estavam presentes no relatório final da primeira delas⁶.

¹ SALLA, Fernando. A pesquisa sobre prisões: um balanço preliminar. In: KOERNER, Andrei (org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.; LOURENÇO, Luiz; ALVAREZ, Marcos. Estudos sobre prisão: um balanço do estado da arte nas ciências sociais nos últimos vinte anos no Brasil (1997-2017). *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, v. 84, p. 216-236, 2018.

² DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas*. São Paulo: Atlas, 2012. *E-book*. Disponível em: <http://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=4311008>. Acesso em: 15 jan. 2023.

³ SCHABBACH, Letícia Maria; PASSOS, Iara Cunha. A produção da ordem no Presídio Central de Porto Alegre pela Polícia Militar. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, p. e1963, 2020.

⁴ DYE apud SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, n. 16, p. 20-45, 2006.

⁵ LUCAS, Ana Cláudia Vinholes Siqueira. *A política penitenciária encarcerada na contemporânea política de segurança pública brasileira*. 2018. Tese (Doutorado em Política Social e Direitos Humanos) – Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2018. Disponível em: <https://pos.ucpel.edu.br/ppgps/wp-content/uploads/sites/5/2018/07/Tese-Ana-Claudia-Vinholes-Siqueira-Lucas.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁶ RUDNICKI, Dani; SOUZA, Mônica Franco. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros: as CPIs do Sistema Penitenciário de 1976 e 1993. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 186, p. 107-115, 2010. Disponível em: <https://www2.senado>.

A Lei n.º 7.210, de 1984, conhecida como Lei de Execução Penal, representou uma inovação nas políticas penitenciárias brasileiras, reconhecendo presos provisórios e condenados como sujeitos de direitos e judicializando o processo de cumprimento da pena, cujos incidentes passam a ser decididos pelo juiz de execução e não mais pela administração prisional⁷. Além de reconhecer direitos e garantias às pessoas privadas de liberdade e fixar regras para o cumprimento de penas e medidas de segurança, a Lei de Execução Penal impôs a diferentes autoridades públicas a obrigação de inspecionar, periodicamente, os estabelecimentos penais para verificarem suas condições e o cumprimento das normas nela previstas.

As reiteradas constatações das Comissões Parlamentares de Inquérito instauradas após a entrada em vigor da Lei de Execução Penal, as inúmeras rebeliões e massacres em presídios, as diversas representações contra o Estado brasileiro em organismos internacionais em razão de violações de direitos humanos em prisões, indicam que a realidade atual dos cárceres no Brasil não pode ser explicada, apenas, com base em problemas relativos à implementação de políticas penitenciárias. A literatura sobre as tendências de política criminal brasileira, no período pós-redemocratização, identificou movimentos tanto no sentido de garantia de direitos a acusados e condenados e investimento em alternativas à prisão, quanto de aumento do número de condutas criminalizadas e recrudescimento de penas. Essas diferentes tendências, seja de forma sucessiva, seja em uma coexistência ambígua, deixaram suas marcas nas políticas penais e penitenciárias brasileiras, resultando em expansões e retrações em algumas delas nesse período.

Esse artigo busca descrever a trajetória institucional do monitoramento prisional no Brasil nesse contexto político-criminal ambíguo. A inspeção e a fiscalização de estabelecimentos penais têm o objetivo explícito de garantir o cumprimento da Lei de Execução Penal, prevenir e identificar violações de direitos da população encarcerada, e promover a responsabilização da administração prisional. Em momentos de prevalência de tendências mais punitivistas na política criminal, não seria surpreendente que o monitoramento fosse alvo de mudanças que reduzissem sua abrangência ou sua efetividade. Assim, buscou-se identificar se, desde 1984, houve expansão ou redução do número de atores envolvidos no monitoramento, nas competências legais desses atores, nos instrumentos disponíveis, ou, ainda, modificação dos objetivos buscados com o monitoramento prisional.

Para isso, analisaram-se leis e normas infralegais a respeito do monitoramento prisional, editadas entre 1984 e 2019, relatórios de pesquisas sobre a fiscalização da execução penal no Brasil nesse período, informações públicas sobre o sistema prisional e sobre a fiscalização de estabelecimentos penais divulgadas pelo Departamento Penitenciário Nacional, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, bem como publicações científicas sobre o monitoramento prisional no Brasil. Além disso, solicitaram-se informações sobre o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Por meio da análise, buscou-se identificar em que sentido houve mudanças nos atores envolvidos no monitoramento prisional, em suas competências legais, nos instrumentos disponíveis ou nos objetivos do monitoramento prisional.

Estruturou-se este artigo em cinco partes. Após essa breve introdução, apresentaram-se algumas noções sobre o monitoramento prisional para definir o escopo do objeto e a perspectiva adotada em relação a ele. Em seguida, com base na literatura nacional, descreveram-se tendências da política criminal brasileira pós-redemocratização e como se manifestaram em políticas específicas. A seguir, apresentaram-se os resultados da análise sobre a trajetória institucional do monitoramento prisional no Brasil no período de 1984 a 2019. Salvo mudanças ocorridas em 2019 em dois órgãos específicos, descritas nesta seção, constata-se a expansão institucional do monitoramento prisional no Brasil em todos os aspectos analisados ao longo de todo o período. Considerando o caráter essencialmente descritivo deste estudo, não há uma hipótese ou tese que

leg.br/bdsf/handle/id/198676. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁷ BRASIL. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

explique essa expansão ou seu impacto, mas, nas considerações finais, sugerem-se caminhos para o aprofundamento da análise em estudos futuros.

2 Monitoramento prisional: definições e atores

A supervisão externa de estabelecimentos penais e da execução de penas, em sentido amplo, envolve atividades como regulação, auditoria, certificação, investigação, judicialização, denúncia, monitoramento e controle. Como elementos centrais do controle e monitoramento de condições de encarceramento, destacam-se a independência em relação à administração prisional, a atuação periódica, de caráter preventivo, e não apenas em razão de notícias de violações, a confidencialidade e a capacidade para atuar de forma colaborativa com a administração prisional para obter as mudanças necessárias⁸. A criação de mecanismos institucionais para essa finalidade parte da perspectiva de que as violações de direitos das pessoas privadas de liberdade resultam da falta de transparência dos locais de detenção e da ideia de que ninguém se importa com o que ocorre em seu interior⁹.

Indivíduos, organizações não governamentais, órgãos e instituições estatais subnacionais ou nacionais, assim como órgãos e organismos internacionais, podem ser atores no monitoramento prisional¹⁰. Em regra, todos os atores que realizam monitoramento ingressam, periodicamente, em locais de detenção para verificar as condições de encarceramento e violações de direitos das pessoas privadas de liberdade. No entanto, na maior parte dos casos, não possuem capacidade para impor eventuais mudanças necessárias: devem contar com seu poder de convencimento perante a administração penitenciária e demais órgãos responsáveis¹¹. Essa capacidade de exigir que a administração prisional adote providências é um dos traços característicos dos atores que, além de monitorar, também realizam o controle de locais de detenção. Tais funções podem ser atribuídas a um único órgão, caracterizando um modelo concentrado, ou distribuídas entre vários órgãos e atores, em modelos difusos¹².

A maioria dos países ocidentais possui instituições direcionadas ao monitoramento prisional¹³. No Brasil, a prática se iniciou no século XIX. A lei imperial de 1º de outubro de 1828 reorganizou as Câmaras Municipais e estabeleceu como uma de suas atribuições a criação de comissões de visitas às prisões. Em 1841, a reforma do Código do Processo Criminal incluiu a inspeção de prisões provinciais entre as atribuições dos Chefes de Polícia e de seus delegados. Posteriormente, no início dos anos 1850, os regulamentos das casas de correção do Rio de Janeiro e de São Paulo previram a criação de comissões de inspeção para o acompanhamento de suas atividades¹⁴.

⁸ DEITCH, Michele. Annotated bibliography on independent prison oversight. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1383-1429, 2010.; DEITCH, Michele. Distinguishing the various functions of effective prison oversight. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1438-1445, 2010.

⁹ LEMGRUBER, Julita et al. *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?*. Rio de Janeiro: CEsSec, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://cessecseguranca.com.br/livro/ministerio-publico-guardiao-da-democracia-brasileira/>. Acesso em: 15 jan. 2023.; STERN, Vivian. The role of citizens and non-profit advocacy organizations in providing oversight. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1529-1534, 2010.

¹⁰ DEITCH, Michele. Annotated bibliography on independent prison oversight. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1383-1429, 2010.

¹¹ DEITCH, Michele. Distinguishing the various functions of effective prison oversight. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1438-1445, 2010.; SIMON, Jonathan. Penal monitoring in the United States: lessons from the American experience and prospects for change. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, n. 1, p. 161-173, 2018.

¹² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O controle da execução penal como instrumento de proteção dos direitos humanos: uma análise comparada entre Brasil e França. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 27, n. 1, p. 146-165, 2022.; SILVA, Anderson Luiz Brasil. *Os modelos de controle da execução penal no Brasil e na França: uma análise a partir do direito comparado*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017. p. 59.

¹³ MUSHLIN, Michael B.; DEITCH, Michele. Opening up a closed world: what constitutes effective prison oversight?. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1383-1429, 2010.

¹⁴ BRASIL. *Lei n. 261 de 3 de dezembro de 1841*. Reformando o Código do Processo Criminal. 1841. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm. Acesso em: 13 jan. 2023.; SALLA, Fernando. O relatório da Comissão de Inspeção

Contemporaneamente, o monitoramento e inspeção periódicos de estabelecimentos penais por atores externos à administração prisional foi instituído pela Lei n.º 7.210/1984, a Lei de Execução Penal. Atores com abrangência nacional, estadual, e local receberam a competência legal de inspecionar os estabelecimentos penais para prevenir e sanar irregularidades e violações de direitos¹⁵.

No sistema universal de direitos humanos, o monitoramento das condições de encarceramento e de violações de direitos das pessoas privadas de liberdade é realizado pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo Relator Especial das Nações Unidas sobre Tortura, e, em relação aos países signatários do Protocolo Facultativo da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, através do Subcomitê de Prevenção da Tortura¹⁶. No sistema regional interamericano de direitos humanos, esse papel é exercido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁷.

Atores da sociedade civil, como organizações não governamentais domésticas e internacionais, conselhos profissionais, coletivos de direitos humanos, grupos de pesquisa, e as próprias pessoas privadas de liberdade e seus familiares, também atuam no monitoramento de estabelecimentos penais, apresentando denúncias públicas quando identificam irregularidades e provocando a atuação dos demais atores institucionais¹⁸. Articulações estratégicas entre coletivos de direitos humanos e organizações não governamentais locais, colaborando com organizações não governamentais nacionais e internacionais, aumentam as possibilidades de atingir um público mais amplo e qualificado, e inserir, na agenda pública, um tema que, normalmente, não é prioritário, como as condições de encarceramento¹⁹.

Além de seu papel em convencer autoridades e demandar mudanças nas condições de encarceramento, atores e órgãos independentes envolvidos no monitoramento prisional podem contribuir fornecendo informações objetivas e confiáveis sobre as prisões aos órgãos judiciais e, com isso, evitar que pessoas sejam encarceradas em locais que, potencialmente, violarão seus direitos²⁰. Ainda, a mobilização e litigância estratégica de presos, de familiares e de organizações não governamentais, judicializando questões estruturais do sistema prisional e das políticas para as prisões, podem gerar um escalonamento de sanções ao Poder Público, reforçando ou substituindo a atuação de outros órgãos estatais responsáveis pelo controle das condições de encarceramento²¹.

da Casa de Correção da Corte, de 1874, e a política penitenciária brasileira no início do século XX. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 35, p. 251-260, 2001.

¹⁵ BRASIL. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁶ CLIQUENNOIS, Gaëtan; SNACKEN, Sonja. European and United Nations monitoring of penal and prison policies as a source of an inverted panopticon?. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, n. 1, p. 1-18, 2018.

¹⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Relatório de país. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁸ BEHAN, Cormac; KIRKHAM, Richard. Monitoring, inspection and complaints adjudication in prison: the limits of prison accountability frameworks. *The Howard Journal of Crime and Justice*, v. 55, n. 4, p. 432-454, 2016.; CABRAL, Sandro; SANTOS, Maria-Fátima. Accountability mechanisms in public services: activating new dynamics in a prison system. *International Public Management Journal*, v. 21, n. 5, p. 795-821, 2018.; CLIQUENNOIS, Gaëtan; SNACKEN, Sonja. European and United Nations monitoring of penal and prison policies as a source of an inverted panopticon?. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, n. 1, p. 1-18, 2018.; DEITCH, Michele. Distinguishing the various functions of effective prison oversight. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1438-1445, 2010.; TELLES, Vera da Silva *et al.* Fighting mass incarceration, fighting for life: elements for a history of the present in Brazil. *Champ pénal*, n. 21, 2020. Disponível em: <http://journals.openedition.org/champpenal/12143>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁹ CABRAL, Sandro; SANTOS, Maria-Fátima. Accountability mechanisms in public services: activating new dynamics in a prison system. *International Public Management Journal*, v. 21, n. 5, p. 795-821, 2018.

²⁰ ROGAN, Mary. What constitutes evidence of poor prison conditions after Aranyosi and Căldăraru? Examining the role of inspection and monitoring bodies in European Arrest Warrant decision-making. *New Journal of European Criminal Law*, v. 10, n. 3, p. 209-226, 2019.

²¹ TOMCZAK, Philippa. Reconceptualizing multisectoral prison regulation: voluntary organizations and bereaved families as regulators. *Theoretical Criminology*, v. 26, n. 3, p. 494-514, jan. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1362480621989264>. Acesso em: 15 jan. 2023.

No Brasil, a atuação de juízes e promotores de execução penal na fiscalização de estabelecimentos penais não é considerada judicial, mas administrativa²². A atuação judicial a respeito de questões relativas a condições de encarceramento e outras violações coletivas de direitos das pessoas privadas de liberdade ocorre perante as Varas Cíveis ou da Fazenda Pública, em razão de, em regra, terem os estados e o Distrito Federal como réus por serem os responsáveis pela administração prisional. Em alguns estados, contudo, essa divisão de atribuições gera conflitos que, na prática, impedem o uso de ações judiciais para discutir questões estruturais do sistema penitenciário²³. De qualquer modo, até o momento, a mobilização das Cortes nacionais e internacionais não se mostrou efetiva para alterar os problemas estruturais do sistema penitenciário²⁴.

Nos Estados Unidos, a judicialização teria, inclusive, contribuído para o aumento do encarceramento em massa, criando as condições institucionais para aumentar os gastos na construção de prisões em um período de demandas punitivistas²⁵. Na Europa, os resultados alcançados com a judicialização em cortes nacionais se mostraram inconsistentes e limitados, e, exceto em casos em que as violações são deliberadas, juízes e tribunais adotam posturas conservadoras²⁶. Além de ser pouco sustentável no longo prazo, o sucesso da via judicial, como mecanismo para mudança das condições de encarceramento, depende do estabelecimento de meios eficazes de acompanhamento do cumprimento das decisões judiciais²⁷.

O monitoramento prisional pode ser visto como uma espécie de “panóptico invertido”, no qual a vigilância se dirige à administração prisional e ao Estado e pode ser alimentada pelas informações transmitidas pelas próprias pessoas privadas de liberdade²⁸. No entanto, com frequência, pessoas presas não possuem conhecimento da existência e dos meios de acesso aos mecanismos institucionais de controle e monitoramento dos locais de detenção e, quando possuem, muitas vezes não confiam em seu funcionamento²⁹. Apesar disso, quando questionadas, são favoráveis à ideia de mecanismos de monitoramento das prisões, reconhecendo ao menos o potencial que tais arranjos possuem para promover direitos humanos e melhorar suas condições de vida no cárcere³⁰.

²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Plenário. *Procedimento de Controle Administrativo n. 0000239-53.2008.2.00.0000*. Relator: Conselheiro Jorge Antônio Maurique, n. 60ª Sessão Ordinária, 8 abr. 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=44991&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 15 jan. 2023.

²³ FERREIRA, Carolina Cutrupi *et al.* O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In: MACHADO, Maira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). *Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre*. São Paulo: FGV, 2015. *E-book*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/13989>. Acesso em: 15 jan. 2023.

²⁴ CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisa inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 216-228, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6050>. Acesso em: 15 jan. 2023.; MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 7, n. 2, p. 631, 2020.; MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, p. e1916, 2019.; TEIXEIRA, Morgana Tays. *A (in)eficácia das medidas provisórias emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às prisões: casos do Brasil, Argentina e Venezuela*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11690/2277>. Acesso em: 15 jan. 2023.

²⁵ SIMON, Jonathan. Penal monitoring in the United States: lessons from the American experience and prospects for change. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, n. 1, p. 161-173, 2018.

²⁶ CLIQUENNOIS, Gaëtan; SNACKEN, Sonja. European and United Nations monitoring of penal and prison policies as a source of an inverted panopticon?. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, n. 1, p. 1-18, 2018.; FOSTER, Steve. The effective supervision of European prison conditions. In: IPPOLITO, Francesca; IGLESIAS SANCHEZ, Sara (org.). *Protecting vulnerable groups: the European human rights framework*. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 381-400.

²⁷ DEITCH, Michele. The need for independent prison oversight in a post-PLRA world. *Federal Sentencing Reporter*, v. 24, n. 4, p. 236-244, 2012.

²⁸ CLIQUENNOIS, Gaëtan; SNACKEN, Sonja. European and United Nations monitoring of penal and prison policies as a source of an inverted panopticon?. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, n. 1, p. 1-18, 2018.

²⁹ BEHAN, Cormac; KIRKHAM, Richard. Monitoring, inspection and complaints adjudication in prison: the limits of prison accountability frameworks. *The Howard Journal of Crime and Justice*, v. 55, n. 4, p. 432-454, 2016.

³⁰ VAN DER VALK, Sophie; ROGAN, Mary. Experiencing human rights protections in prisons: the case of prison monitoring in Ireland. *European Journal of Criminology*, v. 18, n. 1, p. 101-119, 2021.

Van Zyl Smit organiza a multiplicidade de atores envolvidos no monitoramento prisional em quatro escalas de atuação: local (subnacional), nacional, regional (sistemas regionais de direitos humanos), e internacional, mas considera apenas instituições estatais e organismos internacionais³¹. Tomczak atualiza essa organização e propõe que a ela sejam agregados também setores da sociedade civil que participam do monitoramento. Assim, para a autora, esse conjunto de atores seria responsável por formas de regulação das condições de encarceramento que seriam não apenas multiescalares, mas também multissetoriais³². Na Seção 4.1 deste artigo, utilizaram-se as propostas de ambos os autores para apresentar um mapeamento preliminar de atores e instituições envolvidos no monitoramento prisional do Brasil.

O monitoramento prisional realizado pelos órgãos responsáveis e pela sociedade civil integra a política penitenciária, a qual pode ser definida como o “conjunto de projetos, programas ou serviços formulados e implementados pelo poder público relacionado aos estabelecimentos penais”³³. Assim, para entender o monitoramento prisional no Brasil, é preciso considerar o contexto político-criminal em que ele se desenvolveu.

3 Tendências da política criminal brasileira pós-1984

Durante o processo de redemocratização, a questão carcerária se fez presente na agenda pública, consagrando na Lei de Execução Penal uma concepção de política criminal menos repressiva. Atribuiu-se à prisão um caráter reintegrador, e as pessoas privadas de liberdade foram, pela primeira vez, reconhecidas como sujeitos de direitos previstos na legislação e passíveis de proteção. No entanto, as experiências pontuais que buscaram dar efetividade à nova legislação suscitaram resistências importantes e foram abandonadas pouco tempo depois³⁴.

Na década de 1990, as políticas públicas adotadas pelo governo federal para as prisões, voltadas a questões emergenciais, não foram capazes de reverter problemas já existentes, como a superlotação, as condições precárias de habitabilidade, os casos de tortura, e a deficiência de programas para a reinserção social. Além disso, também não impediram o surgimento de um novo problema — a estruturação de organizações criminosas a partir das prisões³⁵.

A partir do primeiro Governo Lula (2003-2006), uma significativa produção normativa resgatou as promessas de direitos civis e sociais às pessoas privadas de liberdade feitas na Lei de Execução Penal³⁶. Havia disposição para, ao menos, estabelecer as bases para as políticas públicas necessárias para concretizar tais promessas, como exemplificam o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário³⁷, as Diretrizes Nacio-

³¹ VAN ZYL SMIT, Dirk. Regulation of prison conditions. *Crime and Justice*, v. 39, n. 1, p. 503-563, 2010.

³² TOMCZAK, Philippa. Reconceptualizing multisectoral prison regulation: voluntary organizations and bereaved families as regulators. *Theoretical Criminology*, v. 26, n. 3, p. 494-514, jan. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1362480621989264>. Acesso em: 15 jan. 2023.

³³ FERREIRA, Carolina Cutrupi. *Política Penitenciária Nacional (1976-2018): arranjos institucionais e instrumentos de produção estatística*. 2021. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31119>. Acesso em: 15 jan. 2023. p. 25-26.

³⁴ TEIXEIRA, Alessandra. Políticas penais no Brasil contemporâneo: uma história em três tempos. *L'Ordinaire des Amériques*, n. 216, 2014. Disponível em: <http://journals.openedition.org/orla/1068>. Acesso em: 15 jan. 2023.

³⁵ SALLA, Fernando. Os impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil. *Lusotopie*, p. 419-435, 2003.

³⁶ CHIES, Luiz Antonio Bogo. Sociologia na questão penitenciária: capitalização do tempo e jogo prisional. In: TAVARES-DOS-SANTOS, José Vicente et al. (org.). *Violências e mundialização*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2016. p. 231-246.

³⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. *Portaria Interministerial n. 1.777, de 9 de setembro de 2003*. Disponível em: https://saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_1777.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

nais para a oferta de Educação nos estabelecimentos penais³⁸; e a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional³⁹.

No entanto, a tensão entre punitivismo e cidadania se manteve⁴⁰. Apesar da elevação dos índices de desenvolvimento humano e da adoção de uma abordagem mais focada na prevenção do delito, a população carcerária brasileira cresceu de forma ininterrupta durante os Governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2016). No início do primeiro Governo Lula, a taxa de encarceramento era de pouco mais de 174 pessoas presas para cada cem mil habitantes. Ao final do primeiro Governo Dilma, em 2014, a taxa já era de 299,7 pessoas presas para cada cem mil habitantes. A expansão do encarceramento no período ocorreu, principalmente, a partir do aumento das taxas de prisão provisória e da maior criminalização do mercado da droga. O aumento da população privada de liberdade, contudo, não foi acompanhado pela melhora das condições carcerárias ou pela efetivação dos direitos reconhecidos a esses sujeitos. Ampliam-se as doenças e a violência no sistema prisional, bem como as facções criminosas⁴¹.

Ao longo dos anos, as políticas desenvolvidas no plano federal para o controle do crime adotaram ora um viés mais repressivo, ora mais preventivo, e, com frequência, uma combinação de ambos. No período recente, iniciativas do Governo Bolsonaro marcaram o retorno ao endurecimento penal mesmo diante de todo o conhecimento acumulado sobre a ineficácia do encarceramento para a redução da criminalidade⁴².

Existem posicionamentos na literatura que entendem que a política criminal brasileira, após a redemocratização, teria sido marcada, apenas, pela emergência de um “estado punitivo”⁴³ e pelo recrudescimento penal. No entanto, análises a partir da produção legislativa federal identificaram um cenário mais complexo entre 1984 e 2019⁴⁴.

³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. *Resolução n. 2, de 19 de maio de 2010*. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais. 20 maio 2010. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14906&Itemid=866. Acesso em: 15 jan. 2023.

³⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria Interministerial n. 210, de 16 de janeiro de 2014*. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. 17 jan. 2014. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/cursos-concursos/PORTARIAINTERMINISTERIALN210.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁴⁰ MADEIRA, Lígia Mori; RODRIGUES, Alexandre Ben. Novas bases para as políticas públicas de segurança no Brasil a partir das práticas do governo federal no período 2003-2011. *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 1, p. 3-22, 2015.

⁴¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: SOZZO, Máximo (org.). *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017. p. 27-97. *E-book*. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/08/Pos-neoliberalismo-WEB.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁴² TRINDADE, Kálita; MADEIRA, Lígia Mori. Da segurança nacional à segurança cidadã e o retorno ao endurecimento penal: uma análise dos planos nacionais de segurança pública no Brasil recente. In: LIMA, Luciana Leite; PAPI, Luciana Pazini (org.). *Planejamento e políticas públicas: intencionalidades, processos e resultados*. Porto Alegre: Jacarta, 2020. p. 323. *E-book*. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/212555/001115872.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁴³ PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 13, n. 1, p. 27, 2013.

⁴⁴ A caracterização das tendências de política criminal realizada nos parágrafos seguintes sintetiza achados das pesquisas de AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 39-48, 2004.; CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 15, p. 315-347, 2014.; CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, n. 73, p. e002, 2020.; FERREIRA, Carolina Cutrupi. *Política Penitenciária Nacional (1976-2018): arranjos institucionais e instrumentos de produção estatística*. 2021. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31119>. Acesso em: 15 jan. 2023.; PINTO, Nalayne Mendonça. *Penas e alternativas: um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)*. 2006. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://necvu.com.br/wp-content/uploads/2020/12/TESE_Nalayne_Mendonca_PDF.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.; TEIXEIRA, Alessandra. Políticas penais no Brasil contemporâneo: uma história em três tempos. *L'Ordinaire des Amériques*, n. 216, 2014. Disponível em: <http://journals.openedition.org/orla/1068>. Acesso em: 15 jan. 2023.

Houve, de fato, a produção de leis mais punitivas, caracterizadas pelo incremento das penas para crimes já existentes, restrições às garantias processuais dos acusados e ampliação dos poderes das agências de controle. Sob o discurso de “combate” à criminalidade, reforçou-se a perspectiva da pena como castigo e a necessidade de supressão de direitos e garantias individuais, bem como de punições cada vez mais severas. Constituiu-se, também, um processo penal de emergência, destinado às condutas identificadas como carecedoras do maior rigor possível dentro das possibilidades de resposta estatal, representadas na figura dos “crimes hediondos” e das “organizações criminosas”. Alguns exemplos emblemáticos desses movimentos são as Leis dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90, Lei n.º 8.930/94, Lei n.º 9.677/98 e Lei n.º 9.695/98), a Lei Contra o Crime Organizado (Lei n.º 9.034/95) e a Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei n.º 10.792/03).

Além da produção de leis mais punitivas, houve também a expansão do universo de ação do Direito Penal, regulando espaços da vida que, tradicionalmente, não eram por ele atingidos, constituindo uma legislação caracterizada pela criminalização de novas condutas. No caso brasileiro, alguns exemplos dessa expansão podem ser encontrados na tipificação de condutas relacionadas a questões econômicas e financeiras, relações de consumo, meio ambiente, discriminação racial e assédio sexual. Implícita nessa tendência está a compreensão de que a criminalização seria a resposta adequada a quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais, tomando o Direito Penal como o instrumento estatal preferencial para gestão de condutas no espaço público.

No entanto, houve também tendências de despenalização e ampliação das hipóteses de aplicação de alternativas penais à prisão, bem como de reconhecimento e garantia de direitos à população privada de liberdade. No mesmo sentido, foram criados procedimentos que buscaram ampliar e efetivar as garantias dos acusados e alternativas ao processo penal, caracterizando uma tendência à informalização ou simplificação do processo penal. A Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), as leis dos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95 e Lei n.º 10.259/01), a inclusão das penas restritivas de direitos (Lei n.º 7.209/84) e a ampliação das suas hipóteses de aplicação (Lei n.º 9.714/98) são exemplos dessas tendências.

Além desses movimentos, produziram-se leis direcionadas aos arranjos institucionais das organizações de repressão penal e de segurança pública. Tais leis buscaram arranjos mais reativos, tornando mais visível a presença dessas organizações nos espaços públicos e ampliando seus domínios de atuação, e também arranjos alternativos, focados na intervenção em fatores situacionais e sociais propiciadores do crime e nas formas de organização dessas instituições. Algumas leis, ainda, ampliaram direitos a, apenas, um grupo da população, instaurando privilégios, e outras combinaram maior penalização e políticas penais alternativas em uma mesma lei.

Essas diferentes tendências podem ser vistas se manifestando de maneira pendular, havendo períodos marcados por políticas criminais e de segurança pública voltadas à garantia de direitos, despenalização e alternativas ao encarceramento, e períodos em que prevalecem políticas de viés punitivista e de expansão do Direito Penal⁴⁵. A Lei de Execução Penal teria sido sancionada quase ao final de uma década de políticas que buscaram reduzir o uso do encarceramento, reconhecendo as pessoas privadas de liberdade como sujeitos de direitos. Na segunda metade dos anos 1980, teve início um período de políticas repressivas, que aumentaram as penas e agravaram as suas condições de cumprimento, do qual a Lei dos Crimes Hediondos, editada em 1990, é o marco simbólico, caracterizando uma política criminal de exceção. Essa mudança de orientação nas políticas criminais é apontada, por parte da literatura, como evidência da ocorrência no Brasil do “giro punitivo” já experimentado em outros países com a ascensão de políticas neoliberais nos anos 1970⁴⁶.

⁴⁵ TRINDADE, Kálita; MADEIRA, Lígia Mori. Da segurança nacional à segurança cidadã e o retorno ao endurecimento penal: uma análise dos planos nacionais de segurança pública no Brasil recente. In: LIMA, Luciana Leite; PAPI, Luciana Pazini (org.). *Planejamento e políticas públicas: intencionalidades, processos e resultados*. Porto Alegre: Jacarta, 2020. p. 323. *E-book*. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/212555/001115872.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁴⁶ CAMARGOS, Pedro. Neoliberalismo e política criminal no Brasil após 1988: entre a redemocratização e a desdemocratização.

No entanto, há um acúmulo de estudos que indicam que tais tendências teriam coexistido no período pós-redemocratização⁴⁷. Haveria a coexistência de normas produzidas num viés igualitário e ampliador de direitos a todos e a tendência de produção de normas de caráter punitivo e hierarquizante, em que a criminalização ocorre com base em estereótipos sociais relacionados à pobreza. Assim, lógicas diferentes, sem serem opostas, entrelaçam-se nas demandas e respostas dos parlamentares, dos movimentos sociais e da sociedade civil às questões referentes à criminalidade e à segurança pública⁴⁸.

A ideia de que a relação entre essas tendências é mais complexa do que a mera oposição ou competição é corroborada por análises que se dedicaram a alguns aspectos específicos da política criminal no período. Na análise que realizou da legislação penal produzida de 1988 até 2011, Santos chama a atenção para a espécie de controle penal relacionada ao aumento das condutas criminalizadas: dos 869 tipos penais criados entre 1989 e 2011, a transação penal instituída pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01 é possível para 322 tipos, a substituição por penas restritivas de direitos do art. 44 do Código Penal para 760 tipos, a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, para 455 tipos, o *sursis* para 682 tipos e a substituição por multa, prevista no art. 60, § 2º do Código Penal, para 216 tipos⁴⁹. A pesquisa mencionada indica que a tendência de expansão do Direito Penal se desenvolveu atrelada às possibilidades abertas pela política penal alternativa que introduziu e ampliou as possibilidades de utilização de penas diversas da prisão.

A coexistência de tais tendências, contudo, não implica que todas tenham a mesma força. Campos e Azevedo, analisando o período de 1989 a 2016, encontraram uma quantidade similar de leis que teriam ampliado direitos de acusados e presos (34) e de leis que teriam aumentado a punição ou reduzido direitos (36), mas, além delas, um quinto da produção legislativa penal teria sido dedicado à criminalização de novas condutas⁵⁰. Da mesma forma, Ferreira, analisando o conteúdo da legislação penal produzida entre 1976 e 2018, identificou, ao longo de todo o período, a prevalência de aumento da penalização, correspondendo ao dobro das iniciativas de redução das penas e aumento de direitos⁵¹.

Ao observar alguns aspectos da política penitenciária brasileira que, assim como o monitoramento prisional, foram instituídos na década de 1980, como o regime progressivo de cumprimento das penas pri-

Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 26, n. 85, p. 1-18, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/83175>. Acesso em: 15 jan. 2023.; TEIXEIRA, Alessandra. Políticas penais no Brasil contemporâneo: uma história em três tempos. *L'Ordinaire des Amériques*, n. 216, 2014. Disponível em: <http://journals.openedition.org/orca/1068>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁴⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 39-48, 2004.; CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 15, p. 315-347, 2014.; CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, n. 73, p. e002, 2020.; FERREIRA, Carolina Cutrupi. *Política Penitenciária Nacional (1976-2018): arranjos institucionais e instrumentos de produção estatística*. 2021. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31119>. Acesso em: 15 jan. 2023.; PINTO, Nalayne Mendonça. *Penas e alternativas: um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)*. 2006. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://necvu.com.br/wp-content/uploads/2020/12/TESE_Nalayne_Mendonca_PDF.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.; SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. *“Punir menos, punir melhor”*: discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/353104078_Punir_menos_punir_melhor_discursos_sobre_crime_e_punicao_na_producao_de_alternativas_a_prisao_no_Brasil. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁴⁸ CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 15, p. 315-347, 2014.; CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, n. 73, p. e002, 2020.

⁴⁹ SANTOS, André Leonado Copetti. É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil?. *Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas*, v. 11, n. 6, p. 255-286, 2011.

⁵⁰ CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, n. 73, p. e002, 2020.

⁵¹ FERREIRA, Carolina Cutrupi. *Política Penitenciária Nacional (1976-2018): arranjos institucionais e instrumentos de produção estatística*. 2021. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31119>. Acesso em: 15 jan. 2023.

vativas de liberdade, percebe-se, claramente, o movimento pendular identificado na política criminal mais ampla. O regime progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade foi estabelecido em 1984 no Código Penal e na Lei de Execução Penal em três modalidades, fechado, semiaberto e aberto, para todos os tipos de crimes, sendo o regime inicial de cumprimento definido pelo juiz na sentença condenatória a partir de critérios legais⁵². Seis anos depois, contudo, a Lei n.º 8.072/1990 determinou que as penas impostas aos crimes nela definidos como hediondos e equiparados, entre eles o tráfico de drogas, deveriam ser cumpridas, integralmente, em regime fechado, sem possibilidade de progressão⁵³. Essa alteração é apontada como uma das responsáveis pela posterior expansão da população carcerária no Brasil⁵⁴.

Em 2006, a vedação à progressão de regime foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁵, motivando posterior alteração legislativa pela Lei n.º 11.464/2007 para prever que o regime de cumprimento da pena para tais crimes seria inicialmente o fechado, mas mantendo a possibilidade de progressão⁵⁶. Em 2019, contudo, a Lei n.º 13.964/2019 endureceu a progressão de regime para crimes praticados com violência ou grave ameaça, crimes hediondos ou equiparados e para apenados reincidentes, passando a exigir parcelas maiores de pena cumprida para progressão de um regime a outro⁵⁷.

A produção de alternativas à prisão no Brasil, por outro lado, exhibe a convivência de diferentes tendências em um mesmo aspecto da política penal e penitenciária. As leis que instituíram e expandiram a aplicação de alternativas à prisão são usualmente identificadas nas análises sobre a política criminal brasileira como indicativas de uma tendência de política criminal alternativa, de redução da penalização e do uso do encarceramento e de ampliação de direitos de acusados e presos⁵⁸. No entanto, atores envolvidos na sua elaboração trouxeram, reiteradamente, o discurso de combate à impunidade para justificá-las. As penas restritivas de direitos, criadas em 1984, seriam uma resposta à impunidade associada à suspensão condicional da pena, ampliada em 1976. Os juizados especiais criminais e as medidas alternativas criadas com eles em 1995, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, por sua vez, deveriam evitar a impunidade de condutas que, por seu pequeno potencial ofensivo, não estariam sendo alvo de resposta pelas agências penais⁵⁹.

⁵² BRASIL. *Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁵³ BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁵⁴ INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal*: relatório final de pesquisa. [S. l.]: ILANUD, 2005. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/3bPEXsS>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus n. 82.959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 fev. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁵⁶ BRASIL. *Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. 28 mar. 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁵⁷ BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁵⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 39-48, 2004; CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 15, p. 315-347, 2014; CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, n. 73, p. e002, 2020; FERREIRA, Carolina Cutrupi. *Política Penitenciária Nacional (1976-2018): arranjos institucionais e instrumentos de produção estatística*. 2021. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31119>. Acesso em: 15 jan. 2023; PINTO, Nalayne Mendonça. *Penas e alternativas: um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)*. 2006. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://necvu.com.br/wp-content/uploads/2020/12/TESE_Nalayne_Mendonca_PDF.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023; TEIXEIRA, Alessandra. Políticas penais no Brasil contemporâneo: uma história em três tempos. *L'Ordinaire des Amériques*, n. 216, 2014. Disponível em: <http://journals.openedition.org/orda/1068>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁵⁹ SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. *“Punir menos, punir melhor”*: discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do

Isso não significa, contudo, que as alternativas penais no Brasil não tenham sofrido mudanças e retrocessos em razão das tendências punitivistas no período. Em 1998, algumas modalidades de alternativas à prisão, que já haviam sido instituídas para crimes ambientais, tiveram sua expansão vetada aos demais crimes pela Presidência da República sob o argumento de não terem o caráter punitivo necessário às sanções criminais. Em 1999, as medidas alternativas previstas na lei dos Juizados Especiais Criminais tiveram sua aplicação excluída para crimes militares, e, em 2006, para os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher⁶⁰.

Tal qual identificado por Larrauri no contexto europeu⁶¹, houve mudanças também no discurso justificador dessas modalidades de penas em razão da influência das tendências punitivas. Na década de 1980, as penas restritivas de direitos eram consideradas como indicadas para os casos em que a ressocialização não era necessária, pois referiam-se a apenados ditos sem periculosidade. Ao final dos anos 1990, e na primeira década dos anos 2000, as penas alternativas foram consideradas como aquelas capazes de ressocializar os apenados sem periculosidade, assumindo a prisão o papel de isolar os indivíduos ditos perigosos⁶².

A literatura sobre a política criminal brasileira, no período pós-redemocratização, indica a existência tanto de tendências punitivas, de expansão das condutas criminalizadas e de medidas reativas no campo da segurança, quanto de tendências de redução da punição, de aumento e garantia de direitos de pessoas privadas de liberdade e de políticas preventivas. Ainda que os autores discordem quanto à caracterização dessas diferentes tendências, ao impacto de cada uma e à relação que estabelecem entre si, há relativo consenso quanto à existência dessa tendência mais punitiva que teria se manifestado em retrocessos posteriores em relação às políticas penais e penitenciárias estabelecidas no Código Penal e na Lei de Execução Penal em 1984.

Na literatura internacional sobre o monitoramento prisional, há posições no sentido de que o controle e monitoramento de condições de encarceramento estabelecido de forma regular teria o potencial de evitar giros punitivos extremos, bem como de proteger direitos humanos em prisões mesmo em um contexto de pressões populistas crescentes⁶³. A ausência de um arranjo regular de monitoramento prisional é apontada como um elemento facilitador para o punitivismo exacerbado nos Estados Unidos, por exemplo⁶⁴. Assim, formuladores de políticas e tomadores de decisão identificados com tendências político-criminais alinhadas ao punitivismo poderiam ver nas instituições responsáveis pelo monitoramento prisional um obstáculo à expansão de suas preferências.

Considerando que outros elementos da política penal e penitenciária instituídos em 1984 sofreram mudanças nas décadas seguintes, associadas à tendência de recrudescimento da punição identificada na literatura, o monitoramento prisional poderia apresentar traços de mudanças semelhantes. Ainda que as transformações, a partir da sua instituição, não se dessem, apenas, na forma de retrocessos, poder-se-ia esperar que exibisse ao menos o movimento pendular, de expansão e retração, identificado pela literatura na política criminal em geral e em algumas políticas específicas. A seguir, apresentam-se os resultados da análise, proposta neste artigo, sobre a trajetória institucional do monitoramento prisional no Brasil entre 1984 e 2019.

Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/353104078_Punir_menos_punir_melhor_discursos_sobre_crime_e_punicao_na_producao_de_alternativas_a_prisao_no_Brasil. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁶⁰ SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. “*Punir menos, punir melhor*”: discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/353104078_Punir_menos_punir_melhor_discursos_sobre_crime_e_punicao_na_producao_de_alternativas_a_prisao_no_Brasil. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁶¹ LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias en las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 66-87, mar./abr. 2005.

⁶² SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. “*Punir menos, punir melhor*”: discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/353104078_Punir_menos_punir_melhor_discursos_sobre_crime_e_punicao_na_producao_de_alternativas_a_prisao_no_Brasil. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁶³ CLIQUENNOIS, Gaëtan; SNACKEN, Sonja. European and United Nations monitoring of penal and prison policies as a source of an inverted panopticon?. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, n. 1, p. 1-18, 2018.

⁶⁴ SIMON, Jonathan. Penal monitoring in the United States: lessons from the American experience and prospects for change. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, n. 1, p. 161-173, 2018.

4 Trajetória institucional do monitoramento prisional no Brasil

A partir de Van Zyl Smit e Tomczak, é possível identificar o monitoramento prisional ocorrendo de maneira multiescalar e multissetorial⁶⁵. Adaptando as construções desses autores para a realidade brasileira, a partir da literatura e dos documentos relacionados ao monitoramento prisional no Brasil, construiu-se o Quadro 1 com alguns exemplos de atores que realizam o monitoramento das condições de encarceramento no Brasil.

Quadro 1 – Monitoramento prisional multiescalar e multissetorial no Brasil

Escala	Atores administrativos	Atores da sociedade civil	Atores judiciais
Local	Conselhos da Comunidade, Juízes de Execução Penal, membros do Ministério Público (Execução Penal)	Pessoas privadas de liberdade, egressos e familiares de pessoas privadas de liberdade, Organizações Não-Governamentais de alcance local	Membros do Ministério Público (Tutela Coletiva), Juízes Cíveis ou da Fazenda Pública, Defensores Públicos
Estadual	Conselhos Penitenciários estaduais, Juiz-Corregedor de Presídios, Ouvidorias do Sistema Prisional, Mecanismos Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura, Grupos de Monitoramento e Fiscalização (GMFs) junto aos Tribunais, Procuradorias Regionais de Direitos do Cidadão	Organizações Não Governamentais estaduais (Frentes Estaduais pelo Desencarceramento, Associações Profissionais e Sindicatos de base estadual etc.)	Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais
Nacional	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ouvidoria Nacional dos Serviços Penais, Departamento Penitenciário Nacional, Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 7ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF	Organizações Não Governamentais nacionais (Conectas, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Associação Nacional de Defensoras e Defensores Públicos, Pastoral Carcerária etc.)	Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal
Regional	Comissão Interamericana de Direitos Humanos	Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)	Corte Interamericana de Direitos Humanos
Internacional	Subcomitê de Prevenção à Tortura, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, das Nações Unidas	Organizações não Governamentais Internacionais (Anistia Internacional, Human Rights Watch etc.)	

Fonte: Elaboração própria, com base nas propostas de Van Zyl Smit e Tomczak.

Os exemplos incluídos no quadro 1 são de atores e instituições que reiteradamente monitoram estabelecimentos penais no Brasil. Além deles, há outros que o fazem de maneira pontual ou excepcional, como as comissões de direitos humanos do Poder Legislativo dos entes da federação. Nesse sentido, citam-se os Tribunais de Contas, dos municípios, dos estados e da União, que realizaram, em 2017, uma auditoria operacional coordenada da gestão da política penitenciária no Brasil⁶⁶.

⁶⁵ TOMCZAK, Philippa. Reconceptualizing multisectoral prison regulation: voluntary organizations and bereaved families as regulators. *Theoretical Criminology*, v. 26, n. 3, p. 494-514, jan. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1362480621989264>. Acesso em: 15 jan. 2023.; VAN ZYL SMIT, Dirk. Regulation of prison conditions. *Crime and Justice*, v. 39, n. 1, p. 503-563, 2010.

⁶⁶ Para uma análise sobre essa auditoria operacional coordenada do sistema prisional, ver: FERREIRA, Carolina Cutrupi. Courts of Accounts go to prison: administration of public resources in securing prisoners' rights. *Estudios de Derecho*, v. 78, n. 171, p. 200-222, 2020. Disponível em: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/343476>. Acesso em: 15 jan. 2023.; VITTO, Renato Campos Pinto de. Potencial e limites das auditorias operacionais no TCU: o caso da política penitenciária. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 16, n. 16, p. 297-309, 2019.

Na análise proposta neste artigo, enfocaram-se os atores e instituições que possuem, formalmente, autoridade específica para monitorar as condições de encarceramento e/ou sancionar a administração prisional, ou seja, aqueles que realizam a “*accountability* intraestatal”⁶⁷ na área penitenciária, identificados no Quadro 1 como “Atores administrativos”. Tal escolha se deve ao fato de que se buscaram identificar mudanças nos atores envolvidos no monitoramento, nas suas competências legais, nos instrumentos disponíveis para atuação, ou, ainda, nos objetivos buscados pelo monitoramento prisional. O caráter público e formal desses atores administrativos e de suas competências legais, bem como de seus objetivos e instrumentos, exige, em regra, que eventuais mudanças apresentem algum tipo de formalização, deixando rastros em documentos públicos que podem ser utilizados como evidências dessas mudanças.

Além disso, alguns desses atores não somente realizam o monitoramento prisional como são responsáveis pela formulação e/ou pela execução de políticas penitenciárias, como o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o Departamento Penitenciário Nacional. Assim, eventuais mudanças nas tendências de política criminal teriam maior probabilidade de serem identificadas em sua atuação, seja por promovê-las, seja por resistirem a elas.

4.1 Atores e instituições

No Brasil, por meio da Lei n.º 7.210, de 1984, a Lei de Execução Penal, instituiu-se o monitoramento prisional periódico atribuindo atividades de controle e monitoramento de locais de detenção a quase todos os órgãos de execução penal, excetuando-se apenas os patronatos. Adotou-se um modelo difuso multiescalar⁶⁸.

Nesse desenho inicial, no nível local, estavam os juízes e membros do Ministério Público que atuam na execução penal, e os conselhos da comunidade. Cada um deles têm, em regra, sua atuação limitada aos estabelecimentos penais localizados na circunscrição territorial a que estão vinculados. Essa circunscrição corresponde ao território em que um juiz de primeiro grau pode exercer sua jurisdição, abrangendo um ou mais municípios, e sua extensão depende de fatores relacionados à população, à movimentação processual, à extensão territorial dos municípios, entre outros⁶⁹. Embora a lei não tenha estabelecido nenhuma relação de subordinação entre esses atores, ela atribuiu aos juízes com atuação na execução penal a responsabilidade pela composição e instalação dos conselhos da comunidade.

Tais conselhos foram previstos como espaços de participação da sociedade civil na execução penal⁷⁰. Na previsão original da Lei de Execução Penal, deveriam ser compostos, no mínimo, por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. No entanto, caso não existissem tais representantes, ficaria a critério do juiz da execução a escolha dos integrantes do conselho da circunscrição.

No nível estadual, o monitoramento prisional estabelecido pela Lei de Execução Penal ficou sob responsabilidade do Conselho Penitenciário de cada estado. Os integrantes dos conselhos penitenciários são nomeados pelo chefe do Poder Executivo de cada estado e do Distrito Federal dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade, para um mandato de quatro anos. Em razão do caráter federativo do Estado

⁶⁷ MAINWARING, Scott. Introduction: democratic accountability in Latin America. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher (org.). *Democratic accountability in Latin America*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2003. p. 3-33. p. 8.

⁶⁸ BRASIL. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ serviço: saiba a diferença entre comarca, vara, entrância e instância*. 21 maio 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-comarca-vara-entrancia-e-instancia/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁷⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.657, de 1983. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, v. 80, 1 jul. 1983. Supl. B.

brasileiro, os estados podem definir outras regras complementares à Lei de Execução Penal em relação aos conselhos penitenciários, com reflexos, inclusive, em sua composição. No estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, até 1994, o Ministério Público estadual e o Ministério Público Federal tinham assento obrigatório no conselho penitenciário, indicando seus respectivos membros independentemente do governador⁷¹.

Por fim, a função de inspeção e fiscalização de estabelecimentos penais, em todo o território nacional, foi atribuída naquele momento ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), ambos integrantes da estrutura do Poder Executivo federal e subordinados ao Ministério da Justiça. O DEPEN é o órgão executivo da política penitenciária nacional e presta apoio administrativo e financeiro para o funcionamento do CNPCP. O Conselho Nacional, por sua vez, possui, entre suas funções, a de propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança. Seus treze integrantes são nomeados pelo Ministro da Justiça entre 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 social⁷².

O conjunto de instituições nacionais responsáveis pelo monitoramento prisional no Brasil permanece tal qual estabelecido na Lei de Execução Penal em 1984 até a primeira metade dos anos 2000. Nesse período, contudo, novos atores internacionais também passaram a monitorar as condições de encarceramento no Brasil.

Com a adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto n.º 678/1992, denúncias contra o Estado brasileiro, em razão de violações de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, passaram a ser feitas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A partir de apurações realizadas pela Comissão sobre algumas dessas denúncias, representações contra o Brasil, em razão de violações de direitos no sistema penitenciário, também passaram a ser feitas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, resultando na determinação de medidas de urgência, o que ocorreu pela primeira vez, em 2002, no caso do Presídio de Urso Branco, em Porto Velho/RO⁷³. Em 2007, com a promulgação do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes pelo Decreto n.º 6.085/2007, o Brasil também passou a se submeter ao monitoramento realizado pelo Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU⁷⁴.

A partir da segunda metade dos anos 2000, o mandato de controle e monitoramento das condições de encarceramento foi formalmente estendido a outros atores em âmbito nacional. A Lei n.º 12.106/2009 criou, no Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema

⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 5.745, de 28 de dezembro de 1968. Dispõe sobre a estrutura da Superintendência dos Serviços Penitenciários da Secretaria do Interior e Justiça, regula seu funcionamento e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, v. 140, 30 dez. 1968. Disponível em: https://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.asp?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=39581&hTexto=&Hid_IDNorma=39581. Acesso em: 15 jan. 2023.; RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 8.068, de 05 de dezembro de 1985. Altera disposição da Lei n.º 5.745, de 28 de dezembro de 1968. *Diário Oficial do Estado*, v. 233, 5 dez. 1985. Disponível em: https://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.asp?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=21879&hTexto=&Hid_IDNorma=21879. Acesso em: 15 jan. 2023.; RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 10.242, de 23 de agosto de 1994. Dispõe sobre o Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, v. 162, 24 ago. 1994. Disponível em: https://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.asp?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=12991&hTexto=&Hid_IDNorma=12991. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁷² BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁷³ TEIXEIRA, Morgana Tays. *A (in)eficácia das medidas provisórias emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às prisões: casos do Brasil, Argentina e Venezuela*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11690/2277>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6085.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Entre suas atribuições, estavam as de monitorar e fiscalizar o cumprimento das recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça em relação ao encarceramento de adultos e à internação de adolescentes, bem como a de acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas⁷⁵.

A atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização foi capilarizada com a criação de Grupos de Monitoramento e Fiscalização nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Tais grupos, além das funções de monitoramento e inspeção, também deveriam fomentar a criação e fortalecer o funcionamento e a autonomia dos Conselhos da Comunidade em seus respectivos estados⁷⁶. Além dessas e outras iniciativas, como os mutirões carcerários, o Conselho Nacional de Justiça tem se mostrado um órgão provocador dos demais poderes para que se comprometam com a melhoria do sistema carcerário, como indicam, por exemplo, os termos de parceria celebrados com o Poder Executivo⁷⁷.

Em 2010, a Lei n.º 12.313 incluiu a Defensoria Pública entre os órgãos de execução penal, atribuindo-lhe mandato para monitorar os estabelecimentos penais e garantir os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, inclusive direitos coletivos e individuais homogêneos⁷⁸. Essa lei também modificou a composição mínima dos conselhos da comunidade, incluindo os defensores públicos entre seus membros permanentes⁷⁹.

A Lei n.º 12.847, de 2 de agosto de 2013, instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT), criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). Integram o SNPCT

[...] órgãos e entidades públicas e privadas com atribuições legais ou estatutárias de realizar o monitoramento, a supervisão e o controle de estabelecimentos e unidades onde se encontrem pessoas privadas de liberdade, ou de promover a defesa dos direitos e interesses dessas pessoas

e sua finalidade é “[...] fortalecer a prevenção e o combate à tortura, por meio de articulação e atuação cooperativa de seus integrantes, dentre outras formas, permitindo as trocas de informações e o intercâmbio de boas práticas”⁸⁰. Tais disposições marcam uma mudança em relação à Lei de Execução Penal e à ausência de preocupação com a atuação coordenada dos diversos atores que realizam o monitoramento prisional que a caracteriza.

A criação do Mecanismo se deu em cumprimento à obrigação internacional assumida pelo Brasil ao ratificar o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis,

⁷⁵ BRASIL. *Lei n. 12.106, de 2 de dezembro de 2009*. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. 8 dez. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112106.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁷⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 96, de 27 de outubro de 2009*. Dispõe sobre o Projeto Começar de Novo no âmbito do Poder Judiciário, institui o Portal de Oportunidades e dá outras providências. 4 nov. 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=65>. Acesso em: 15 jan. 2023.; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 214, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a organização e o funcionamento dos Grupos de Monitoramento e Fiscalização nos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e nos Tribunais Regionais Federais. 19 jan. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2237>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁷⁷ KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 1, p. 175-194, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6518>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁷⁸ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurilio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: custos vulnerabilis?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 152, p. 173-209, 2019.

⁷⁹ BRASIL. *Lei n. 12.313, de 19 de agosto de 2010*. Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública. 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12313.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁸⁰ BRASIL. *Lei n. 12.847, de 2 de agosto de 2013*. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112847.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

Desumanos ou Degradantes em 2007⁸¹. O Protocolo Facultativo exige que os Estados-Partes designem ou mantenham, em nível doméstico, mecanismos preventivos nacionais, ou seja, órgãos que realizem visitas regulares a lugares onde pessoas são privadas de liberdade, com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes⁸². Enquanto alguns países signatários, como Espanha, Holanda e Reino Unido, designaram como mecanismos preventivos nacionais instituições que já realizavam o monitoramento de locais de detenção, outros, como Brasil, Chile e Itália, criaram instituições para serem designadas como mecanismos⁸³. Ao longo dos anos 2010, leis estaduais criaram Comitês e Mecanismos estaduais de Prevenção e Combate à Tortura em diversas unidades da federação⁸⁴.

O Mecanismo Nacional brasileiro é composto por 11 peritos escolhidos pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e nomeados pelo Presidente da República para um mandato fixo de três anos, permitida uma recondução. Entre suas atribuições, destaca-se a de realizar visitas periódicas e regulares a pessoas privadas de liberdade para verificar as condições a que se encontram submetidas. Dessas visitas, o Mecanismo deve elaborar um relatório circunstanciado, o qual deve ser apresentado ao CNPCT, à Procuradoria-Geral da República, às autoridades competentes pela detenção e outras autoridades competentes. Além disso, o MNPCT deve elaborar um relatório anual sobre o conjunto das visitas realizadas e recomendações formuladas, devendo publicar e promover a difusão desses relatórios.

O Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura é composto por 23 membros, escolhidos e designados pelo Presidente da República, para um mandato de dois anos. São 11 representantes de órgãos do Poder Executivo Federal e 12 oriundos da sociedade civil, representando classes profissionais, entidades representativas de trabalhadores, estudantes, empresários, instituições de ensino e pesquisa, movimentos de direitos humanos e outras entidades. Além deles, representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Defensoria Pública e de outras instituições públicas podem participar do CNPCT na condição de convidados em caráter permanente, com direito a voz. O CNPCT possui diversas atribuições relacionadas ao acompanhamento, articulação e difusão de informações e denúncias entre os integrantes do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Além de o Mecanismo Nacional dever prestar contas de suas atividades anualmente ao Comitê, deve priorizar, em suas visitas, as denúncias encaminhadas por esse órgão⁸⁵.

Em 2014, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou a Resolução n.º 3, propondo aos Poderes Executivos da União e dos Estados a criação de ouvidorias externas da Administração da Execução Penal com atribuição específica para articular as demandas da sociedade civil e traduzi-las em propostas, políticas e ações institucionais concretas no âmbito do sistema penal. Entre as atribuições dessas ouvidorias, propôs-se a visita aos estabelecimentos prisionais pertencentes à sua área de atuação, produzin-

⁸¹ BRASIL. *Lei n. 12.847, de 2 de agosto de 2013*. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁸² BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007*. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6085.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁸³ Conforme informações disponíveis em: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/spt/national-preventive-mechanisms>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁸⁴ BRASIL. Secretaria Nacional de Proteção Global. Departamento de Proteção e Defesa dos Direitos Humanos. Coordenação-Geral de Combate à Tortura e à Violência Institucional. *1º Relatório Nacional sobre Comitês Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura*. 2019. ago. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/prevencao-e-combate-a-tortura/IRelatriodeComitsEstaduaisPrevenoeCombateTortura2019.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁸⁵ BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 8.154, de 16 de dezembro de 2013*. Regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a composição e o funcionamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8154.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.; BRASIL. *Lei n. 12.847, de 2 de agosto de 2013*. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

do relatórios para subsídio da gestão pública⁸⁶. Antes mesmo da resolução, contudo, muitos estados já haviam criado ouvidorias para o sistema prisional, embora sem as características recomendadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária⁸⁷.

Percebem-se, nesse sentido, duas ondas de atribuição de competências para o monitoramento prisional no Brasil. A primeira delas, em 1984, com a Lei de Execução Penal; e a segunda, a partir do final dos anos 2000 e ao longo da primeira metade dos anos 2010, realizada por meio de diferentes instrumentos legais. Os atores identificados nessa segunda onda se somaram àqueles que já haviam sido estabelecidos na Lei de Execução Penal, ampliando o modelo difuso de monitoramento prisional criado em 1984.

4.2 Objetivos, instrumentos e ferramentas para o monitoramento prisional

Para execução do monitoramento e controle das condições de encarceramento, a Lei de Execução Penal adotou três ferramentas: comparecimento periódico a estabelecimentos penais, relatórios de atividades e a interdição, total ou parcial, de estabelecimentos penais.

Embora com nomenclaturas diferentes⁸⁸, todos os atores do monitoramento prisional, previstos na Lei de Execução Penal, possuem competência para comparecer, periodicamente, a estabelecimentos penais em sua área de abrangência e verificar as condições de encarceramento e o respeito aos direitos e deveres das pessoas privadas de liberdade. Juízes, promotores de Justiça e conselhos da comunidade devem comparecer pelo menos mensalmente aos estabelecimentos penais. Aos demais atores, a lei não impôs periodicidade mínima no comparecimento⁸⁹.

A lei também impôs aos conselhos locais e estaduais a obrigação de elaborar relatórios de suas atividades e enviá-los a outros atores do monitoramento prisional. Os conselhos da comunidade devem elaborar relatórios mensais e enviá-los aos juízes de execução penal e aos Conselhos Penitenciários estaduais. Os Conselhos Penitenciários estaduais devem elaborar relatórios anuais e enviá-los ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Tais relatórios cumpririam, em tese, duas funções. Por um lado, são um mecanismo de difusão de informações sobre os estabelecimentos penais e as condições de execução das penas entre atores vinculados a Poderes e níveis federativos diferentes. Por outro, são também um meio de prestação de contas e monitoramento dos próprios atores do monitoramento prisional que são obrigados a elaborá-los.

O poder de interditar estabelecimentos penais foi atribuído, apenas, aos juízes de execução penal, os quais podem fazê-lo quando o estabelecimento penal estiver funcionando em condições inadequadas ou violando dispositivos da Lei de Execução Penal. Devem ser situações que não possam ser solucionadas por outro meio a não ser a remoção dos apenados para local diverso ou a interrupção no ingresso de novos presos, tais como superlotação, falta de condições de habitabilidade compatíveis com a dignidade dos presos, inexistência de condições mínimas de higiene e ou deterioração estrutural da casa prisional⁹⁰. Prevalece o entendimento de que os atos de fiscalização e interdição de estabelecimentos penais são administrativos e

⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução n. 3, de 18 de julho de 2014*. 18 jul. 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpecp/resolucoes/2014/resolucao-no-3-de-18-de-julho-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁸⁷ MARTINO, Natália. Ouvidorias penitenciárias estaduais: autonomia e capacidades de atendimento de demandas. In: ENCONTRO DA ABCP, 13. Universidade Federal de Goiás (Virtual), 2022. *Anais* [...].

⁸⁸ Na Lei de Execução Penal, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o Departamento Penitenciário Nacional têm atribuições para “inspecionar e fiscalizar” estabelecimentos penais, os conselhos penitenciários estaduais e os juízes de execução penal para “inspecionar”, e os membros do Ministério Público e os conselhos da comunidade para “visitar” tais estabelecimentos. Posteriormente, a Lei n.º 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) previu que incumbe ao Ministério Público “exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais”. Apesar das diferentes denominações, a LEP não estabeleceu distinções de fato ou de direito entre elas.

⁸⁹ BRASIL. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁹⁰ AVENA, Norberto. *Execução penal*. 6. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 125.

não jurisdicionais, submetendo-se à revisão e modificação pelos órgãos administrativos superiores do Poder Judiciário, como as Corregedorias Gerais de Justiça⁹¹. Os demais atores do monitoramento prisional, se entenderem ser necessária a interdição de um estabelecimento penal, devem requerê-la ao juiz responsável pela fiscalização.

A Lei de Execução Penal não fixou, de forma expressa ou sistemática, os objetivos buscados com o monitoramento prisional. No entanto, pelas competências estabelecidas para o juiz da execução em relação ao monitoramento, é possível inferir que se busque manter os estabelecimentos penais funcionando em condições adequadas e conforme as regras da Lei de Execução Penal. A lei também determinou aos juízes que, ao inspecionar os estabelecimentos penais, adotassem as providências para que esse funcionamento adequado fosse atingido e para a apuração de eventuais responsabilidades, incumbência também atribuída à Defensoria Pública posteriormente. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, por sua vez, a partir de seu monitoramento, deve propor às autoridades responsáveis as medidas necessárias ao aprimoramento da execução penal⁹². A uniformização das questões a serem observadas nas inspeções, promovida pelas regulamentações produzidas a partir da segunda metade dos anos 2000, deu concretude a esses objetivos e às irregularidades a serem identificadas.

O primeiro instrumento criado foi a Resolução n.º 47/2007 do Conselho Nacional de Justiça. Nela, não somente foi determinado aos juízes que realizassem, pessoalmente, as inspeções nos estabelecimentos penais, mas também se padronizaram, nacionalmente, as informações que deveriam constar nos relatórios de inspeção e se estabeleceu prazo para a sua apresentação mensal⁹³. Posteriormente, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n.º 56/2010, regulamentando, nacionalmente, pela primeira vez, as inspeções em estabelecimentos penais realizadas por membros do Ministério Público, buscando uniformizar tal prática⁹⁴. Embora inicialmente a resolução tenha determinado a apresentação de relatórios de todas as visitas mensais a estabelecimentos penais, foi modificada em 2015 para prever a elaboração de um relatório a cada três meses. Assim como ocorreu em relação ao Judiciário, foi elaborado um formulário para padronizar, nacionalmente, as informações obtidas a partir das inspeções.

Em 2011, celebrou-se o Acordo de Cooperação n.º 17/2011 entre o Ministério da Justiça, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional dos Defensores Públicos Gerais visando à melhoria do sistema penitenciário brasileiro e à redução do déficit prisional⁹⁵. No âmbito desse acordo de cooperação, elaborou-se um modelo de relatório padrão de inspeções em estabelecimentos penais para uso do Ministério da Justiça, Conselho

⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Plenário. *Procedimento de Controle Administrativo n. 0000239-53.2008.2.00.0000*. Relator: Conselheiro Jorge Antônio Maurique, n. 60ª Sessão Ordinária, 8 abr. 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=44991&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 15 jan. 2023.; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Plenário. *Consulta n. 0000002-38.2016.2.00.0000*. Relatora: Conselheira Daldice Santana, n. 11ª Sessão Virtual, 19 abr. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=48000&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁹² BRASIL. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 47 de 18 de dezembro de 2007*. Dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal. 21 dez. 2007. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/162>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n. 56, de 22 de junho de 2010*. Dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público. 22 jun. 2010. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CSP/Resolu%C3%A7%C3%B5es_/Resolu%C3%A7%C3%A3o_56.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Senado Federal. Câmara dos Deputados. Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional do Ministério Público. Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais. *Acordo de Cooperação n. 17/2011*. Acordo de cooperação que entre si celebram o Ministério da Justiça, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais, visando a melhoria do sistema penitenciário brasileiro e a redução do déficit prisional. 23 nov. 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2012/04/ACOT_017_2011.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Produziram-se os relatórios de inspeções, realizadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária entre 2013 e 2019, com base nesse modelo. Tais relatórios abrangem aspectos da estrutura organizacional do sistema penitenciário, da gestão, rotina e segurança do estabelecimento penal inspecionado, características das pessoas presas e dos funcionários, condições materiais de encarceramento, alimentação, assistências diversas aos presos (saúde, jurídica, laboral, educacional, lazer, religiosa, social), disciplina e ocorrências (fugas e mortes) e visitas. Há seções específicas para relatos das pessoas presas e dos servidores e funcionários do estabelecimento. Ao final, na seção de conclusão da inspeção, há um *checklist* com diversas irregularidades possíveis de serem verificadas e seu respectivo fundamento legal, bem como espaço para considerações acerca da inspeção, providências adotadas e recomendações efetuadas⁹⁶.

Atualmente, os relatórios mensais das inspeções de juízes de todo o Brasil alimentam o Cadastro Nacional de Inspeções em Estabelecimentos prisionais, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, abrangendo não somente estabelecimentos penais, mas também carceragens das polícias civil e militar⁹⁷. O painel estatístico disponibilizado publicamente traz informações sobre inspeções realizadas a partir de 2008 até janeiro de 2023⁹⁸. De maneira semelhante, o Conselho Nacional do Ministério Público disponibiliza, em seu site, dados sobre as inspeções realizadas por membros do Ministério Público, desagregadas por estabelecimento penal, entre 2015 e 2021⁹⁹. Além disso, desde 2014, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado e divulgado semestralmente pelo Departamento Penitenciário Nacional, possui campos específicos para que os diretores de estabelecimentos penais indiquem se os estabelecimentos foram inspecionados e por quais instituições¹⁰⁰.

Além do aprimoramento de instrumentos regulatórios sobre as inspeções, houve também a produção de instrumentos de boas práticas¹⁰¹. Em 2015, por exemplo, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República editou uma versão revisada do guia prático para monitoramento de locais de detenção da Associação para a Prevenção da Tortura¹⁰².

Como é possível perceber, a criação de instrumentos específicos ao monitoramento prisional ocorre, principalmente, entre a segunda metade dos anos 2000 e a primeira metade dos anos 2010. A consolidação das informações produzidas a partir desses instrumentos em bancos de dados institucionais publicamente disponibilizados, agregando dados das inspeções, embora iniciada no final dos anos 2000, se intensificou na segunda metade dos 2010, mantendo-se até hoje. Tais instrumentos permitem não somente o aprimoramento das inspeções realizadas, buscando se afastar do caráter de visitas meramente protocolares, mas também ampliam a capacidade de monitorar, em alguma medida, os próprios atores do monitoramento prisional no cumprimento de seu dever de inspecionar estabelecimentos penais.

⁹⁶ Os relatórios de inspeção produzidos pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o formulário de inspeção prisional elaborado com base no modelo estão disponíveis em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/relatorios-de-inspecao>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Geopresídios: Cadastro Nacional de Inspeções em Estabelecimentos Penais (CNIEP)*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/geopresidios-page/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁹⁸ Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currrel>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁹⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Sistema Prisional em Números*. 2022. Disponível em: <https://www.cnmpp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁰⁰ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/bases-de-dados>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁰¹ HALPERN, Charlotte; LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. As abordagens a partir dos instrumentos da ação pública. In: OLIVEIRA, Osmany Porto de; HASSENTEUFEL, Patrick (org.). *Sociologia política da ação pública: teorias, abordagens e conceitos*. Brasília: Enap, 2021. p. 31-59. *E-book*. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/6338>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁰² ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Monitoramento de locais de detenção: um guia prático*. 2. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://www.apt.ch/sites/default/files/publications/monitoramento-de-locais-de-detencao.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

4.3 Implementação do monitoramento prisional

Apesar de, no plano normativo, ser notória a ampliação de atores, instrumentos e informações sobre o monitoramento prisional no Brasil, a sua implementação não se deu de forma completa, mesmo transcorridos quase quarenta anos desde a sanção da Lei de Execução Penal. Lemgruber, em 2003, realizou um amplo levantamento de informações sobre os sistemas penitenciários estaduais, reunindo, entre outros, dados sobre o controle e monitoramento de estabelecimentos penais em 24 unidades da federação¹⁰³. A comparação das informações obtidas naquele momento com dados mais recentes sobre o monitoramento prisional no Brasil indica que, mesmo em relação à implementação, houve mais avanços do que retrocessos.

Em 2003, das 24 unidades da federação que responderam à pesquisa de Lemgruber, duas informaram que o juiz de execução penal não realizou o monitoramento de estabelecimentos penais e três que esse monitoramento não era realizado pelo Ministério Público¹⁰⁴. Segundo dados mais recentes, disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o monitoramento, atualmente, é realizado em todos os estados, e, em 2022, 97,51% dos estabelecimentos penais teriam sido inspecionados por membros do Ministério Público e 97,4% por juízes de execução penal¹⁰⁵.

Quanto aos conselhos da comunidade, no levantamento de Lemgruber, quatorze estados informaram existir conselhos constituídos, mas em apenas doze o monitoramento de estabelecimentos penais seria realizado por eles¹⁰⁶. Em pesquisa recente realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, foram identificados 404 conselhos da comunidade distribuídos em 25 estados e no Distrito Federal, dos quais 294 afirmaram realizar inspeções em estabelecimentos penais¹⁰⁷. A distribuição desses conselhos, segundo suas décadas de instalação, é ilustrativa da expansão dessas instituições ao longo de todo o período de mudanças na política criminal brasileira pós-redemocratização, conforme gráfico 1.

Houve, também, a expansão de ouvidorias dedicadas ao sistema prisional. Em seu levantamento, Lemgruber havia identificado ouvidorias do sistema prisional apenas em São Paulo e Pernambuco até 2003. Pesquisa recente localizou ouvidorias penitenciárias em 22 estados brasileiros e no Distrito Federal¹⁰⁸.

No levantamento realizado por Lemgruber, apenas oito estados informaram que seus estabelecimentos penais teriam recebido inspeções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária¹⁰⁹. A partir da

¹⁰³ LEMGRUBER, Julita. Sistema Penitenciário. In: LESSA, Renato *et al.* *Arquitetura institucional do Sistema Único de Segurança Pública*. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria Nacional de Segurança Pública; Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro; Serviço Social da Indústria, 2003. p. 312-367; 558-667. *E-book*. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2657>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁰⁴ LEMGRUBER, Julita. Sistema Penitenciário. In: LESSA, Renato *et al.* *Arquitetura institucional do Sistema Único de Segurança Pública*. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria Nacional de Segurança Pública; Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro; Serviço Social da Indústria, 2003. p. 312-367; 558-667. *E-book*. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2657>. Acesso em: 15 jan. 2023. p. 656.

¹⁰⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Sistema Prisional em Números*. 2022. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 15 jan. 2023.; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Geopresídios: Cadastro Nacional de Inspeções em Estabelecimentos Penais (CNIEP)*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/geopresidios-page/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁰⁶ LEMGRUBER, Julita. Sistema Penitenciário. In: LESSA, Renato *et al.* *Arquitetura institucional do Sistema Único de Segurança Pública*. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria Nacional de Segurança Pública; Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro; Serviço Social da Indústria, 2003. p. 312-367; 558-667. *E-book*. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2657>. Acesso em: 15 jan. 2023. p. 656-657.

¹⁰⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os conselhos da comunidade no Brasil*. Brasília: CNJ, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/relatorio-conselhos-comunidade.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁰⁸ MARTINO, Natália. Ouvidorias penitenciárias estaduais: autonomia e capacidades de atendimento de demandas. In: ENCONTRO DA ABCP, 13., 2022. *Anais [...]*. [S. l.]: Universidade Federal de Goiás (Virtual), 2022.

¹⁰⁹ LEMGRUBER, Julita. Sistema Penitenciário. In: LESSA, Renato *et al.* *Arquitetura institucional do Sistema Único de Segurança Pública*. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria Nacional de Segurança Pública; Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro; Serviço Social da Indústria, 2003. p. 312-367; 558-667. *E-book*. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2657>. Acesso em: 15 jan. 2023. p. 656-657.

análise dos relatórios de inspeção publicados pelo CNPCP em seu site, é possível verificar um incremento das unidades da federação que tiveram estabelecimentos penais inspecionados ao longo do tempo e, entre 2010 e 2019, todas receberam, pelo menos, uma inspeção¹¹⁰:

Tais dados, contudo, não afastam as constatações de Salla e Alvarez¹¹¹ acerca do alcance limitado do monitoramento prisional realizado diretamente pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que abrangeria poucos estados a cada ano. Os relatórios de inspeção publicados pelo CNPCP indicam que, até 2007, foram inspecionados estabelecimentos penais em no máximo quatro unidades da federação a cada ano. A partir de 2008, houve elevação desses números, tendo o Conselho abrangido seis unidades da federação em 2008 e 2014, sete em 2011, oito em 2015 e 2016 e dez unidades da federação em 2012, o máximo no período analisado.

Entre as razões para essa atuação limitada, destacaram-se a ausência de uma agenda regular de visitas, o elevado número de estabelecimentos penais existentes e a insuficiência de recursos para deslocamentos de seus membros¹¹². No entanto, com base no desenho adotado na Lei de Execução Penal para o monitoramento prisional, organizado com atores com diferentes escalas de abrangência, não parece que o objetivo fosse que atores com abrangência estadual, como os Conselhos Penitenciários estaduais, ou com abrangência nacional, como o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o Departamento Penitenciário Nacional, realizassem inspeções em todos os estabelecimentos penais em suas respectivas áreas de abrangência.

Assim como outras estruturas de *accountability* parecem ter sido organizados em níveis de forma redundante, para que o nível seguinte fosse acionado, apenas, nas hipóteses em que uma violação ou falha não tenha sido adequadamente identificada ou tratada pelo nível anterior¹¹³. Os relatórios mensais dos Conselhos da Comunidade estabeleceriam um elo entre os níveis local e estadual de monitoramento, difundindo informações tanto ao membro do Poder Judiciário estadual responsável pela localidade, quanto ao Poder Executivo estadual, representado pelo conselho penitenciário. O elo entre os níveis estadual e nacional seria estabelecido, então, pelos relatórios anuais que os conselhos penitenciários de cada estado devem apresentar ao CNPCP. Tais relatórios, inclusive, são apontados pela lei como um dos instrumentos do Conselho Nacional para se informar sobre a execução penal nos estados¹¹⁴.

No entanto, a efetividade dessa circulação de informações, por meio dos relatórios, a partir da qual se poderia identificar a necessidade de acionamento de outros atores do monitoramento prisional, precisa de uma análise mais detalhada. Na pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça com 404 conselhos da comunidade do Distrito Federal e de 25 estados, apenas 110 conselhos afirmaram produzir relatórios sobre todas as visitas que realizavam a estabelecimentos penais, e 93 afirmaram fazê-lo após visitas específicas. Enquanto 186 conselhos informaram enviar seus relatórios ao Judiciário, apenas 79 disseram que os enviam ao Conselho Penitenciário estadual. Por outro lado, 112 conselhos informaram enviar seus relatórios ao Ministério Público, embora esse não seja um dos destinatários previsto na Lei de Execução Penal¹¹⁵.

¹¹⁰ O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária publicou relatórios de inspeção para os anos de 1987, 1989, 1994, 1998 e para todos os anos de 2002 a 2020. Tais relatórios podem ser acessados em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/relatorios-de-inspecao>.

¹¹¹ SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 57, p. 213-247, 2005.

¹¹² SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 57, p. 213-247, 2005.

¹¹³ CABRAL, Sandro; SANTOS, Maria-Fátima. Accountability mechanisms in public services: activating new dynamics in a prison system. *International Public Management Journal*, v. 21, n. 5, p. 795-821, 2018.

¹¹⁴ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lets/L7210.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os conselhos da comunidade no Brasil*. Brasília: CNJ, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/relatorio-conselhos-comunidade.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

O Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT), que completará uma década de existência em 2023, é um dos pontos em que a implementação dos arranjos para o monitoramento prisional ainda se mostra mais incipiente e o único em que se identificaram ações no sentido de reduzir a capacidade de ação de seus atores. Até julho de 2019, haviam sido criados Comitês Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura em 22 estados e Mecanismos Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura em 10 estados¹¹⁶.

A Lei n.º 12.847/2013, que criou o SNPCT, optou por um desenho aberto, combinando a existência de membros permanentes e membros facultativos, que poderiam integrar o sistema por adesão. Entre os membros permanentes do SNPCT estão o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o DE-PEN, além do Comitê Nacional e do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Os Comitês e Mecanismos Estaduais e Distrital de Prevenção e Combate à Tortura podem integrar o SNPCT mediante termo de adesão, e os demais órgãos e entidades públicas e privadas atuantes no monitoramento de locais de detenção podem integrar o SNPCT mediante assinatura de uma declaração de adesão¹¹⁷. O SNPCT criou a possibilidade de integrar, em um único sistema, muitos órgãos e entidades que já realizavam as atividades de controle e monitoramento de locais de detenção, estabelecendo compromissos de articulação e intercâmbio de informações.

No entanto, a adesão de possíveis membros facultativos ao SNPCT, até o momento, foi baixa. Até novembro de 2021, apenas sete entidades haviam aderido ao SNPCT: a) o Comitê do Estado do Amazonas/AM, em 17/07/2017; b) o Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Espírito Santo (CEPCT/ES), em 04/12/2017; c) o Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), em 26/06/2019; d) o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em 22/08/2019; e) a Defensoria Pública da União (DPU), em 23/08/2019; f) a Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), em 04/09/2019; e g) o Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Ceará (CEPT/CE), em 23/04/2020¹¹⁸.

Ressalta-se que nenhum pedido de adesão apresentado foi recusado, portanto, desde a instituição do SNPCT, em 2013, até novembro de 2021, apenas sete pedidos de adesão foram apresentados¹¹⁹. É marcante a não adesão de órgãos do Poder Judiciário até o momento, bem como de órgãos de execução penal subnacionais, como os conselhos penitenciários, Ministérios Públicos e Defensorias Públicas estaduais. Em relação aos comitês e mecanismos estaduais de prevenção e combate à tortura, a exigência feita nos termos de adesão para que se submetam às regras estabelecidas na Lei n.º 12.847/2013 seria uma das razões para não aderirem ao SNPCT¹²⁰.

Na regulamentação do SNPCT, previu-se que os membros permanentes, bem como os comitês e mecanismos estaduais que tenham aderido ao sistema nacional, façam uma reunião ordinária anual. Para essa reunião, também poderão ser convidados os demais órgãos e entidades que tenham aderido ao SNPCT¹²¹.

¹¹⁶ Conforme dados divulgados pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/prevencao-e-combate-a-tortura/comites-e-mecanismos-estaduais-de-prevencao-e-combate-a-tortura>. Acesso em 15 jan. 2023.

¹¹⁷ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Portaria n. 354, de 22 de novembro de 2018. Dispõe sobre a aprovação do Termo de Adesão e da declaração de Adesão ao Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Diário Oficial da União*, Seção 1, v. 227, p. 81, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/AdesoaoSNPCTPortaria3542018.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹¹⁸ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global. *Ofício n. 3975/2021/GAB.SNPG/SNPG/MMFDH*. Respostas do Pedido NUP 00105.003242/2021-10. 25 nov. 2021. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetallePedido/DetallePedido.aspx?nup=00105003242202110. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹¹⁹ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global. *Ofício n. 3975/2021/GAB.SNPG/SNPG/MMFDH*. Respostas do Pedido NUP 00105.003242/2021-10. 25 nov. 2021. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetallePedido/DetallePedido.aspx?nup=00105003242202110. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹²⁰ PASTORAL CARCERÁRIA. Por conta do sucateamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, entidades não participam de encontro proposto pelo governo. *Pastoral Carcerária (CNBB)*, 9 nov. 2021. Disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/por-conta-do-sucateamento-do-comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-entidades-nao-participam-de-encontro-proposto-pelo-governo>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹²¹ BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 8.154, de 16 de dezembro de 2013*. Regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a composição e o funcionamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura

Embora esse convite tenha sido previsto como uma possibilidade na lei, a declaração que essas entidades assinam para aderirem ao SNPCT estabelece, entre as contrapartidas pela adesão, o compromisso de que serão convidadas a participar dessas reuniões¹²². A realização de tais reuniões, contudo, tem sido a exceção. Desde 2013, apenas três reuniões ocorreram, tendo a primeira ocorrido em 2015, a segunda em 2018 e a terceira em 2021¹²³.

Durante o governo Bolsonaro, o Mecanismo Nacional sofreu uma redução de sua capacidade de atuação, revertida posteriormente pelo Poder Judiciário. O Decreto n.º 9.831/2019, que alterou diversos dispositivos do decreto regulamentador do SNPCT, em junho de 2019, exonerou os onze peritos do MNPCT e transferiu ao Ministério da Economia os cargos em comissão que ocupavam, até então vinculados ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. A participação no MNPCT passou a ser considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada¹²⁴. Na prática, essas medidas inviabilizaram o funcionamento do Mecanismo Nacional, sem, no entanto, extingui-lo formalmente.

Os peritos do MNPCT foram reintegrados em seus cargos anteriores apenas em agosto de 2019, em razão de uma decisão da Justiça Federal que concedeu a tutela provisória de urgência na Ação Civil Pública n.º 5039174-92.2019.4.02.5101, ajuizada pela Defensoria Pública da União¹²⁵. No mesmo mês, a Procuradoria-Geral da República ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental requerendo a declaração de inconstitucionalidade do Decreto n.º 9.831/2019. O mérito dessa ação constitucional foi julgado em março de 2022 pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a inconstitucionalidade do decreto e fixando o entendimento de que os peritos do MNPCT devem ser nomeados para cargos em comissão e remunerados¹²⁶.

Ações e omissões do Governo Bolsonaro atingiram também o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos demorou nove meses para dar posse aos membros do CNPCT do mandato 2019/2021. Após o término desse mandato, em outubro de 2021, os novos membros não foram empossados, e não foram preenchidas as doze vagas pertencentes à sociedade civil, tendo sido suspensos os atos com essa finalidade. A 34ª reunião ordinária do CNPCT, que buscou evitar a inatividade do órgão, foi reiteradamente cancelada e adiada pelo MMFDH e, quando finalmente foi realizada, os onze representantes do Governo Federal se ausentaram. Além de provocar a inatividade do CNPCT, o MMFDH foi transferindo, na prática, o papel de articulação com órgãos e entidades que compõe o SNPCT à Coordenação Geral de Combate à Tortura, a ele vinculada¹²⁷.

e dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8154.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹²² BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Portaria n. 354, de 22 de novembro de 2018. Dispõe sobre a aprovação do Termo de Adesão e da declaração de Adesão ao Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Diário Oficial da União*, Seção 1, v. 227, p. 81, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/AdesoaoSNPCTPortaria3542018.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹²³ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global. *Ofício n. 3975/2021/GAB.SNPG/SNPG/MMFDH*. Respostas do Pedido NUP 00105.003242/2021-10. 25 nov. 2021. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetallePedido/DetallePedido.aspx?nup=00105003242202110. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹²⁴ BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 9.831, de 10 de junho de 2019*. Altera o Decreto n.º 9.673, de 2 de janeiro de 2019, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, e o Decreto n.º 8.154, de 16 de dezembro de 2013, que regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a composição e o funcionamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e remaneja cargos em comissão. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9831.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹²⁵ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro. *Tutela de Urgência na Ação Civil Pública n. 5039174-92.2019.4.02.5101/RJ*. Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Júnior, 11 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-rio-revoga-exoneracao.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 607*. Relator: Min. Dias Toffoli, 28 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351516552&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹²⁷ PASTORAL CARCERÁRIA. Por conta do sucateamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, entidades não participam de encontro proposto pelo governo. *Pastoral Carcerária (CNBB)*, 9 nov. 2021. Disponível em: <https://carceraria.org>.

Apesar desses reveses, durante o Governo Bolsonaro, em relação ao Mecanismo Nacional e ao Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a trajetória da implementação do monitoramento prisional no Brasil, desde 1984, apresenta mais avanços do que retrocessos. No levantamento que realizou em 2003, Lemgruber identificou que o monitoramento prisional era realizado em quase todas as unidades da federação, mesmo com variações na abrangência do monitoramento realizado por algumas instituições específicas. Os dados obtidos acerca do período posterior ao levantamento de Lemgruber, relatados acima, indicam que, nas décadas de 2000 e 2010, houve aumento tanto no número de atores que efetivamente realizam o monitoramento prisional, mas também no número de estabelecimentos penais inspecionados.

5 Considerações finais

Como vimos, durante as quase quatro décadas de institucionalização do monitoramento prisional no Brasil a respeito da Lei de Execução Penal, a política criminal brasileira foi marcada tanto por tendências punitivas e de reforço do uso da pena de prisão quanto por tendências de garantia de direitos e busca por alternativas ao encarceramento. Seja em movimentos pendulares, seja coexistindo de forma ambígua, tais tendências produziram efeitos concretos em políticas penais e penitenciárias instituídas no mesmo momento em que o monitoramento prisional, tais como o regime progressivo de cumprimento de penas e as alternativas ao encarceramento. Representativos de uma política criminal de humanização do sistema penitenciário, ambos tiveram, em diferentes momentos, restrições em sua aplicação ou endurecimento de suas regras, mudanças associadas a tendências mais punitivas.

A descrição da trajetória institucional do monitoramento prisional, a partir dos documentos e pesquisas analisados, contudo, mostra um cenário distinto. Desde 1984, houve o incremento de atores e instituições com competência legal para o monitoramento prisional em todas as escalas de abrangência, do local ao internacional. Houve, também, a criação de instrumentos regulatórios e de boas práticas, uniformizando e aperfeiçoando as inspeções. Tal qual ocorre com outras políticas públicas, a implementação dessas instituições e instrumentos não foi completa, mas também houve avanços nesse aspecto desde 1984. Há indícios de que, em geral, o número de instituições em funcionamento que realizam o monitoramento prisional aumentou, e de que tais instituições incrementaram o monitoramento que realizam, com o Judiciário e o Ministério Público inspecionando quase a totalidade dos estabelecimentos penais existentes em 2022.

Exceto em relação ao Comitê Nacional e ao Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura durante o Governo Bolsonaro, em 2019, não se identificaram mudanças no monitoramento prisional no Brasil desde 1984 que pudessem indicar retrocessos associados a tendências punitivistas de política criminal. Considerando que, em tese, as instituições de controle e monitoramento dos locais de detenção desempenham um papel relevante para a contenção de excessos das administrações penitenciárias e para a garantia de direitos à população privada de liberdade, esse incremento do monitoramento prisional no Brasil, mesmo em períodos de tendências punitivistas na política criminal, é digno de nota.

O caráter descritivo do presente estudo não permite confirmar ou refutar hipóteses sobre essa aparente refratariedade do monitoramento prisional a mudanças provocadas por tendências punitivistas na política criminal. No entanto, a partir dele, é possível apontar, pelo menos, algumas possibilidades para estudos futuros que busquem aprofundar as análises sobre o monitoramento prisional no Brasil pós-redemocratização e sua inserção no contexto político criminal mais amplo.

Ao analisar a trajetória institucional do monitoramento prisional, foram enfocadas as mudanças que ocorreram entre 1984 e 2019, desconsiderando, entre outros aspectos, propostas ainda em discussão ou que

br/combate-e-prevencao-a-tortura/por-conta-do-sucateamento-do-comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-entidades-nao-participam-de-encontro-proposto-pelo-governo. Acesso em: 15 jan. 2023.

tenham sido rejeitadas, como projetos de lei em tramitação ou arquivados. O Projeto de Lei n.º 2.233/2011 de autoria do deputado federal Domingos Dutra (PT/MA), por exemplo, propôs a modificação da composição do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, incluindo representantes de entidades que tenham por finalidade a defesa dos direitos e interesses de presos e de entidades que representam familiares de presos. Além disso, estendeu aos Conselhos Penitenciários estaduais a obrigação de realizar inspeções mensais em estabelecimentos penais, cujos relatórios deveriam ser elaborados em até trinta dias após a diligência e enviados ao Poder Executivo respectivo, ao CNPCP e ao DEPEN. O projeto foi arquivado em razão do término da legislatura em janeiro de 2015, enquanto estava tramitando na Comissão de Finanças e Tributação¹²⁸.

Já o Projeto de Lei n.º 4.944/2016, de autoria do deputado federal Delegado Waldir (PR/GO), propôs a modificação da composição dos conselhos da comunidade para incluir representantes de entidades que tenham entre seus objetivos a proteção aos direitos das vítimas de crimes. Ainda, ao inspecionar estabelecimentos penais, os conselhos da comunidade deveriam emitir relatório sobre o cumprimento das normas relativas ao trabalho dos presos. Na justificativa do projeto, seu autor destaca a importância da satisfação das vítimas e de seus representantes com as providências adotadas pelo Estado na punição dos crimes. O projeto foi desarquivado em fevereiro de 2019 e, até a conclusão da escrita desse texto, tramita na Comissão de Constituição e Justiça¹²⁹.

A análise desses e de outros projetos e iniciativas semelhantes pode contribuir com elementos para uma descrição mais densa da trajetória institucional do monitoramento prisional em contextos de expansão de tendências punitivas. Atores alinhados a tais tendências podem ter sucesso em bloquear iniciativas que ampliem a fiscalização de estabelecimentos penais, bem como em promover aquelas que reorientam os objetivos do monitoramento, ainda que não as tenham transformado em normas jurídicas até o momento. Análises nesse sentido podem contribuir, também, para identificar tentativas de mudança no monitoramento prisional durante os anos 1990, período em que, a partir dos critérios utilizados nessa pesquisa, não se identificaram alterações que tenham se concretizado.

Por outro lado, os elementos escolhidos para analisar a implementação do monitoramento prisional nesse estudo privilegiaram a existência ou não das estruturas previstas em lei e sua abrangência, mas não os resultados obtidos com o monitoramento.

A expansão das instituições dedicadas ao monitoramento prisional ocorreu de forma concomitante à expansão da população privada de liberdade no Brasil e dos próprios estabelecimentos penais. Entre 2000 e 2021, o total de pessoas privadas de liberdade passou de 232.755 para 820.689, e o número de vagas foi ampliado de 135.710 para 634.469¹³⁰. Nesse mesmo período, surgiram e se organizaram diversos coletivos criminais com base nos sistemas prisionais estaduais, alguns dos quais, como o Primeiro Comando da Capital, expandindo suas operações e influência para mais de uma unidade da federação¹³¹.

Historicamente, os ambientes prisionais brasileiros potencializam a morte e o risco de morte das pessoas privadas de liberdade, e taxa de mortes por causas externas é três vezes maior entre presos — que deveriam

¹²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.233, de 2011*. Aperfeiçoamento da Lei de Execução Penal visando a correção de lacunas do Sistema Carcerário. 5 set. 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=518926>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4.944, de 7 de abril de 2016*. Altera dispositivos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. 7 abr. 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081649>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹³⁰ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹³¹ DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes. Tecendo redes criminais: as políticas de encarceramento e a nacionalização das facções prisionais. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014 a 2017*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018. p. 6-8. *E-book*. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

estar sob custódia do Estado — do que entre a população em geral¹³². No Rio de Janeiro, a mortalidade por doenças infecciosas e parasitárias entre as pessoas privadas de liberdade chega a ser cinco vezes superior àquela da população em geral¹³³. Como entender que a fiscalização dos estabelecimentos penais tenha aumentado ao mesmo tempo em que as condições degradantes e as violações de direitos tenham se mantido, e o controle do ambiente prisional tenha passado a ser compartilhado com coletivos criminais?

Ao escreverem sobre o monitoramento prisional no Brasil na metade dos anos 2000, Salla e Alvarez chamavam a atenção para o modo como as inspeções eram realizadas. Juízes, muitas vezes sem preparação adequada, faziam inspeções meramente protocolares, abrangendo apenas áreas administrativas e sem contato direto com as pessoas privadas de liberdade. Conselhos penitenciários e conselhos da comunidade, além de enfrentarem a falta de recursos necessários para desenvolver adequadamente suas atividades, muitas vezes ou não faziam inspeções ou se limitavam também a inspeções protocolares em razão da falta de interesse de seus membros¹³⁴. O Ministério Público, por sua vez, embora tenha competência legal para a inspeção de estabelecimentos penais desde 1984 e tenha ampliado consideravelmente sua capacidade em diferentes áreas, não fez da fiscalização das prisões uma prioridade institucional, e seus próprios membros avaliam como regular ou baixa a qualidade da atuação da instituição nessa área¹³⁵.

Em razão de seus possíveis beneficiários — pessoas privadas de liberdade —, a implementação de políticas de monitoramento e controle de condições de encarceramento não traz muitos benefícios eleitorais, e, a depender do contexto, pode trazer custos políticos consideráveis. No entanto, mesmo burocracias que não estão sujeitas aos ciclos eleitorais, como o Judiciário e o Ministério Público, que, muitas vezes, lutam para ampliar seus poderes além dos limites originalmente estabelecidos no desenho institucional, não parecem ter interesse em exercer, efetivamente, essa parcela de seu poder de controle do Poder Público. A circunstância de que alguns membros dessas instituições aderem a uma ideologia punitivista, indiferente às condições de encarceramento e ao impacto de sua atuação para o agravamento dessas condições, é uma constatação de diferentes pesquisas¹³⁶. A existência de relação entre os achados dessas pesquisas e a aparente falta de resultados visíveis do monitoramento prisional, apesar de sua expansão institucional, é uma hipótese que merece análise cuidadosa para que se avalie seu potencial explicativo.

Referências

ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Monitoramento de locais de detenção: um guia prático*. 2. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://www.apr.ch/sites/default/files/publications/monitoramentode-locais-de-detencao.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹³² CHIES, Luiz Antonio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil: prisões que matam; mortes que pouco importam. *Revista de Ciências Sociais*, v. 32, n. 45, p. 67-90, 2019.

¹³³ SÁNCHEZ, Alexandra *et al.* Mortalidade e causas de óbitos nas prisões do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, n. 9, p. 1-13, 15 out. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00224920>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹³⁴ SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 57, p. 213-247, 2005.

¹³⁵ LEMGRUBER, Julita *et al.* *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?*. Rio de Janeiro: CESeC, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/livro/ministerio-publico-guardiao-da-democracia-brasileira/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹³⁶ Nesse sentido, por exemplo: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; WEINGARTNER NETO, Jaime. Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Gaúcho. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 8., 2004, Coimbra. *Anais [...]* Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2004.; LEMGRUBER, Julita *et al.* *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?*. Rio de Janeiro: CESeC, 2016.; MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. *Revista de Investigações Constitucionais*, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 631, 2020.; SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: uma reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [S. l.], v. 152, p. 19-64, 2019.

AVENA, Norberto. *Execução penal*. 6. ed. São Paulo: Método, 2019.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 39-48, 2004.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; WEINGARTNER NETO, Jaime. Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público gaúcho. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 8. 2004, Coimbra. *Anais* [...]. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2004. Disponível em: https://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel36/RodrigoAzevedo_JaymeNeto.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: SOZZO, Máximo (org.). *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017. p. 27-97. *E-book*. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/08/Pos-neoliberalismo-WEB.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BEHAN, Cormac; KIRKHAM, Richard. Monitoring, inspection and complaints adjudication in prison: the limits of prison accountability frameworks. *The Howard Journal of Crime and Justice*, v. 55, n. 4, p. 432-454, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.657, de 1983. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, v. 80, 1 jul. 1983. Supl. B.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.233, de 2011*. Aperfeiçoamento da Lei de Execução Penal visando a correção de lacunas do Sistema Carcerário. 5 set. 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=518926>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4.944, de 2016*. Altera dispositivos da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. 7 abr. 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081649>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. *Resolução n. 2, de 19 de maio de 2010*. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais. 20 maio 2010. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14906&Itemid=866. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ serviço: saiba a diferença entre comarca, vara, entrância e instância*. 21 maio 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-comarca-vara-entrancia-e-instancia/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Geopresídios: Cadastro Nacional de Inspeções em Estabelecimentos Penais (CNIEP)*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/geopresidios-page/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os conselhos da comunidade no Brasil*. Brasília: CNJ, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/relatorio-conselhos-comunidade.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Plenário. *Consulta n. 0000002-38.2016.2.00.0000*. Relatora: Conselheira Daldice Santana, n. 11ª Sessão Virtual, 19 abr. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/Infojuris12/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=48000&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Plenário. *Procedimento de Controle Administrativo n. 0000239-53.2008.2.00.0000*. Relator: Conselheiro Jorge Antônio Maurique, n. 60ª Sessão Ordinária, 8 abr. 2008. Dis-

ponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=44991&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 214, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a organização e o funcionamento dos Grupos de Monitoramento e Fiscalização nos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e nos Tribunais Regionais Federais. 19 jan. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2237>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 47, de 18 de dezembro de 2007*. Dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal. 21 dez. 2007. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/162>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 96, de 27 de outubro de 2009*. Dispõe sobre o Projeto Começar de Novo no âmbito do Poder Judiciário, institui o Portal de Oportunidades e dá outras providências. 4 nov. 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=65>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução n. 3, de 18 de julho de 2014*. 18 jul. 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2014/resolucao-no-3-de-18-de-julho-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n. 56, de 22 de junho de 2010*. Dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público. 22 jun. 2010. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CSP/Resolu%C3%A7%C3%B5es_/Resolu%C3%A7%C3%A3o_56.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Sistema Prisional em Números*. 2022. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/bases-de-dados>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro. *Tutela de Urgência na Ação Civil Pública n. 5039174-92.2019.4.02.5101/RJ*. Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Júnior, 11 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-rio-revoga-exoneracao.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. 28 mar. 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 12.106, de 2 de dezembro de 2009*. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. 8 dez. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112106.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 12.313, de 19 de agosto de 2010*. Altera a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública. 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12313.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 12.847, de 2 de agosto de 2013*. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112847.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841*. Reformando o Código do Processo Criminal. 1841. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria Interministerial n. 210, de 16 de janeiro de 2014*. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. 17 jan. 2014. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/cursos-concursos/PORTARIAINTERMINISTERIALN210.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Senado Federal. Câmara dos Deputados. Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional do Ministério Público. Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais. *Acordo de Cooperação n. 17/2011*. Acordo de cooperação que entre si celebram o Ministério da Justiça, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais, visando a melhoria do sistema penitenciário brasileiro e a redução do déficit prisional. 23 nov. 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2012/04/ACOT_017_2011.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global. *Ofício n. 3975/2021/GAB.SNPG/SNPG/MMFDH*. Respostas do Pedido NUP 00105.003242/2021-10. 25 nov. 2021. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=00105003242202110. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. *Portaria Interministerial n. 1.777, de 9 de setembro de 2003*. Disponível em: https://saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_1777.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *Portaria n. 354, de 22 de novembro de 2018*. Dispõe sobre a aprovação do Termo de Adesão e da declaração de Adesão ao Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Diário Oficial da União*, Seção 1, v. 227, p. 81, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/AdesoaoSNPCTPortaria3542018.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007*. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6085.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 8.154, de 16 de dezembro de 2013*. Regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a composição e o funcionamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8154.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 9.831, de 10 de junho de 2019*. Altera o Decreto n. 9.673, de 2 de janeiro de 2019, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, e o Decreto n. 8.154, de 16 de dezembro de 2013, que regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a composição e o funcionamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e remaneja cargos em comissão. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9831.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Secretaria Nacional de Proteção Global. Departamento de Proteção e Defesa dos Direitos Humanos. Coordenação-Geral de Combate à Tortura e à Violência Institucional. *1º Relatório Nacional sobre Comitês Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura*. 2019. ago. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/prevencao-e-combate-a-tortura/IRelatriodeComitsEstaduaisPrevenoeCombateTortura2019.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 607*. Relator: Min. Dias Toffoli, 28 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351516552&text=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus n. 82.959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 fev. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>. Acesso em: 15 jan. 2023.

CABRAL, Sandro; SANTOS, Maria-Fátima. Accountability mechanisms in public services: activating new dynamics in a prison system. *International Public Management Journal*, v. 21, n. 5, p. 795-821, 2018.

CAMARGOS, Pedro. Neoliberalismo e política criminal no Brasil após 1988: entre a redemocratização e a desdemocratização. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 26, n. 85, p. 1-18, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/83175>. Acesso em: 15 jan. 2023.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 15, p. 315-347, 2014.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, n. 73, p. e002, 2020.

CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisa inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 216-228, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6050>. Acesso em: 15 jan. 2023.

CHIES, Luiz Antonio Bogo. Sociologia na questão penitenciária: capitalização do tempo e jogo prisional. In: TAVARES-DOS-SANTOS, José Vicente *et al.* (org.). *Violências e mundialização*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2016. p. 231-246.

CHIES, Luiz Antonio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil: prisões que matam; mortes que pouco importam. *Revista de Ciências Sociais*, v. 32, n. 45, p. 67-90, 2019.

CLIQUENNOIS, Gaëtan; SNACKEN, Sonja. European and United Nations monitoring of penal and prison policies as a source of an inverted panopticon?. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, n. 1, p. 1-18, 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Relatório de país. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

DEITCH, Michele. Annotated bibliography on independent prison oversight. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1383-1429, 2010.

DEITCH, Michele. Distinguishing the various functions of effective prison oversight. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1438-1445, 2010.

DEITCH, Michele. The need for independent prison oversight in a post-PLRA world. *Federal Sentencing Reporter*, v. 24, n. 4, p. 236-244, 2012.

DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes. Tecendo redes criminais: as políticas de encarceramento e a nacionalização das facções prisionais. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014 a 2017*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018. p. 6-8. *E-book*. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas*. São Paulo: Atlas, 2012. *E-book*. Disponível em: <http://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=4311008>. Acesso em: 15 jan. 2023.

FERREIRA, Carolina Cutrupi *et al.* O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In: MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). *Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre*. São Paulo: FGV, 2015. *E-book*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/13989>. Acesso em: 15 jan. 2023.

FERREIRA, Carolina Cutrupi. Courts of Accounts go to prison: administration of public resources in securing prisoners' rights. *Estudios de Derecho*, v. 78, n. 171, p. 200-222, 2020. Disponível em: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/343476>. Acesso em: 15 jan. 2023.

FERREIRA, Carolina Cutrupi. *Política Penitenciária Nacional (1976-2018): arranjos institucionais e instrumentos de produção estatística*. 2021. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31119>. Acesso em: 15 jan. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

FOSTER, Steve. The effective supervision of European prison conditions. In: IPPOLITO, Francesca; IGLESIAS SANCHEZ, Sara (org.). *Protecting vulnerable groups: the European human rights framework*. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 381-400.

HALPERN, Charlotte; LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. As abordagens a partir dos instrumentos da ação pública. In: OLIVEIRA, Osmany Porto de; HASSENTEUFEL, Patrick (org.). *Sociologia política da ação pública: teorias, abordagens e conceitos*. Brasília: Enap, 2021. p. 31-59. *E-book*. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/6338>. Acesso em: 15 jan. 2023.

INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal: relatório final de pesquisa*. [S. l.]: ILANUD, 2005. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/3bPEXsS>. Acesso em: 15 jan. 2023.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O controle da execução penal como instrumento de proteção dos direitos humanos: uma análise comparada entre Brasil e França. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 27, n. 1, p. 146-165, 2022.

KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico.

Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 10, n. 1, p. 175-194, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6518>. Acesso em: 15 jan. 2023.

LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias en las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 66-87, mar./abr. 2005.

LEMGRUBER, Julita *et al.* *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?*. Rio de Janeiro: CESeC, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/livro/ministerio-publico-guardiao-da-democracia-brasileira/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

LEMGRUBER, Julita. Sistema Penitenciário. In: LESSA, Renato *et al.* *Arquitetura institucional do Sistema Único de Segurança Pública*. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria Nacional de Segurança Pública; Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro; Serviço Social da Indústria, 2003. p. 312-367; 558-667. *E-book*. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2657>. Acesso em: 15 jan. 2023.

LOURENÇO, Luiz; ALVAREZ, Marcos. Estudos sobre prisão: um balanço do estado da arte nas ciências sociais nos últimos vinte anos no Brasil (1997-2017). *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, v. 84, p. 216-236, 2018.

LUCAS, Ana Cláudia Vinholes Siqueira. *A política penitenciária encarcerada na contemporânea política de segurança pública brasileira*. 2018. Tese (Doutorado em Política Social e Direitos Humanos) – Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2018. Disponível em: <https://pos.ucpel.edu.br/ppgps/wp-content/uploads/sites/5/2018/07/Tese-Ana-Claudia-Vinholes-Siqueira-Lucas.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 7, n. 2, p. 631, 2020.

MADEIRA, Lígia Mori; RODRIGUES, Alexandre Ben. Novas bases para as políticas públicas de segurança no Brasil a partir das práticas do governo federal no período 2003-2011. *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 1, p. 3-22, 2015.

MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, p. e1916, 2019.

MAINWARING, Scott. Introduction: democratic accountability in Latin America. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher (org.). *Democratic accountability in Latin America*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2003. p. 3-33.

MARTINO, Natália. Ouvidorias penitenciárias estaduais: autonomia e capacidades de atendimento de demandas. In: ENCONTRO DA ABCP, 13., 2022. *Anais [...]*. [S. l.]: Universidade Federal de Goiás (Virtual), 2022.

MUSHLIN, Michael B.; DEITCH, Michele. Opening up a closed world: what constitutes effective prison oversight?. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1383-1429, 2010.

PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 13, n. 1, p. 27, 2013.

PASTORAL CARCERÁRIA. Por conta do sucateamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, entidades não participam de encontro proposto pelo governo. *Pastoral Carcerária (CNBB)*, 9 nov. 2021. Disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/por-conta-do-sucateamento-do-comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-entidades-nao-participam-de-encontro-proposto-pelo-governo>. Acesso em: 15 jan. 2023.

PINTO, Nalayne Mendonça. *Penas e alternativas: um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)*. 2006. Tese (Doutorado em

Sociologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://necvu.com.br/wp-content/uploads/2020/12/TESE_Nalayne_Mendonca_PDF.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 10.242, de 23 de agosto de 1994. Dispõe sobre o Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, v. 162, 24 ago. 1994. Disponível em: https://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.asp?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=12991&hTexto=&Hid_IDNorma=12991. Acesso em: 15 jan. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 5.745, de 28 de dezembro de 1968. Dispõe sobre a estrutura da Superintendência dos Serviços Penitenciários da Secretaria do Interior e Justiça, regula seu funcionamento e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, v. 140, 30 dez. 1968. Disponível em: https://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.asp?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=39581&hTexto=&Hid_IDNorma=39581. Acesso em: 15 jan. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 8.068, de 05 de dezembro de 1985. Altera disposição da Lei nº 5.745, de 28 de dezembro de 1968. *Diário Oficial do Estado*, v. 233, 5 dez. 1985. Disponível em: https://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.asp?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=21879&hTexto=&Hid_IDNorma=21879. Acesso em: 15 jan. 2023.

ROGAN, Mary. What constitutes evidence of poor prison conditions after Aranyosi and Căldăraru? Examining the role of inspection and monitoring bodies in European Arrest Warrant decision-making. *New Journal of European Criminal Law*, v. 10, n. 3, p. 209-226, 2019.

RUDNICKI, Dani; SOUZA, Mônica Franco. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros: as CPIs do Sistema Penitenciário de 1976 e 1993. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 186, p. 107-115, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198676>. Acesso em: 15 jan. 2023.

SALLA, Fernando. A pesquisa sobre prisões: um balanço preliminar. In: KOERNER, Andrei (org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

SALLA, Fernando. O relatório da Comissão de Inspeção da Casa de Correção da Corte, de 1874, e a política penitenciária brasileira no início do século XX. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 35, p. 251-260, 2001.

SALLA, Fernando. Os impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil. *Lusotopie*, p. 419-435, 2003.

SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 57, p. 213-247, 2005.

SÁNCHEZ, Alexandra *et al.* Mortalidade e causas de óbitos nas prisões do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, n. 9, p. 1-13, 15 out. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00224920>. Acesso em: 15 jan. 2023.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurilio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: custos vulnerabilis?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 152, p. 173-209, 2019.

SANTOS, André Leonado Copetti. É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil?. *Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas*, v. 11, n. 6, p. 255-286, 2011.

SCHABBACH, Leticia Maria; PASSOS, Iara Cunha. A produção da ordem no Presídio Central de Porto Alegre pela Polícia Militar. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, p. e1963, 2020.

SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: uma reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 152, p. 19-64, 2019.

- SILVA, Anderson Luiz Brasil. *Os modelos de controle da execução penal no Brasil e na França: uma análise a partir do direito comparado*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017.
- SILVA, Arthur Carvalho da. *O controle externo da execução penal brasileira*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/17749>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- SIMON, Jonathan. Penal monitoring in the United States: lessons from the American experience and prospects for change. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, n. 1, p. 161-173, 2018.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, n. 16, p. 20-45, 2006.
- SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. *“Punir menos, punir melhor”*: discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/353104078_Punir_menos_punir_melhor_discursos_sobre_crime_e_punicao_na_producao_de_alternativas_a_prisao_no_Brasil. Acesso em: 15 jan. 2023.
- STERN, Vivian. The role of citizens and non-profit advocacy organizations in providing oversight. *Pace Law Review*, v. 30, n. 5, p. 1529-1534, 2010.
- TEIXEIRA, Alessandra. Políticas penais no Brasil contemporâneo: uma história em três tempos. *L’Ordinaire des Amériques*, n. 216, 2014. Disponível em: <http://journals.openedition.org/orda/1068>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- TEIXEIRA, Morgana Tays. *A (in)eficácia das medidas provisórias emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às prisões*: casos do Brasil, Argentina e Venezuela. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11690/2277>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- TELLES, Vera da Silva *et al.* Fighting mass incarceration, fighting for life: elements for a history of the present in Brazil. *Champ pénal*, n. 21, 2020. Disponível em: <http://journals.openedition.org/champpenal/12143>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- TOMCZAK, Philippa. Reconceptualizing multisectoral prison regulation: voluntary organizations and bereaved families as regulators. *Theoretical Criminology*, v. 26, n. 3, p. 494-514, jan. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1362480621989264>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- TRINDADE, Kálita; MADEIRA, Lígia Mori. Da segurança nacional à segurança cidadã e o retorno ao endurecimento penal: uma análise dos planos nacionais de segurança pública no Brasil recente. In: LIMA, Luciana Leite; PAPI, Luciana Pazini (org.). *Planejamento e políticas públicas: intencionalidades, processos e resultados*. Porto Alegre: Jacarta, 2020. p. 323. *E-book*. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/212555/001115872.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. *National preventive mechanisms*: Subcommittee on Prevention of Torture. 2023. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/spt/national-preventive-mechanisms>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- VAN DER VALK, Sophie; ROGAN, Mary. Experiencing human rights protections in prisons: the case of prison monitoring in Ireland. *European Journal of Criminology*, v. 18, n. 1, p. 101-119, 2021.
- VAN ZYL SMIT, Dirk. Regulation of prison conditions. *Crime and Justice*, v. 39, n. 1, p. 503-563, 2010.
- VITTO, Renato Campos Pinto de. Potencial e limites das auditorias operacionais no TCU: o caso da política penitenciária. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 16, n. 16, p. 297-309, 2019.

The cover features a photograph of a modern, multi-story building with a grid-like facade. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated figure is prominent. The sky is blue with scattered white clouds. The right side of the cover has a dark red background with a subtle, repeating pattern of stylized floral or scrollwork motifs.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Abolicionismo e hegemonia no
campo de discursividade dos
saberes penais**

**Abolitionism and hegemony in
the discursive field of criminal
knowledge**

Lucas Villa

Bruno Amaral Machado

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

Abolicionismo e hegemonia no campo de discursividade dos saberes penais*

Abolitionism and hegemony in the discursive field of criminal knowledge

Lucas Villa**

Bruno Amaral Machado***

Resumo

Há disputa por hegemonia no campo de discursividade dos saberes penais, travada entre eficientismo penal, minimalismo penal e abolicionismo penal. Essa disputa condiciona as políticas públicas em matéria criminal e de segurança pública no Brasil. O abolicionismo penal encontra-se em posição de absoluta desvantagem nesse embate, figurando como discurso contra-hegemônico. O presente artigo tem por objetivo compreender que estratégias discursivas podem ser mobilizadas para empoderar o discurso abolicionista, colocando-o em condições de disputar hegemonia, influenciando, de forma mais efetiva, mudanças institucionais e políticas públicas voltadas para a solução de situações problemáticas fora da lógica do castigo. A metodologia empregada é de análise bibliográfica, utilizando como ferramentas a genealogia, a desconstrução e a análise do discurso, nos moldes da Teoria do Discurso da escola de Essex. A releitura do conceito de hegemonia, promovida por Laclau e Mouffe, viabiliza estratégias discursivas para reposicionar o abolicionismo na disputa hegemônica. Propõe-se o esgarçamento de sentido do abolicionismo penal a fim de permitir sua conversão em significante vazio, articulando o repúdio à crueldade como ponto nodal. Conclui-se que, com isso, se torna possível construir relação de representação com vários discursos dispersos no campo de discursividade dos saberes penais, permitindo ao abolicionismo penal aglutinar, em cadeia de equivalência, uma maior quantidade de identidades particulares. Isso lhe possibilitará disputar hegemonia, permitindo-lhe atuação em políticas públicas e mudanças institucionais nas searas criminal, prisional e de segurança pública.

Palavras-chave: abolicionismo penal; hegemonia; teoria do discurso; filosofia pós-metafísica; mudanças institucionais.

* Recebido em 12/09/2022
Aprovado em 14/04/2023

** Pós-Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Universität Hamburg, Doutor em Direito pelo UNICEUB, Mestre em Filosofia pela UFPI. Professor da Universidade Federal do Piauí. E-mail: lucasvilla@ufpi.edu.br.

*** Pós-Doutor em Criminologia pela UnB, Doutor em Sociologia Jurídico-Penal pela Universitat de Barcelona, Mestre em Sistema Penal e Problemas Sociais pela Universitat de Barcelona. Professor do Centro Universitário de Brasília. E-mail: brunoamachado@hotmail.com.

Abstract

There is a dispute for hegemony in the field of discursiveness of penal knowledge, between penal efficiency, penal minimalism and penal abolitionism. This dispute conditions public policies in criminal matters and public security in Brazil. Penal abolitionism is in a position of absolute disadvantage in this clash, appearing as a counter-hegemonic discourse. This article aims to understand which discursive strategies could be used to empower

the abolitionist discourse, putting it in a position to dispute hegemony, influencing more effectively institutional changes and public policies aimed at solving problematic situations outside the logic of punishment. The reinterpretation of the concept of hegemony promoted by Laclau and Mouffe will enable discursive strategies to reposition abolitionism in the hegemonic dispute. We will propose the fraying of the meaning of penal abolitionism to the point of allowing its conversion into an empty signifier, articulated around the repudiation of cruelty as a nodal point. With this, it will be possible to build a relationship of representation with various discourses dispersed in the discursive field of criminal knowledge, allowing penal abolitionism to agglutinate, around itself, in a chain of equivalence, a greater number of particular identities. This will enable it to dispute hegemony and, consequently, guide public policies and institutional changes in the criminal, prison and public security fields.

Keywords: penal abolicionism; hegemony; discourse theory; post-metaphysical philosophy; institutional changes.

1 Introdução

Há uma disputa em curso no campo de discursividade dos saberes penais. Trata-se de enfrentamento entre os discursos do eficientismo penal, minimalismo penal e abolicionismo penal. Essa disputa vem sendo polarizada entre eficientismo penal e minimalismo penal, estando o abolicionismo em posição contra-hegemônica.

O problema apresentado neste artigo refere-se à compreensão de estratégias que poderão ser utilizadas para o reempoderamento discursivo do abolicionismo penal, com fins a melhor posicioná-lo na disputa por hegemonia. Utiliza-se o termo hegemonia como a capacidade que pode possuir um discurso de representar e articular a maior quantidade possível de identidades em um mesmo campo discursivo, tornando-se discurso dominante (ainda que sempre de forma precária e contingente)¹.

Somente renovando as estratégias discursivas pode se tornar possível que o abolicionismo penal participe do debate com chances reais de disputar espaço hegemônico². A tese sustentada é que essa reinvenção estratégica do discurso abolicionista deve fazer uso de ferramentas colhidas na filosofia pós-metafísica, com a qual os saberes penais, ainda, não tiveram oportunidade de dialogar suficientemente. Uma dessas ferramentas é a redescrição feita por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe do conceito gramsciano de hegemonia.

Os discursos legitimadores do sistema penal de viés eficientista advogam o incremento do poder punitivo, com a promessa de resposta eficaz ao crime. O minimalismo aponta em outra direção: investe na via reformista, entendendo legítimo o direito penal, desde que reduzido a um mínimo necessário, que garanta e proteja direitos fundamentais. O abolicionismo, de outro lado, parte da radical deslegitimação do sistema de justiça criminal e propõe o abandono do direito penal, incapaz de cumprir suas promessas, e sua substituição por outras formas para a solução de conflitos, pensadas fora da lógica do castigo.

O discurso abolicionista não tem sido bem-sucedido em aglutinar e articular quantidade suficiente de discursos particulares seja para tornar-se hegemônico, seja para sequer disputar espaço de hegemonia em igualdade de condições com os discursos minimalistas e eficientistas. Há hegemonia quando determinada particularidade assume a representação de uma totalidade impossível, quando um discurso é capaz de articular em torno de seus pontos nodais, em cadeia de equivalência, várias outras identidades discursivas que, até então, se encontravam dispersas no campo de discursividade, representando-as. Essa tarefa vem sendo

¹ LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*. por uma política democrática radical. São Paulo: Intermeios, 2015.

² VILLA, Lucas. *Hegemonia e estratégia abolicionista*: o abolicionismo penal como negação da crueldade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.

levada a cabo, de forma mais competente, pelos discursos eficientistas e minimalistas do que pelo abolicionismo penal.

Inicialmente, será desenvolvida a ideia de hegemonia com base na Teoria do Discurso. Em seguida, serão abordadas as quatro condições de possibilidade do discurso hegemônico (dimensões da hegemonia), propostas por Laclau e Mouffe, a fim de demonstrar como elas estão presentes ou podem ser alcançadas no campo de discursividade dos saberes penais. Por fim, aplicam-se as marcas d'água dessa noção pós-metafísica de hegemonia ao discurso do abolicionismo penal, propondo estratégias de redescrição discursiva que lhe possibilitem disputar hegemonia no campo de discursividade dos saberes penais, influenciando, de forma mais efetiva, políticas públicas e mudanças institucionais.

A metodologia empregada será de análise bibliográfica, por meio do uso de ferramentas como a genealogia, a desconstrução e a análise do discurso, nos moldes da Teoria do Discurso da Escola de Essex. Com esses recursos e técnicas de leitura, é possível questionar os regimes de verdade dos saberes penais, bem como as condições em que ocorrem seus modos de veridicção e suas práticas aléurgicas. Assim, emergem dos espaços em branco dos discursos e textos analisados, sinais das relações de poder que tornam dizíveis essas verdades e saberes. Dessa maneira, torna-se viável a articulação de saberes até então desconsiderados no campo de discursividade dos saberes penais, invocando os espectros do marginal e do impensado.

2 Hegemonia e teoria do discurso

A noção de hegemonia, resgatada da obra de Gramsci, encontra em Laclau e Mouffe profunda conexão com a Teoria do Discurso. A linguagem é um sistema de diferenças em que os significados são construídos em relações de “desidentificação”. As identidades se constroem, igualmente, na diferença, e as ações de qualquer identidade somente podem ser entendidas em sentido relacional³. Cada identidade anseia à universalidade, pretende impor sua vontade em relações de antagonismo a outras identidades, buscando universalizar aquilo que possui de particular.

A universalidade pretendida, entretanto, é impossível, em razão da hipercomplexidade do real. Assim, jamais um projeto discursivo alcança universalidade ou possui seus sentidos completamente constituídos. Os discursos articulam sempre na contingência. Consensos sociais são possíveis, mas sempre precários, incompletos e temporais.

Nesse cenário de sentidos incompletos e abertos, identidades são construídas a partir de ordens discursivas que disputam espaço naquilo que Laclau e Mouffe denominam campo da discursividade. Discursos devem ser entendidos, assim, materialmente, como práticas sociais, já que todo espaço social é um espaço discursivo. Um discurso é uma prática articulatória que organiza relações sociais. Laclau e Mouffe esclarecem sobre os conceitos de articulação, discurso, momento e elemento:

no contexto desta discussão, chamaremos *articulação* qualquer prática que estabeleça uma relação entre elementos de tal modo que a sua identidade seja modificada como um resultado da prática articulatória. A totalidade estruturada resultante desta prática articulatória, chamaremos *discurso*. As posições diferenciais, na medida em que apareçam articuladas no interior de um discurso, chamaremos *momentos*. Por contraste, chamaremos *elemento* toda diferença não discursivamente articulada⁴.

³ Esclarece Judith Butler: “the structural feature that all these identities are said to share is a constitutive incompleteness. A particular identity becomes an identity by virtue of its relative location in an open system of differential relations. In other words, an identity is constituted through its difference from a limitless set of other identities”. BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues from the left*. London: Verso, 2000. p. 30-31.

⁴ Laclau e Mouffe esclarecem sobre os conceitos de articulação, discurso, momento e elemento: “no contexto desta discussão, chamaremos articulação qualquer prática que estabeleça uma relação entre elementos de tal modo que a sua identidade seja modificada como um resultado da prática articulatória. A totalidade estruturada resultante desta prática articulatória, chamaremos discurso.

Em uma totalidade discursiva articulada, na qual cada elemento ocupa uma posição diferencial, sendo reduzido a um momento dela, toda identidade é relacional. Nas construções discursivas, quaisquer valores são relativos uns aos outros. As relações, portanto, são necessárias, uma vez que a modificação de um elemento em particular interfere no todo. A identidade é relacional, porém o sistema de relações jamais se fixa como sistema estável de diferenças. Todo discurso é subvertido por um campo de discursividade que vai além de si e lhe transborda. A condição dos elementos é a de “significantes flutuantes”, que nunca podem ser totalmente articulados a uma cadeia discursiva. Toda identidade discursiva (e social, como veremos) está imersa nesse aspecto flutuante, de modo que o caráter ambíguo do significante e sua não fixação a qualquer significado somente é possível na medida em que há proliferação de significados. Aí o papel daquilo que Laclau e Mouffe chamam pontos nodais: fixar parcialmente sentidos, já que o que desarticula uma estrutura discursiva não é a carência de significados, mas a polissemia⁵.

Ocorre que, para Laclau e Mouffe, toda prática social é prática articulatória. Eles rejeitam qualquer distinção entre práticas discursivas e não discursivas, entendendo que: a) todo objeto se constitui enquanto objeto de discurso, uma vez que se dá em condições discursivas de emergência; e b) toda distinção entre aspectos linguísticos e aspectos comportamentais de determinada prática social é incorreta ou deve ser vista como diferenciação na produção social de sentido, estruturada enquanto totalidade discursiva. Laclau e Mouffe estão, portanto, cientes da contingência da linguagem: todo objeto é constituído enquanto objeto de discurso, o que não implica negar a existência de um mundo exterior ao pensamento (e à linguagem)⁶.

Os autores, no entanto, vão além: não apenas inexistente conhecimento fora da linguagem, como não há, também, práticas que não sejam discursivas. Inspirados em Wittgenstein, conferem ao discurso não caráter mental, mas material⁷. Laclau e Mouffe propõem que se faça análise das relações sociais a partir da Teoria do Discurso, ou seja, que se interpretem as práticas sociais como discursivamente construídas. Assim, levar a lógica relacional do discurso às últimas consequências liberta a análise social das amarras e limites impostos por outras miradas. Aceitar que a totalidade discursiva não existe na forma de uma positividade dada e delimitada abre a lógica relacional à contingência. Assim, o projeto político de um determinado discurso nunca tem seus sentidos plenamente constituídos.

É no campo da discursividade que ocorrem as disputas discursivas. Todo espaço social deve ser considerado como um espaço discursivo. O discurso é, portanto, essa prática articulatória que consiste na aglutinação de elementos em um sistema que se organiza em torno de um ponto nodal. O ponto nodal, por sua vez, é um ponto discursivo privilegiado que fixa, ainda que precariamente, os sentidos do sistema. Essa fixação se dá sempre de modo parcial, já que a articulação discursiva naturalmente sofre constantes suturas decorrentes das relações antagônicas com outros discursos concorrentes no campo de discursividade. Por sutura deve-se entender os cortes e remendos a que uma articulação discursiva está exposta e que alteram seu sentido.

As posições diferenciais, na medida em que apareçam articuladas no interior de um discurso, chamaremos momentos. Por contraste, chamaremos elemento toda diferença não discursivamente articulada”. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 178.

⁵ “A prática da articulação, portanto, consiste na construção de pontos nodais que fixam sentido parcialmente; e o caráter parcial desta fixação advém da abertura do social, resultante, por sua vez, do constante transbordamento de todo discurso pela infinitude do campo de discursividade”. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 188.

⁶ “O fato de que todo objeto é constituído como objeto de discurso *não tem nada a ver* com a existência de um mundo externo ao pensamento, nem com a oposição realismo/idealismo. [...] o que se nega não é que tais objetos existam externamente ao pensamento, mas antes a afirmação bastante diferente de que eles próprios possam se constituir como objetos fora de qualquer condição discursiva de emergência”. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 181.

⁷ “Na origem do preconceito anterior reside a suposição do caráter *mental* do discurso. Contra isto, afirmaremos o caráter *material* de toda estrutura discursiva. Defender o oposto é aceitar a dicotomia clássica entre um campo objetivo constituído fora de qualquer intervenção discursiva, e um discurso que consiste na pura expressão do pensamento. Esta é, precisamente, a dicotomia com que várias correntes contemporâneas de pensamento têm tentado romper”. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 181-182.

As disputas discursivas por hegemonia são sempre relações de poder e, justamente por essa razão, contingentes e imprevisíveis. Um sistema discursivo que hoje detém a força política hegemônica pode, amanhã, ver essa configuração ser revertida. Os consensos sociais podem ser futuramente desprezados pelos mesmos sujeitos discursivos que, no passado, os celebraram.

Estabelecer uma relação de hegemonia significa constituir uma relação de ordem. O discurso hegemônico é um discurso sistematizador, aglutinador, de unidade, unificador de diferenças. É nessa tensão entre universalidade e particularidade que se constrói o conceito de hegemonia discursiva. Forjar uma relação discursiva hegemônica significa ordenar um discurso aglutinador, que busque unidade nas diferenças. A hegemonia se contrapõe, justamente, àquilo que Laclau chama de “falta constitutiva”. Para o autor, toda identidade se constrói de forma incompleta. Essa incompletude pode derivar de sua própria articulação incompleta de sentidos, de sua relação com outras identidades ou de sua negação advinda de cortes antagônicos promovidos por identidades rivais. As identidades estão em permanente busca por completude. Essa busca, no entanto, em razão da falta constitutiva, é sempre ineficaz. É procurando preencher esse espaço de incompletude que se justifica a busca por hegemonia. Assim, Laclau entende por hegemonia “uma relação em que um conteúdo particular assume, num certo contexto, a função de encarnar uma plenitude ausente”⁸.

A construção de uma ordem hegemônica é o processo por meio do qual um discurso particular consegue representar discursos e identidades que até então se encontravam dispersos. O discurso hegemônico suplementa, no sentido derridiano do termo⁹, diversos outros discursos, tornando-se discurso centralizador, fincado em um ponto nodal capaz de articular múltiplos elementos que, anteriormente, não estavam articulados entre si. Assim, a relação hegemônica é “essa relação pela qual um elemento particular assume a tarefa impossível de representação universal”¹⁰. Essa relação se dá em um lugar vazio que será sempre foco de perenes disputas entre diferentes discursos dispersos no campo da discursividade¹¹.

É nas trincheiras do campo discursivo que os projetos político-criminais do eficientismo penal, do minimalismo penal e do abolicionismo penal travam seu embate. Prevalece aquele capaz de aglutinar em torno de um ponto nodal o máximo de identidades e discursos particulares possíveis, articulando entre eles conexões que nem sempre são tão evidentes. Assim, para uma melhor performance do discurso abolicionista nessa “guerra de trincheiras”, é preciso saber escolher bem o ponto nodal sobre o qual se fixar e quais os discursos particulares dispersos que se pretende aglutinar. Esgarçar seu sentido particular em busca de uma universalidade (impossível, porém desejável) capaz de agregar em torno de si o máximo de discursos particulares é o desafio estratégico que se constrói diante do discurso abolicionista.

3 As quatro dimensões da hegemonia no discurso abolicionista

Laclau desenvolveu a noção de hegemonia, mais recentemente, em sua participação na obra conjunta *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues on the left*¹², na qual dialoga com Slavoj Žižek e Judith

⁸ LACLAU, Ernesto. *Misticismo, retórica y política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 122.

⁹ Derrida chama atenção para o caráter dúbio do verbo francês *suppléer*, que não só significa suplementar como também substituir. Fazendo referência a Rousseau, que trata a escritura como um “perigoso suplemento” (*supplément*) da fala, Derrida sustenta que todo suplemento denuncia uma falta naquilo que vai suplementar. O suplemento, a um só tempo, complementa o objeto a ser suplementado e o representa e substitui. É neste mesmo sentido que Laclau maneja a ideia de que o discurso hegemônico suplementa uma multiplicidade de discursos particulares: ele complementa suas faltas constitutivas e ao mesmo tempo os representa e substitui. DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 173–200.

¹⁰ CRITCHLEY, Simon; MOUFFE Chantal; DERRIDA, Jacques; LACLAU Ernesto; RORTY, Richard. *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 2005.

¹¹ LACLAU, Ernesto. *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tempo*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1993. p. 45.

¹² BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ŽIŽEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues from the left*. London: Verso, 2000.

Butler. Nela, discorre, de modo sistemático, sobre o conceito, sustentando que hegemonia é mais do que uma categoria útil: define o próprio terreno no qual as relações políticas se constituem¹³.

Para Laclau, há quatro condições de existência do discurso hegemônico, que ele denomina quatro dimensões da hegemonia: 1) a existência de uma desigualdade de poder¹⁴; 2) o ultrapassamento da dicotomia universalidade/particularidade¹⁵; 3) a produção de significantes vazios¹⁶; e 4) a generalização das relações de representação¹⁷. Para que o discurso do abolicionismo penal dispute espaço hegemônico no campo de discursividade dos saberes penais, precisa estar atento a essas quatro condições de possibilidade da hegemonia.

3.1 A existência de uma situação de desigualdade de poder

A primeira dimensão retrata a hegemonia como a própria condição da relação política, baseada em uma incessante disputa que tem por pressuposto a desigualdade de poder. Laclau apresenta como contraponto à lógica hegemônica a visão política de Hobbes, pois se toda fonte de poder possui um só *locus*, o Estado Leviatã, não há espaço para disputa, não há poder a ser disputado, tampouco particularidades a serem aglutinadas. Se não há possibilidade de antagonismo, não é possível falar em disputas hegemônicas, pois jamais emergirão discursos contra-hegemônicos.

Para utilizar a lógica da hegemonia como categoria analítica, é preciso, portanto, pressupor a existência de uma perene disputa política entre diferentes discursos em um mesmo campo discursivo. O espaço hegemônico ocupado por um desses discursos é sempre precário, contingente e permanentemente ameaçado pelos discursos contra-hegemônicos. Se fosse possível que um dos discursos se tornasse universal e totalizador, haveria a morte da própria política, já que um poder total não é, de fato, um poder¹⁸. Havendo, no entanto, distribuição desigual do poder, que se encontra contingencialmente mais concentrado em um determinado discurso em detrimento dos demais, há possibilidade de antagonismo e, conseqüentemente, condição para a disputa hegemônica. Vencerá precariamente a disputa aquele discurso capaz de apresentar seus objetivos inicialmente particulares como compatíveis e representativos do anseio da maior quantidade de outros discursos capazes de interferir no campo de discursividade.

Seria possível, então, mobilizar, para os saberes penais, a categoria analítica da hegemonia? Sustentamos que sim. Há, no campo de discursividade dos saberes penais, um debate entre discursos abolicionistas, mi-

¹³ “[...] ‘hegemony’ is more than a useful category: it defines the very terrain in which a political relation is actually constituted”. LACLAU, Ernesto. Identity and hegemony: the role of universality in the constitution of political logics. In: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues from the left*. London: Verso, 2000. p. 44.

¹⁴ “Thus we see a first dimension of the hegemonic relation: unevenness of power is constitutive of it”. LACLAU, Ernesto. Identity and hegemony: the role of universality in the constitution of political logics. In: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues from the left*. London: Verso, 2000. p. 54.

¹⁵ “We can, in this way, point to a second dimension of the hegemonic relation: there is hegemony only if the dichotomy universality/particularity is superseded; universality exists only incarnated in – and subverting – some particularity, but conversely, no particularity can become political without becoming the locus of universalizing effects”. LACLAU, Ernesto. Identity and hegemony: the role of universality in the constitution of political logics. In: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues from the left*. London: Verso, 2000. p. 56.

¹⁶ “Thus shows us a third dimension of the hegemonic relation: it requires the production of tendentially empty signifiers which, while maintaining the incommensurability between universal and particulars, enables the later to take up the representation of the former”. LACLAU, Ernesto. Identity and hegemony: the role of universality in the constitution of political logics. In: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues from the left*. London: Verso, 2000. p. 57.

¹⁷ “Here we have a fourth dimension of ‘hegemony’: the terrain in which it expands is that of the generalization of the relations of representation as condition of the constitution of a social order”. LACLAU, Ernesto. Identity and hegemony: the role of universality in the constitution of political logics. In: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues from the left*. London: Verso, 2000. p. 57.

¹⁸ “A power which is total is no power at all”. LACLAU, Ernesto. Identity and hegemony: the role of universality in the constitution of political logics. In: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues from the left*. London: Verso, 2000. p. 54.

nimalistas e eficientistas¹⁹. Não há, no entanto, unidade teórica nesses discursos, de modo que existem, em verdade, múltiplos abolicionismos, múltiplos minimalismos e múltiplos eficientismos.

Vera Regina Pereira de Andrade, assim como Louk Hulsman, atenta para o fato de que o abolicionismo penal pode ser interpretado tanto como perspectiva teórica quanto como movimento social. Como perspectiva teórica, haveria ao menos quatro importantes e distintos modelos discursivos abolicionistas: 1) a variante estruturalista de Michel Foucault; 2) a variante materialista de orientação marxista de Thomas Mathiesen; 3) a variante fenomenológica de Louk Hulsman e 4) a variante fenomenológico-historicista de Nils Christie²⁰.

O minimalismo, de igual modo, existe como perspectiva teórica e como modelo de reforma prática. Como perspectiva teórica, Vera Andrade distingue os minimalismos de meio — que deslegitimam o sistema penal, mas defendem um direito penal mínimo que sirva como caminho até que sua total abolição se torne possível — e os minimalismos de fim — que legitimam o sistema penal, desde que ele atenda a determinadas garantias e condições de legitimidade. Entre esses dois modelos de minimalismos, enumera: 1) o minimalismo de base interacionista-materialista de Alessandro Baratta; 2) o minimalismo de base interacionista, foucaultiana e latino-americanista de Eugenio Raúl Zaffaroni e; 3) o minimalismo de base liberal iluminista de Luigi Ferrajoli²¹.

Esse debate, no entanto, segundo a autora, encontra-se equivocadamente polarizado em falsa relação de oposição entre minimalismo e abolicionismo. A antítese do abolicionismo penal não é o minimalismo, mas o eficientismo. O erro de tratar abolicionismo e minimalismo como antagonistas leva à desleal concorrência colonizadora do eficientismo, que toma proveito da aversão ao discurso abolicionista para investir na falsa mediação de um minimalismo “de híbrida categoria”.

A seção a seguir, tratará das estratégias para reverter a posição hegemônica desse minimalismo de híbrida categoria. No entanto, evidencia-se a existência de um campo de discursividade, marcado por antagonismos, em que há desigualdade de poder. Atendida, então, a primeira condição de possibilidade de construção de um discurso hegemônico no campo discursivo dos saberes penais.

3.2 O ultrapassamento da dicotomia universal/particular

A segunda dimensão da hegemonia exige que qualquer discurso que se pretenda hegemônico renuncie a sua condição inicial particularizada para tornar-se *locus* de efeitos universalizantes²². Essa premissa não significa que, para que um discurso possa se tornar hegemônico, precise negar seus conteúdos particulares. O que é necessário é uma ampliação dos conteúdos particulares do discurso ao ponto de que ele possa fazer sentido a outros discursos que se encontram dispersos no mesmo campo de discursividade. Laclau chama “relação hegemônica” a “essa relação pela qual um elemento particular assume a tarefa impossível de representação universal”²³.

Assim, a relação política entre discursos é vista como relação de representação. A particularidade absoluta impede a relação com outros discursos, minando a possibilidade de representação. Uma particularidade que anseia por universalização deve buscar por um suplemento a seu particularismo. Esse suplemento é o

¹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n. 52, p. 163–182, jul. 2006.

²⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n. 52, p. 163–182, jul. 2006. p. 166–167.

²¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n. 52, p. 163–182, jul. 2006. p. 168.

²² MENDONÇA, Daniel de. A teoria da hegemonia de Ernesto Laclau e a análise política brasileira. *Revista Ciências Sociais Unisinos*, v. 43, n. 3, set./dez. 2007. p. 252.

²³ CRITCHLEY, Simon; MOUFFE Chantal; DERRIDA, Jacques; LACLAU Ernesto; RORTY, Richard. *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 2005. Tradução do autor.

que permite a um discurso particular representar conteúdos particulares de outros discursos. Para isso, é preciso que o discurso amplie seus sentidos de modo que consiga abarcar outros sentidos originariamente não circunscritos por sua identidade.

A capacidade de representar outros discursos sem deixar de se autorrepresentar está na base da relação de hegemonia. Essa supressão da dicotomia universalidade/particularidade se dá, principalmente, por meio daquilo que Laclau e Mouffe chamam “ponto nodal”. O ponto nodal é um discurso privilegiado capaz de articular em torno de si uma multiplicidade de outros discursos. Essas articulações formam cadeias de equivalência capazes de possibilitar a representação da qual depende a relação hegemônica.

O ponto nodal para o reposicionamento do discurso do abolicionismo penal na disputa hegemônica deve ser a negação da crueldade²⁴. Se o abolicionismo souber se apropriar dos discursos do repúdio à crueldade e da herança cultural da solidariedade, em torno deles poderá aglutinar discursos dispersos que não possuem foco claramente definido no campo de discursividade dos saberes penais. Em torno da negação do trato cruel, se pode aglutinar tanto um discurso niilista quanto cristão, de esquerda ou liberal, tanto os movimentos sociais emancipatórios quanto os conservadores defensores da família, moral e bons costumes. Pouquíssimas pessoas assumiriam um vocabulário final que fosse, abertamente, favorável à crueldade.

Ao esgarçar o significado de abolicionismo penal e, com inspiração em Rorty²⁵, conceituar o abolicionista como aquele que entende que a crueldade é a pior coisa que se pode fazer, é possível reunir em torno de seu discurso — tendo o repúdio à crueldade como ponto nodal — uma quantidade significativa de particularidades dispersas que podem se reunir e articular enquanto aliadas. Isso passa por tornar o abolicionismo penal um significante vazio.

3.3 A produção de significantes vazios

Laclau insiste que a hegemonia requer, necessariamente, a produção de significantes vazios. O significante vazio é um significante sem significado. Ele ocorre quando um discurso se engaja de tal modo na busca por universalidade que esgarça seus conteúdos a ponto de não poder mais ser significado de maneira precisa. Esse esgarçamento é decorrência de uma expansão da cadeia de equivalências na prática articulatória, agregando elementos antes dispersos.

Apesar do significante vazio ser um significante sem significado exato, ele possui limites que são traçados por discursos antagônicos, que buscam subverter seus sentidos. Os significantes vazios carregam, então, essa aporia: assim como seus limites impedem sua expansão polissêmica, ameaçando sua existência, também afirmam sua própria existência²⁶. Isso significa que a expansão de sentidos da cadeia de relações do significante vazio não é ilimitada, pois, em seu entorno, haverá sempre discursos antagônicos incompatíveis com o núcleo mínimo de sua particularidade. Certas novas relações surgidas seriam simplesmente incompatíveis com as particularidades integrantes da cadeia de equivalências.

O significante vazio, então, renuncia, parcialmente, à sua identidade diferencial para tornar-se ponto nodal de convergência entre diversas identidades particulares anteriormente desconectadas entre si. Rorty dá exemplo de como construir um significante vazio, em *Contingência, ironia e solidariedade*, ao definir os liberais,

²⁴ VILLA, Lucas. *Hegemonia e estratégia abolicionista: o abolicionismo penal como negação da crueldade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.

²⁵ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins, 2007.

²⁶ “Ao mesmo tempo em que os limites de um significante vazio impedem sua expansão significativa e ameaçam sua existência, esses existem também para afirmar a própria existência dessa cadeia discursiva e, ainda, para unir ainda mais as diferenças por ela agregadas, tendo em vista que o limite antagônico é idêntico a todas as identidades constituidoras do significante vazio, gerando, pois, a união dessas diferenças em torno de uma luta comum: contra algo que, de uma forma ou outra, impede a constituição de todos os elementos dessa cadeia de equivalências”. MENDONÇA, Daniel de. A teoria da hegemonia de Ernesto Laclau e a análise política brasileira. *Revista Ciências Sociais Unisinos*, v. 43, n. 3, set./dez. 2007. p. 253.

utilizando o conceito de Judith Shklar, como aqueles que entendem que a crueldade é a pior coisa que se pode fazer²⁷. Com essa definição, esgarça tão amplamente o conceito de liberal que uma multiplicidade de identidades dispersas passa a se poder albergar sob seu manto. Esse é um caminho que os abolicionistas devem aprender, se pretendem disputar hegemonia no campo de discursividade dos saberes penais, e que o minimalismo (mais especificamente, o garantismo penal) parece ter compreendido melhor.

A expressão “garantista” ganhou, no senso comum jurídico brasileiro, alcance muito maior do que os estritos limites de seu conceito teórico. Em sua sabatina no Senado, quando indicado para o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2012, o Ministro Teori Zavascki foi interpelado pelo Senador Álvaro Dias sobre se seria um “garantista”, ao que respondeu: “eu acho que ser garantista ou não é tudo uma terminologia. Se ser garantista é assegurar aquilo que está na Constituição, eu sou garantista, eu acho que todos devem ser garantistas”²⁸. Segundo o ex-Ministro da Corte Suprema brasileira, então, garantista é só “uma terminologia” (sem conteúdo? Um significante sem significado?), e ser garantista é “assegurar aquilo que está na Constituição”, de maneira que “todos devem ser garantistas”. Como não ser garantista, com um conceito tão amplo como esse?

O significado de “garantismo” esgarçou-se tanto que se tornou capaz de aglutinar em torno de si uma enorme quantidade de identidades que não compartilham, necessariamente, das mesmas premissas e conclusões que Luigi Ferrajoli, em *Direito e Razão*²⁹. Fala-se até em “garantismo positivo”³⁰ ou “garantismo integral”, conceitos genuinamente brasileiros, que seriam espécies de “garantismo” preocupados em proteger os direitos individuais dos cidadãos de serem violados por “criminosos” e de garantir o direito de ação do Estado para punir os infratores, baseado em um tal “Princípio da Proibição da Proteção Deficiente”³¹. Trata-se, portanto, não de garantismo propriamente dito, mas de um garantismo de híbrida categoria, colonizado pelo eficientismo — ou que busca colonizá-lo, aglutinando seus discursos em torno do significante vazio “garantismo”. Assim, garantismo significa tudo: do limite à punição ao imperativo de punição.

O próprio significante “minimalismo” dá conta de ainda mais particularidades. Apresentando-se como voz dos direitos humanos, do constitucionalismo e como antagonista do punitivismo, representa uma série de discursos que se articulam em torno de pontos nodais diversos. A expansão de sentido do minimalismo, enquanto significante vazio, inclusive, aglutina em torno de si vários discursos abolicionistas. Equivocadamente, consideram-se “minimalismos de meio” aqueles modelos de abolicionismo penal fraco³² que propõem um direito penal fraco³³, contingente, precário, articulador de sua própria redução com vistas à abolição. Assim, autores como Alessandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni são rotulados (e talvez até se permitam rotular), de forma errônea, como minimalistas (de meio), não como abolicionistas³⁴. Os minimalismos de meio são, na verdade, abolicionismos penais fracos. Permitir que sejam denominados como

²⁷ RORTY, Richard. *Contigência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins, 2007.

²⁸ PRESSÃO parlamentar não intimida ministro. *O Estado de São Paulo*, Brasília, 26 set. 2012. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,pressao-parlamentar-nao-intimida-ministro-imp,-935927>. Acesso em: 14 ago. 2019.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³⁰ Que nada tem a ver com aquele proposto por Alessandro Baratta.

³¹ FERRAZ, Hamilton; BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. Reflexões sobre o garantismo positivo. In: MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei. *O direito em movimento*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2005. p. 57. Os autores atribuem a Lênio Streck a criação do conceito e citam-no com referência a texto que estaria disponível *online* na URL <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3oda-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>. Em acesso realizado em 01 set. 2022, no entanto, não foi possível localizar o texto mencionado.

³² O adjetivo “fraco” será utilizado no decorrer deste artigo não de forma pejorativa, mas no sentido que lhe dá Gianni Vattimo, ao propor um modelo de pensamento fraco para a pós-modernidade, carente de fundamentos fortes metafísicos, mas capaz de articular à meia-luz propostas éticas e políticas compatíveis com nossos tempos. VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

³³ VILLA, Lucas. *Hegemonia e estratégia abolicionista: o abolicionismo penal como negação da crueldade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020. p. 99-162.

³⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n. 52, p. 163–182, jul. 2006. p. 174–176.

minimalismos, ignorando seu compromisso com a deslegitimação do sistema penal e o anseio por sua abolição, é permitir a colonização dos discursos abolicionistas pelo minimalismo, perdendo espaço no campo de discursividade³⁵.

O eficientismo e os movimentos de Lei e Ordem igualmente têm sido bem-sucedidos em colonizar outros discursos, produzindo significantes vazios. O que parece estar em curso na era da globalização neoliberal não é o antagonismo minimalismo *versus* abolicionismo, mas uma expansão cada vez maior do direito penal e do punitivismo, ou seja, um crescimento do discurso do eficientismo penal³⁶. Esse discurso, curiosamente, ancora-se, também, na crise da pena: parte da premissa de que o sistema penal não funciona porque não é suficientemente repressivo e, por isso, pouco eficiente no combate à criminalidade. Com esse argumento, relegitima o sistema por meio da defesa de uma “eficácia invertida”, propondo reformas de natureza punitivista e vendendo a panaceia da expansão penal como solução para os problemas da segurança pública.

Na virada da década de 1980 para a de 1990, a hegemonia do discurso minimalista se viu ameaçada pela globalização do *frisson* norte-americano dos movimentos de Lei e Ordem, com suas janelas quebradas e políticas criminais atuariais. A propaganda midiática das políticas de Tolerância Zero do prefeito Rudolf Giuliani, em Nova York, encontrou alento, inclusive, na realidade marginal dos países latino-americanos, entre eles o Brasil, promovendo intensa colonização legislativa, doutrinária, jurisprudencial e política. A pauta dos partidos e movimentos políticos de todos os matizes ideológicos foi contagiada por esse discurso, alimentando tanto uma direita quanto uma esquerda punitivistas, que se aproveitaram de um mercado eleitoral sedento por consumir criminalização primária. Em torno dos significantes vazios da Lei e da Ordem, surgem as pautas punitivas dos moralistas, dos defensores da família, dos cristãos, dos movimentos sociais, da esquerda punitiva, dos conservadores, dos liberais... A crueldade estatal, disfarçada de defesa social, aglutinou, em torno de si, como ponto nodal, um sem-número de discursos e identidades particulares que se encontravam absolutamente desconexas e dispersas no campo de discursividade.

No entanto, inclusive, muitos dos vocabulários dos “novos movimentos sociais”, que, na análise de Laclau e Mouffe, dão continuidade às lutas do século XIX contra as desigualdades³⁷, têm sido aglutinados pelo discurso eficientista³⁸. Esse incremento do eficientismo penal, marcado pela aglutinação de diferentes discursos graças à produção incessante de significantes vazios (e pela competente propaganda em torno deles), garantiu-lhe espaço privilegiado na disputa hegemônica. O embate estava marcado e delimitado entre os dois discursos que foram mais competentes em produzir significantes vazios e articular particularidades em torno de pontos nodais: o minimalismo penal e o eficientismo penal. O abolicionismo penal, de modo inverso, ficou reduzido a discurso contra-hegemônico, excentricidade radical de importância relicária.

³⁵ Vera Pereira de Andrade, apesar de definir os abolicionismos fracos como minimalismos, é consciente do risco que é esquecer seu compromisso com a abolição: “Posicionar-se pelos modelos minimalistas que são comprometidos com o abolicionismo ignorando esse compromisso é inconsequente perante os modelos e relegitimador perante o sistema penal. Não é consequente sustentar como fim minimalismos que se propõem como meios”. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n. 52, p. 163–182, jul. 2006. p. 177.

³⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n. 52, p. 163–182, jul. 2006. p. 177.

³⁷ “É a permanência desse imaginário igualitário que nos permite estabelecer uma continuidade entre as lutas do século dezenove contra as desigualdades legadas pelo *ancien régime* e os movimentos sociais do presente”. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 244.

³⁸ “[...] na década de 1980, grupos próximos ao movimento crítico aproximaram-se das posições que reivindicam o uso do direito penal como parte da estratégia de luta e reafirmação de direitos. [...] Na Europa, parte dos movimentos sociais (correntes feministas, inclusive) selecionou, em suas estratégias de luta por direitos, o discurso punitivo”. MACHADO, Bruno Amaral; AGNELLO, Priscila Ramos Moraes Rego. Racionalidade penal e semânticas criminológicas na Lei Maria da Penha: o caso do sursis processual. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, 2017. p. 1797-1798.

3.4 A impossível (porém irrenunciável) generalização das representações

O terreno em que a hegemonia se expande é o terreno da generalização das relações de representação como condição de constituição de uma ordem social³⁹. O discurso capaz de articular em torno de si outros discursos exerce função de representação. Ocorre que a própria noção de representação é uma aporia.

Como visto, a incompletude constitutiva do social é crucial para a compreensão do funcionamento da lógica hegemônica. Nesse sentido, o que faz possível a política — a contingência dos atos de instituição — é também o que lhe faz impossível, já que, “em última instância, nenhum ato de instituição é completamente realizável”⁴⁰. Abertamente inspirado em Derrida e na desconstrução, Laclau afirma que “a condição de possibilidade de algo é também sua condição de impossibilidade”⁴¹.

Para ele, a desconstrução tornou possível um giro crucial na teoria política, uma vez que ampliou o campo da indecibilidade estrutural e, com isso, abriu terreno para uma teoria da decisão tomada em contexto indecível. A partir dessas premissas, Laclau desconstrói a lógica da representação⁴². A condição da boa representação é, aparentemente, que o representante transmita, de forma perfeita e transparente, a vontade dos representados. Na boa representação, a vontade do representante e dos representados fluiria em uma só direção, o que pressupõe uma completa identificação do representado e sua vontade. A transparência dessa relação estaria prejudicada se a vontade do representante afetasse as vontades daqueles que deve representar.

Essa relação de representação, no entanto, é necessária, já que os representados estão ausentes do espaço em que ela se dá e porque é ali, naquele local de onde estão ausentes, que as decisões políticas precisam ser tomadas. Como toda decisão, porém, elas envolvem negociações cujos resultados são indeterminados. Isso implica dizer que “se os representados *necessitam* da representação, é porque suas identidades estão incompletas e devem ser *suplementadas* pelo representante”⁴³. Daí decorre que o papel do representante não poderá ser neutro, ou seja, ele não irá simplesmente reproduzir a vontade dos representados. Precisarão contribuir com a identidade daqueles que representa, no momento em que *suplementa* suas vontades, participando de negociações em espaços dos quais os representados estão ausentes e tomando decisões negociais em face de questões imprevisíveis sobre as quais não terá oportunidade de consultá-los previamente. Assim, a relação de representação será constitutivamente impura: o movimento de representado a representante precisará ser suplementado por um movimento que se dá na direção contrária, de representante a representado. O caráter impuro da representação é, portanto, constitutivo, pois “o que faz possível uma boa representação é o que, ao mesmo tempo e pelas mesmas razões, a faz impossível”⁴⁴. Assim, a fragmentação das identidades sociais típica das sociedades complexas requer formas de aglutinação política que implicam que os representantes desempenhem papel ativo na formação das vontades coletivas, em lugar de apenas funcionarem como espelho passivo dos interesses pré-constituídos dos representados. Isso, muitas vezes, inclui, para os líderes populares, na realidade de países “de terceiro mundo”, a tarefa de “proporcionar às massas marginalizadas uma *linguagem* a partir da qual se torne possível a reconstituição de suas identidades e suas vontades

³⁹ LACLAU, Ernesto. Identity and hegemony: the role of universality in the constitution of political logics. In: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues from the left*. London: Verso, 2000. p. 57.

⁴⁰ CRITCHLEY, Simon; MOUFFE Chantal; DERRIDA, Jacques; LACLAU Ernesto; RORTY, Richard. *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 99. Tradução nossa.

⁴¹ CRITCHLEY, Simon; MOUFFE Chantal; DERRIDA, Jacques; LACLAU Ernesto; RORTY, Richard. *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 99. Tradução nossa.

⁴² LACLAU, Ernesto. Power and representation. In: POSTER, Mark (org.). *Politics, theory and contemporary culture*. New York: Columbia University Press, 1993. p. 277–296.

⁴³ CRITCHLEY, Simon; MOUFFE Chantal; DERRIDA, Jacques; LACLAU Ernesto; RORTY, Richard. *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 101–102. Tradução nossa.

⁴⁴ CRITCHLEY, Simon; MOUFFE Chantal; DERRIDA, Jacques; LACLAU Ernesto; RORTY, Richard. *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 102. Tradução nossa.

políticas⁴⁵. Isso porque, nesses casos, fatores como o desemprego e a marginalização social resultam em identidades sociais destruídas no nível da sociedade civil. Nessas situações, o mais difícil é constituir um interesse, uma vontade a ser representada dentro do sistema político.

Assim, a ambiguidade e a indecidibilidade entre os vários movimentos possíveis transformam a relação de representação no campo de batalha hegemônico entre uma multiplicidade de decisões em aberto. A representação é um processo por meio do qual o representante, a um só tempo, *substitui e encarna* o representado. As condições de uma representação perfeita, porém, jamais podem ser satisfeitas na lógica política. A representação é sempre falha, pois a vontade do representado nunca é integralmente satisfeita. Apesar de inatingível, no entanto, a representação é necessária. Aí reside a aporia da impossível, porém irrenunciável generalização das representações: toda representação será, necessariamente, distorcida, já que não corresponde a um objeto possível. Os sentidos da representação são aqueles produzidos pelas diferenças particulares das identidades representadas. Assim, se encontra a própria ideia de hegemonia: ela nada mais é do que essa situação em que uma determinada particularidade assume a representação de uma totalidade impossível.

Forma-se, então, em torno do discurso hegemônico, cadeia equivalencial discursiva. O fato de que esse discurso privilegiado representa os demais não implica, no entanto, a negação dos conteúdos particulares dos demais discursos que se articulam na cadeia. Nesse sentido, Laclau afirma que é plenamente possível estabelecer a diferença entre o que é a estrutura discursiva e o que são seus elementos e momentos articulados. Caso contrário, não se estaria diante de uma cadeia de equivalências, marcada por diferenças que se articulam em torno de um projeto discursivo comum, mas diante de uma igualdade, ou seja, de elementos idênticos que, em verdade, caracterizam um só elemento.

A representação que caracteriza a relação hegemônica tem sempre caráter contingente e precário. Não há, necessariamente, previsibilidade de que um discurso seja capaz de assumir a representação de outros discursos. Essa representação se dá no momento em que um discurso consegue universalizar seus conteúdos, ultrapassando a mera expressão de sua particularidade, substituindo e encarnando outras particularidades. A hegemonia ocorre no momento em que se generaliza (ainda que precariamente) a relação de representação.

Essa impossível e, ao mesmo tempo, irrenunciável generalização da representação de outros discursos, é o que o discurso abolicionista deve buscar. Para isso, precisa tornar-se capaz de substituir e encarnar o máximo possível de discursos particulares. Essa representação só é possível, no entanto, se os sentidos do abolicionismo penal forem esgarçados ao ponto de torná-lo um significante vazio, articulando, em torno de seu ponto nodal, uma série de outros discursos até então dispersos e, assim, ultrapassando a dicotomia entre particularidade e universalidade.

4 Estratégias discursivas para um abolicionismo penal pós-metafísico

Chegamos, finalmente, ao ponto de síntese. De que modo ferramentas de filosofia pós-metafísica podem contribuir para reposicionar o abolicionismo penal na disputa por hegemonia no campo de discursividade dos saberes penais? Que papel poderia desempenhar um abolicionismo penal pós-metafísico?

Trata-se de pensar um discurso para o abolicionismo penal do futuro, já que os discursos abolicionistas do passado e do presente não vêm obtendo suficiente sucesso na disputa hegemônica. Enclausurados em suas próprias particularidades, os discursos abolicionistas falham em generalizar a representação de outros discursos, substituindo-os, encarnando-os e suplementando-os.

⁴⁵ CRITCHLEY, Simon; MOUFFE Chantal; DERRIDA, Jacques; LACLAU Ernesto; RORTY, Richard. *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 102–103. Tradução nossa.

Para modificar esse cenário, parte-se do pressuposto de que são necessários dois tipos de abolicionistas penais: os metafísicos e os pós-metafísicos. É pelos últimos, no entanto, que o projeto se inicia. Intitulam-se, neste artigo, abolicionistas penais metafísicos aqueles que acreditam haver um fundamento forte para repudiar a crueldade, que acreditam haver uma resposta não circular à pergunta “por que não ser cruel?” (ou “por que ser abolicionista?”). O abolicionista penal pós-metafísico, por sua vez, é aquele que ultrapassou a crença nos universais, nos absolutos, que abandonou a nostalgia do ser enquanto presença e mergulhou na contingência da linguagem, se engajando na tarefa de construir novos vocabulários, conscientemente precários — e também na tarefa perene de duvidar de seu próprio vocabulário final.

Para o sucesso na busca por hegemonia, o abolicionista pós-metafísico precisará reunir, em torno de pontos nodais, particularidades discursivas dispersas, premissas compartilhadas por todos os discursos que se pretende articular em cadeia de equivalência. Mesmo quando elementos diferentes se articulam em cadeia equivalencial e assumem a posição de representados diante de um discurso mais aberto, não negam suas particularidades. Pelo contrário, as mantêm. É ao abolicionista penal metafísico, por sua vez, que caberá difundir o discurso do abolicionismo penal, adaptando-o às particularidades identitárias do grupo a que pertence e com o qual compartilha um conjunto de crenças e valores.

Sustenta-se aqui que o discurso mais apropriado para assumir a função de ponto nodal e aglutinar em torno de si e do abolicionismo penal grande quantidade de discursos dispersos no campo de discursividade é o discurso de negação da crueldade. Além de ser um ponto recorrente entre os discursos abolicionistas dos mais diversos matizes, o repúdio à crueldade dificilmente será antagonizado de modo aberto. Poucos discursos se articularão a favor da crueldade. Se o abolicionista é aquele que é contra a crueldade, será fácil fazer com que muitas identidades particulares se vejam representadas em seu discurso. Em tese, são contra a crueldade os cristãos, os liberais, os socialistas, os defensores dos direitos humanos, os movimentos sociais, os ambientalistas e assim por diante. Ao abolicionista penal pós-metafísico caberá, por exemplo, alcançar o cristão, seja ele um abolicionista penal metafísico, seja ele alguém que não é um abolicionista, mas pode vir a ser. O cristão, então, uma vez sentindo-se representado pelo discurso abolicionista de repúdio à crueldade, promoverá esse discurso entre o grupo com quem compartilha crenças e valores. O abolicionismo penal se expande.

O abolicionismo penal pós-metafísico, assim, terá tarefas fundamentais para levar a cabo esse projeto hegemônico. A seguir, sugerem-se algumas delas⁴⁶.

4.1 Ampliar o significado histórico do abolicionismo, para além do abolicionismo penal, identificando-o com outras conquistas

O abolicionismo penal é espécie do gênero abolicionismo. É importante evidenciar esse ponto para dissociar do abolicionismo penal a ideia de movimento isolado, utópico e impossível, que nunca foi posto em prática em qualquer lugar do mundo e jamais o será. O abolicionismo penal integra projeto muito maior que a simples abolição da pena ou do sistema penal. Integra, como espécie, o gênero abolicionismo, que tem por tarefa perene, que nunca será levada a cabo em sua integralidade, mas que também nunca poderá ser abandonada, a luta pela abolição da crueldade, em todas as suas formas de manifestação. Por crueldade, entende-se a causação voluntária de sofrimento desnecessário.

Esse movimento pela abolição da crueldade é tão antigo quanto a história da humanidade. Já se manifestou e se manifesta de várias maneiras, possuindo várias espécies. Sebastian Scheerer recorda, por exemplo, que, no século XIX, não se podiam imaginar práticas pedagógicas sem o castigo, inclusive corporal. Atual-

⁴⁶ VILLA, Lucas. *Hegemonia e estratégia abolicionista: o abolicionismo penal como negação da crueldade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020; VILLA, Lucas. Além da metafísica penal: o enfraquecimento dos fundamentos da pena na dogmática alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 195, ano 31, p. 17-46, mar./abr. 2003.

mente, nenhum pedagogo tentará alcançar seus objetivos mediante a intimidação, a paralização ou outros métodos de coação. A validade dos valores já não é imposta pelo mestre castigando publicamente o aluno, senão que é convertida em tema de discussão⁴⁷. Assim como foi possível a abolição do castigo corporal nas práticas pedagógicas, a abolição da escravatura e da pena de morte em grande parte dos países do ocidente, também a abolição do castigo público (pena) nada tem de impossível ou utópico.

Muitas espécies do gênero “abolicionismo”, entendido enquanto movimento que busca a abolição do trato cruel, têm sido bem-sucedidas no curso da história. São conquistas do movimento abolicionista, como gênero: (a) a abolição da escravidão em vários países, inclusive no Brasil⁴⁸; (b) a abolição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados e de castigos corporais em vários países, inclusive no Brasil⁴⁹; (c) a abolição das penas indeterminadas⁵⁰; (d) a abolição da tortura como método de investigação⁵¹; (e) a abolição do sistema inquisitório e sua substituição pelo sistema acusatório⁵²; (f) a abolição do castigo pedagógico corporal; (g) a abolição dos manicômios⁵³; (h) a abolição dos leprosários e dos campos de concentração; (i) a abolição da eugenia; (j) a abolição do fundamento divino da pena e dos juízos de Deus; (k) o fim da caça às bruxas.

Muitas dessas conquistas eram inimagináveis e pareciam impossíveis antes de serem atingidas. Como pensar sociedade sem escravidão na Grécia do século de Péricles ou no Brasil do descobrimento? A abolição da escravidão e da pena de morte já foi impensável no passado, assim como, atualmente, se considera impensável a abolição das prisões⁵⁴. Todas essas lutas são lutas contra a crueldade. É preciso permitir que o abolicionismo penal tome seu lugar nessa cadeia de equivalências, mostrando que abolições tão ou até mais difíceis já foram conquistadas historicamente, em nome da negação da crueldade. O abolicionismo penal deve ser visto como heterotopia, não como utopia.

4.2 Esgarçar o significado do abolicionismo penal, tornando-o significativo vazio, utilizando a negação da crueldade como ponto nodal

Repudiar a crueldade faz parte da tradição ocidental. As sensibilidades do homem contemporâneo estão talhadas para fazê-lo. Armadilhas são postas para que sejamos cruéis, mas é possível massificar estratégias de desmascaramento da crueldade, em suas mais diversas formas de manifestação. O caminho para deslegitimar a pena é o mesmo caminho para deslegitimar o crime: repudiar a crueldade, seja ela a grande crueldade, praticada pelo Estado contra o indivíduo, seja a pequena crueldade, praticada por um indivíduo contra outro.

Articular as mais diferentes identidades discursivas em torno da negação da crueldade, como ponto nodal, associando-a ao abolicionismo (abolicionista é todo aquele que pretende a abolição da crueldade), parece o melhor caminho para construí-lo enquanto significativo vazio capaz de representar os mais diversos discursos dispersos no campo de discursividade dos saberes penais. Assim, o verdadeiro adversário do abolicionismo penal não é o eficientismo penal, tampouco o minimalismo penal, mas o trato cruel. Só há, nesse campo discursivo, duas alternativas: ser abolicionista ou ser cruel. A questão deve ser posta nesses termos.

⁴⁷ SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*, v. 12, n. 1, p. 69-83, 2001. p. 75.

⁴⁸ Trata-se de uma batalha ainda em curso. O abolicionismo da escravatura é uma espécie do gênero abolicionismo que ainda tem longa tarefa pela frente. Estima-se que existam, hoje, por volta de 30 milhões de pessoas vivendo em regime de escravidão no mundo. A África é o continente com maior concentração de escravos. Regiões como Paquistão e Índia também registram altos índices, esta possuindo a maior quantidade de escravos em números brutos, por volta de 14 milhões de pessoas (disponível em: <http://www.globallslaveryindex.org>)

⁴⁹ Batalha vencida em vários países, mas que ainda está longe de terminar. Mesmo em países com regimes democráticos como Estados Unidos, Japão e Coréia do Sul, a pena de morte, ainda, é aplicada. Penas perpétuas são, ainda, adotadas, inclusive, em países da Europa como a Inglaterra, País de Gales e Itália. Os castigos corporais são comuns em países do Oriente Médio.

⁵⁰ No Brasil, sob o argumento de que medidas de segurança não são penas, há, ainda, sanções indeterminadas, por exemplo, para doentes mentais.

⁵¹ Guantánamo prova que a questão ainda é problemática mesmo em países com regime democrático.

⁵² Mesmo no Brasil não se pode dizer que há um sistema acusatório puro.

⁵³ O abolicionismo penal tem muito a aprender com o movimento antimanicomial e sua luta (ainda em curso).

⁵⁴ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? *Verme*, n. 4, p. 80-111, 2003. p. 82-83.

Todos os discursos que legitimam a pena partem de uma premissa: há situações em que é justificável ser cruel. O abolicionista repudia, moralmente, essa premissa, já que entende que ser cruel é a pior coisa que se pode fazer. Se não há nada pior que a crueldade, também não há nada que possa justificá-la ou legitimá-la.

Vincenzo Guagliardo sustenta que o direito penal é, em verdade, uma falsa ciência (uma linguagem) que tem por objetivo esconder um aspecto da realidade: o sofrimento. A objetividade da linguagem jurídico-penal apresenta-se como ilusão que dissimula que o sistema penal intervém na subjetividade humana, ou seja, em algo oposto a qualquer objetividade, que não se pode mensurar quantitativamente⁵⁵. A dor é uma experiência indefinível. Em razão disso, afirma que o primeiro achado do abolicionismo penal é que o direito penal serve para esconder a dor, o sofrimento, a crueldade⁵⁶. Daí deriva outra descoberta: ao refutar uma pseudociência em nome de algo que nunca poderá ser objeto de ciência (a crueldade, a dor, o sofrimento), o abolicionismo penal é, sobretudo, uma crítica moral.

Assim, o enfrentamento à crueldade e ao sofrimento legal se mostra como premissa abolicionista fácil de ser compartilhada com outras identidades discursivas. Nils Christie argumenta: “não consigo imaginar a possibilidade de lutar para fazer aumentar na terra o sofrimento legal que o homem inflige ao homem”. Em razão disso, conclui: “não vejo que outra possibilidade possa ser defendida se não a de lutar para que seja reduzida a severidade das penas”⁵⁷. Ao assumir a pena como crueldade estatal e o direito penal como racionalização do trato cruel, só restam duas alternativas: ser a favor ou contra a crueldade, ser sádico ou ser abolicionista.

4.3 Fagocitar discursos que giram em torno de outros eixos

A disputa por hegemonia é disputa por espaço discursivo. Leva vantagem aquele que consegue articular mais particularidades, fazendo-as gravitar em torno de seus pontos nodais. Hegemônico é o discurso que consegue representar maior quantidade de identidades. Assim, não se pode permitir que identidades como o funcionalismo redutor de Zaffaroni ou a criminologia crítica de Baratta, absolutamente deslegitimadoras do sistema penal, sejam apropriadas pelo minimalismo penal ou por qualquer discurso que pretenda legitimar a pena e o trato cruel. Não há minimalismo de meio, mas abolicionismo penal fraco, não radical, mediato. Na disputa discursiva, os nomes são tudo, pois a batalha é travada no campo da linguagem. É preciso descrever o máximo possível de discursos segundo o vocabulário abolicionista. Assim, o abolicionista deve estar atento aos discursos minimalistas ou mesmo eficientistas que possam ser fagocitados e aglutinados, redescritos e representados.

4.4 Aglutinar discursos dispersos em torno do ponto nodal, utilizando premissas compartilhadas

Há, perdidas e dispersas no campo de discursividade, uma série de identidades que não articulam de modo orientado e coerente quando se trata da questão penal. Várias dessas identidades dispersas compartilham premissas com o abolicionismo penal, entre elas a aversão à crueldade.

Para Perelman, persuadir um auditório supõe partilhar com ele algumas premissas⁵⁸. Assim, o discurso abolicionista precisa infiltrar-se e converter dentro de grupos que estejam abertos ao discurso que antagonize a crueldade. Nesses círculos, é preciso ser incisivo e desvelar as violências do sistema penal, como

⁵⁵ GUAGLIARDO, Vincenzo. *De los dolores y las penas*: ensayo abolicionista y sobre la objeción de consciencia. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013. p. 52.

⁵⁶ GUAGLIARDO, Vincenzo. *De los dolores y las penas*: ensayo abolicionista y sobre la objeción de consciencia. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013. p. 54. Tradução nossa.

⁵⁷ CHRISTIE, Nils. *Abolir le pene?* Turin: Grupo Abele, 1985.

⁵⁸ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ele estigmatiza e desumaniza, como é seletivo e perverso. Algumas dessas identidades particulares que o abolicionismo penal deve buscar representar e com as quais precisa dialogar, buscando formar cadeias de equivalência, são:

(a) Cristianismo: Cristo representa amor. Seu exemplo de vida recomenda a preocupação com os marginalizados e excluídos e o repúdio à crueldade. O próprio Cristo foi vítima do sistema penal, havendo sido considerado criminoso, julgado e condenado a pena cruel. Considerando que o crime é uma construção social e que varia no tempo e no espaço, Cristo, para a sociedade em que viveu, fora um criminoso. O tratado a ele pelo sistema penal de seu tempo era natural, àquela época. Para nós, é uma monstruosidade. Do mesmo modo, aos olhos dos homens e mulheres do futuro, nosso sistema penal certamente parecerá uma monstruosidade.

(b) Liberalismo: a tradição liberal está alicerçada nos *standards* do iluminismo e da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. O sistema penal é um monumento contra a liberdade. Seletivo, também atenta contra a igualdade. Fundamentado na vingança e na crueldade, igualmente ofende a fraternidade. Rorty traça os caminhos para associar o liberalismo ao repúdio à crueldade⁵⁹. Seguindo a mesma rota e redescrivendo o sistema penal como a racionalização da grande crueldade, parece imperativa a adesão do liberal ao discurso abolicionista. Ademais, o argumento econômico de como o sistema prisional é, comprovadamente, um luxo caro e ineficaz, também pode dialogar bem com essa tradição.

(c) Socialismo: as causas da esquerda se estruturaram contra a opressão, exploração e marginalização das populações vulneráveis. O sistema penal, seletivo e opressor, está, na leitura marxista, claramente entre aqueles produtos da superestrutura que existem para garantir a manutenção do *status quo*. Ele promove distribuição não equitativa de dor e sofrimento, aplicados primordialmente às classes menos favorecidas. As lutas da esquerda podem, portanto, facilmente ser representadas pela luta que o abolicionismo penal promove contra a crueldade.

(d) Movimentos sociais: as causas de movimentos sociais como o feminismo, o movimento LGBTQIA+, movimentos étnico-raciais, muitas vezes encontram-se isoladas em seu particularismo, sem perceber que todas as lutas contra a opressão e crueldade estão interligadas. Por ter falhado em dialogar de modo eficaz com esses movimentos, o abolicionismo penal tem perdido espaço nos terrenos mais férteis e politicamente estratégicos. Parte dos movimentos sociais incorporam aos seus discursos pautas punitivas. Esquecem, no entanto, que cada um, à sua maneira, propõe desconstrução semelhante àquela proposta pelo abolicionismo penal: pretendem produzir discursos em que o centro seja ocupado pelos elementos marginais dos pares binomiais que estruturam nossa sociedade. A mulher, historicamente marginalizada em face do homem, ocupa o centro no feminismo. O mesmo com os negros, marginalizados em relação aos brancos; as lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais, *queers*, em relação ao heterossexual, e assim por diante. São movimentos emancipatórios que lutam contra a marginalização, preconceito e crueldade impostos aos socialmente vulneráveis. É preciso costurar essa sutura discursiva e reunir todos os discursos que desafiam a opressão e a dominação em torno de um mesmo ponto nodal: a negação da crueldade.

(e) Ambientalismo e ativismo ecológico: os movimentos de defesa do meio ambiente são, em regra, marcados por um vitalismo e uma aversão à crueldade com os animais e com a natureza em geral. Essa capacidade de sentir empatia, repudiando o sofrimento, dá espaço à sutura com o discurso abolicionista. Nós, humanos, somos também animais e parte da natureza.

(f) Movimento antimanicomial: a luta contra o encarceramento dos doentes mentais tem sido bem-sucedida e pode ensinar muito ao abolicionismo penal. A aliança entre os discursos é quase que intuitiva e a aproximação parece simples e necessária.

⁵⁹ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins, 2007.

(g) Movimentos de defesa dos direitos humanos: os movimentos de direitos humanos têm ligação umbilical com a questão carcerária. Ocorre que seus ativistas muitas vezes são seduzidos pelo discurso reformista, depositando forças na batalha inútil por reformas carcerárias e pela impossível humanização de um sistema que, em sua estrutura, é desumano. Aglutinar o discurso dos direitos humanos, despertando-o para a necessidade de assumir a falta de legitimidade do sistema penal, sob pena de retroalimentar a crueldade, é questão igualmente urgente.

Esses são exemplos de espaços discursivos onde se entreveem aliados. Os abolicionistas penais não metafísicos devem buscar colonizar esses espaços, produzindo, ali, mais abolicionistas, ainda que, em alguns casos, metafísicos, presos aos fundamentos fortes de seus grupos identitários. Pesquisas e trabalhos devem ser desenvolvidos para aprofundar cada um desses eixos temáticos, encontrando pontes e conexões que fortaleçam a relação de representação entre abolicionismo penal e cristianismo, abolicionismo penal e feminismo, abolicionismo penal e movimento negro, abolicionismo penal e movimento LGBTQIA+, abolicionismo penal e direitos humanos, abolicionismo penal e movimentos sociais e assim por diante.

4.5 Redescrever o abolicionismo mediante diferentes protocolos de convencimento

É preciso, também, diversificar as ferramentas discursivas para a multiplicação da mensagem abolicionista. Os autores abolicionistas não podem escrever apenas para si próprios ou para iniciados no tema. Um dos desafios é abandonar o vocabulário hermético de quem prega para convertidos e expandir o leque de alcance do discurso abolicionista, redescreto enquanto negação da crueldade.

Rorty propõe que romances podem ser muito mais eficazes para sensibilizar contra a crueldade do que tratados de filosofia⁶⁰. Não só a literatura, mas vários outros mecanismos podem ser igualmente úteis ao abolicionismo, sendo mais eficazes em despertar aversão à crueldade estatal do que tratados de criminologia e de direito penal. Apresentam-se alguns desses caminhos a serem explorados:

(a) Literatura e poesia: Rorty esclareceu como a literatura pode ser uma ferramenta poderosa no combate à crueldade. Há muito terreno a ser explorado pelo abolicionismo, tanto na produção de literatura e poesia abolicionista, como na crítica literária, redescrevendo as obras a partir desse viés⁶¹.

(b) Hipérbole: pequenas mudanças na linguagem podem alterar toda a percepção que temos daquilo que nos cerca. Hulsman ensina isso quando propõe o abandono da linguagem punitiva⁶². Ocorre que, se por um lado, a linguagem de Hulsman se instrumentaliza pelo eufemismo (substituição de expressões pesadas da linguagem penal como “crime” por “situações problemáticas”, por exemplo). Sugere-se, também, o apelo inverso: o uso metodológico da hipérbole, ao estilo nietzschiano, como estratégia política de transgressão⁶³. O discurso abolicionista deve promover o exagero das formas, pois evidencia a associação entre direito penal e crueldade. O sujeito pós-moderno não é sutil. Sempre bombardeado pela hiperinformação, prender-lhe a atenção não é tarefa simples. Ele precisa ser provocado com extremos. Assim, sugere-se, sempre que possível, a substituição dos eufemismos da linguagem punitiva por expressões hiperbólicas que despertem o ouvinte para a natureza cruel do trato penal (“enjaulamento de seres humanos” em lugar de “pena privativa de liberdade”, por exemplo). Importante o exagero das formas não apenas na linguagem escrita ou falada, mas na imagética. Denunciar visualmente a desumanidade da máquina punitiva também é uma ferramenta.

⁶⁰ RORTY, Richard. *Contigência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins, 2007.

⁶¹ VILLA, Lucas. *Hegemonia e estratégia abolicionista: o abolicionismo penal como negação da crueldade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.

⁶² HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam Editora, 1997.

⁶³ NEHAMAS, Alexander. *Nietzsche: life as literature*. Harvard: Harvard University Press, 2002.

(c) Cinema e teatro: filmes, séries, peças de teatro. Todos são ferramentas capazes de pôr em movimento as temáticas de negação da crueldade e de povoar de forma marcante o imaginário das pessoas. A criminologia cultural tem dado boas lições disso⁶⁴.

(d) Cultura pop e música: difundir as ideias de aversão à crueldade estatal e o discurso abolicionista na cultura pop e através da música também pode ser um caminho.

(e) Mídias convencionais e estratégias de propaganda: o punitivismo atua mediante eficiente estratégia de propaganda que envolve televisões, jornais, portais, revistas... deve haver uma contrapropaganda que ocupe os espaços na mídia para tratar de temas a partir de abordagens abolicionistas, denunciando a irracionalidade e crueldade que subjaz no sistema penal e penitenciário. É importante, por exemplo, expor as mortes diárias de pessoas “descartáveis” que ocorrem no sistema prisional brasileiro, mostrando à população o verdadeiro genocídio de populações vulneráveis, principalmente da juventude negra.

(f) Mídias sociais: usar mídias e redes sociais para propagar mensagens de solidariedade e de repulsa à crueldade, disseminando o discurso e as ideias abolicionistas e denunciando o trato cruel promovido pelo sistema.

(g) Filosofia e ciência: não é preciso, no entanto, abandonar a técnica e os discursos teóricos. Deve-se argumentar, também, com dados colhidos da realidade social, em pesquisas empíricas, para denunciar a falta de utilidade do sistema penal e disputar hegemonia no meio acadêmico. Desmascarar aos estudantes, desde cedo, as contradições do sistema penal, apresentando-lhes o vocabulário abolicionista. Apostar em um direito penal fraco, capaz de articular à meia-luz, produzindo teoria do delito e atuando na esfera da dogmática penal a partir do prisma da deslegitimação⁶⁵. Investir em grupos de estudos e de pesquisa sobre o tema. Reconciliar criminologia e filosofia, permitindo o diálogo do abolicionismo penal com projetos filosóficos contemporâneos de caráter pós-metafísico.

4.6 Associar os discursos antagônicos a elementos discursivos negativos

Outra estratégia retórica útil é mostrar as equivalências existentes entre mecanismos do sistema penal e prisional e entes históricos ou teóricos que causam repulsa generalizada. Prisões podem ser descritas como releituras dos campos de concentração, as rebeliões e mortes no sistema prisional como genocídios, o punitivismo e as teorias que legitimam a pena estão intimamente ligados a um certo tipo de sadismo, o direito penal corresponde a uma racionalização duvidosa da crueldade estatal e o processo penal funciona como um ritual de sacrifício de pessoas em condição de vulnerabilidade.

4.7 Investir em micropolíticas de abolição e em mudanças institucionais

Guagliardo alerta que, no plano imediato, só se pode afirmar que se encaminham em sentido abolicionista medidas que: 1) reduzam as penas atualmente existentes; 2) se oponham ao aumento do número de presos e de prisões; 3) favoreçam automatismos, ou seja, mecanismos objetivos (fundados na quantidade de pena cumprida ou arbitrada) para concessão de benefícios; e 4) considerem os afetos e a sexualidade como um direito dos apenados, não como um benefício⁶⁶. Parece, no entanto, que há algo mais a fazer.

⁶⁴ MACHADO, Bruno Amaral; ZACKESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza (coord.). *Criminologia e cinema: semânticas do castigo*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁶⁵ VILLA, Lucas. Além da metafísica penal: o enfraquecimento dos fundamentos da pena na dogmática alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 195, ano 31, p. 17-46, mar./abr. 2003.

⁶⁶ GUAGLIARDO, Vincenzo. *De los dolores y las penas: ensayo abolicionista y sobre la objeción de consciencia*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013. p. 223.

Em outra oportunidade⁶⁷ já se fez referência às principais estratégias de ação do abolicionismo penal: 1) despenalização; 2) descriminalização; 3) desencarceramento; 4) deslegitimação; 5) desestatização; 6) desnaturalização; 7) desetiquetamento. O abolicionismo penal deve, nesse sentido, engajar-se em lutas pontuais que tenham o condão de enfraquecer e desarticular a lógica punitiva. Estratégias de ação não são o objeto deste artigo, que se debruça sobre estratégias discursivas e na disputa por hegemonia no campo de discursividade. Entendendo, no entanto, com Laclau e Mouffe, que não existem práticas não discursivas, não se poderia deixar de enumerar algumas micropolíticas de abolição para a práxis, que podem e devem ser incluídas no discurso do abolicionismo penal como desafios pontuais. É, inclusive, fundamental incluir, no discurso abolicionista, propostas concretas, não tomando o desmascaramento como fim em si mesmo.

Algumas dessas micropolíticas estariam disponíveis desde já. O direito penal poderia ficar restrito, apenas, às condutas que envolvam violência ou grave ameaça e que resultem em efetiva lesão aos bens jurídicos vida e integridade física/psíquica. A pena privativa de liberdade, igualmente, ficaria restrita a esses delitos. Nos demais casos, o direito penal poderia ser substituído por um direito de intervenção (mais ou menos como pensado por Hassemer⁶⁸), espécie de direito administrativo sancionador que atue por meio de sanções não afitivas e de medidas cautelares que tenham por objetivo não punir, mas evitar lesões futuras. A isso poderiam associar-se: (a) abolição dos tipos penais e da pena de prisão para crimes que não envolvam violência ou grave ameaça à pessoa; (b) abolição dos tipos penais que busquem resguardar direitos difusos e coletivos; (c) abolição dos crimes de perigo; (d) abolição dos crimes culposos; (e) extinção da punibilidade nos casos de tentativa branca (que não chega a causar qualquer dano a bem jurídico alheio)⁶⁹; (f) descriminalização e regulamentação das drogas e o fim da fracassada política do proibicionismo de guerra; (g) redescrição das categorias da Teoria do Delito de forma a interpretá-las restritivamente e tomando em conta a coculpabilidade do estado e da sociedade, bem como eventual condição de vulnerabilidade social do imputado⁷⁰; (h) investimento em justiça terapêutica como alternativa para dependentes químicos, tratando o problema da drogadição como questão de saúde pública, não de segurança pública; (i) abolição do regime de internação (encarceramento) de menores; (j) abolição da prisão preventiva por tempo indeterminado e de critérios subjetivos para sua decretação (como garantia da ordem pública); (k) direito administrativo sancionador: aplicação de sanções de natureza não afitiva em substituição à sanção penal; (l) vedação à execução provisória da pena; (m) substituição, em processo penal, do princípio da necessidade pelo da oportunidade, permitindo evitar que conflitos sejam levados à teia da justiça criminal; (n) investimento em reforço positivo (premiação), com estímulos estatais ao comportamento conforme à lei, em lugar da lógica hegemônica do reforço negativo (punição); (o) política de moratória à construção de presídios, à criação de tipos penais incriminadores e a legislações que promovam *reformatio in pejus*⁷¹; (p) abandonar a política de *less eligibility*: pensar os locais em que se cumpre pena ou medida de segurança como espaços humanos, não como jaulas cujas condições devam necessariamente ser piores do que as piores condições de vida em sociedade⁷²; (q) Finalmente: investir em justiça restaurativa, em lugar da justiça retributiva, focando na restauração dos laços

⁶⁷ VILLA, Lucas. *Hegemonia e estratégia abolicionista: o abolicionismo penal como negação da crueldade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020. p. 29.

⁶⁸ HASSEMER, Winfried. Viejo y nuevo derecho penal. In: HASSEMER, Winfried. *Mundo, persona y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 67-72.

⁶⁹ Sustenta-se que o direito penal mira igualmente o desvalor da conduta e o desvalor do resultado. Ocorre que quando não existe, de modo algum, desvalor da conduta, como nos casos de ausência de dolo e culpa, não há espaço para punição, ainda que exista o desvalor do resultado. No caso da tentativa branca ocorre o oposto: há apenas desvalor da conduta, sem desvalor do resultado, já que não houve lesão a bem jurídico. Se não é possível punir o desvalor do resultado sem desvalor da conduta, por que seria possível punir o desvalor da conduta, sem desvalor do resultado?

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

⁷¹ Exemplo inspirador é o da Lei Estadual n.º 9.716/92, do Estado do Rio Grande do Sul, que, em seu art. 3º, promoveu verdadeira política de moratória à construção/ampliação de manicômios.

⁷² Isso se tornaria possível com a considerável redução do contingente de detentos que resultaria das medidas mencionadas anteriormente.

de solidariedade rompidos e na reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, em lugar de alocação de culpa e imposição de dor.

Engajar o discurso em micropolíticas como as mencionadas permite fazer uso imediato de seu potencial transformador, avançando em direção à redução do trato cruel estatal. A redescrição do abolicionismo penal e seu conseqüente reposicionamento na disputa por hegemonia empodera discursos e políticas como as aqui exemplificadas. Assim, abre-se caminho a mudanças institucionais e desestimula-se a disseminação de legislação penal simbólica e populismo punitivo, que apenas contribuem para a manutenção da máquina de hiper encarceramento e retroalimentam a racionalização da crueldade, disfarçada de direito (penal) e justiça (criminal).

5 Considerações finais

Há uma disputa por hegemonia no campo de discursividade dos saberes penais. Trata-se de enfrentamento travado entre minimalismo penal, eficientismo penal e abolicionismo penal. O abolicionismo encontra-se em posição de desvantagem nesse embate, figurando como discurso contra hegemônico. Se busca hegemonia, no entanto, precisa se redescrever. Propôs-se que essa redescrição discursiva do abolicionismo penal, com vistas à hegemonia, deve se valer de ferramentas de filosofia pós-metafísica. Uma dessas ferramentas é o conceito gramsciano de hegemonia, como relido por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe.

O embate nesse campo discursivo está polarizado entre eficientismo e minimalismo, restando o discurso abolicionista alijado da disputa hegemônica. Para alterar essa configuração, o abolicionismo penal precisa renovar suas estratégias discursivas. Discursos são práticas articulatórias que organizam relações sociais. Não há razão para distinguir práticas discursivas de práticas não discursivas, pois todo objeto se constitui enquanto objeto de discurso. É por essa razão que, durante o percurso deste artigo, buscou-se analisar as relações sociais a partir da Teoria do Discurso, ou seja, interpretar as práticas sociais como discursivamente construídas. Como a totalidade discursiva não existe na forma de uma positividade dada e delimitada, o projeto político de um determinado discurso nunca tem seus sentidos plenamente constituídos. Justamente por essa razão, no campo da discursividade, sempre ocorrem disputas.

Uma vez aceito que todo espaço social é espaço discursivo, compreende-se que as disputas sociais são práticas articulatórias que procuram aglutinar elementos em sistemas discursivos organizados em torno de pontos nodais. Vence a disputa, temporariamente e de forma sempre precária, aquele discurso que articular, em torno de seus pontos nodais, a maior quantidade de particularidades discursivas, sendo capaz de representá-las em suas identidades. São, portanto, os pontos nodais que fixam, ainda que de forma parcial, os sentidos do discurso, sendo responsáveis pela sutura que une as particularidades representadas. Um discurso hegemônico é um discurso sistematizador, que busca unidade nas diferenças. O processo pelo qual se constrói a ordem hegemônica é um processo em que um discurso particular consegue representar identidades e discursos até então dispersos.

Assim, para que o discurso abolicionista penal esteja habilitado a buscar hegemonia, precisa articular em torno de pontos nodais o máximo possível de discursos particulares, representando-os e encarnando-os. Para isso, precisará observar requisitos constitutivos de todo discurso hegemônico (quatro dimensões da hegemonia): 1) a existência de uma desigualdade de poder; 2) o ultrapassamento da dicotomia universalidade/particularidade; 3) a produção de significantes vazios; e 4) a generalização das relações de representação. Dada a desigualdade de poder no campo de discursividade dos saberes penais, marcado por antagonismos, verifica-se a primeira condição de possibilidade para que o discurso do abolicionismo penal dispute hegemonia. Além disso, esse discurso precisará abdicar de sua condição de mera particularidade para se lançar à tarefa (impossível) de atingir efeitos universalizantes. Uma boa estratégia para que o discurso abolicionista

ultrapasse sua particularidade, articulando em torno de si outros discursos particulares, é utilizar a negação da crueldade como ponto nodal.

É necessário, ainda, que o abolicionismo penal ascenda à categoria de significante vazio, o que somente ocorrerá se houver engajamento na busca por universalidade que esgarce seu conteúdo ao ponto em que ele não mais possa ser significado de maneira precisa, tornando-se um significante sem significado (exato). Esse esgarçamento de sentido ocorre em razão da expansão da cadeia de equivalências na prática articulatória, agregando em torno dos pontos nodais discursos particulares anteriormente dispersos.

Propõe-se, portanto, o advento de um abolicionismo penal pós-metafísico, capaz de ultrapassar a crença nos universais, de abandonar a nostalgia do ser enquanto presença, aceitando a contingência da linguagem. Um abolicionismo comprometido, ao mesmo tempo, como tarefa de construir novos vocabulários e de duvidar de seu próprio vocabulário final. Assim se tornaria possível a figura do abolicionista penal pós-metafísico, que compreende que não há resposta não contingente à pergunta “por que não ser cruel?” e que, ainda assim, acredita que a crueldade é a pior coisa que se pode fazer. A esse abolicionista penal pós-metafísico, cabe tornar o abolicionismo um significante vazio e identificar os discursos dispersos em que há fissuras que permitam sutura.

Por fim, sugerem-se algumas estratégias importantes para a jornada abolicionista em direção à hegemonia discursiva: (a) ampliar o significado histórico do abolicionismo, para além do abolicionismo penal, identificando-o com outras conquistas; (b) esgarçar o significado do abolicionismo penal, tornando-o significante vazio, utilizando a negação da crueldade como ponto nodal; (c) fagocitar discursos que giram em torno de outros eixos; (d) Aglutinar discursos dispersos em torno do ponto nodal, utilizando premissas compartilhadas; (e) redescrever o abolicionismo, utilizando diferentes protocolos de convencimento; (f) associar os discursos antagônicos a elementos discursivos negativos; (g) investir em micropolíticas de transgressão, assim entendidas tanto estratégias de desconstrução quanto de reconstrução.

O uso de ferramentas de filosofia pós-metafísica permite a redescisão discursiva do abolicionismo penal, reinserindo-o no debate dos saberes penais com novo potencial para disputar hegemonia. Isso abre caminho a mudanças institucionais e políticas públicas com potencial transformador, capazes de impulsionar o Estado de Direito e de reduzir o trato cruel estatal.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n. 52, p. 163–182, jul. 2006.

BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues from the left*. London: Verso, 2000.

CRITCHLEY, Simon; MOUFFE Chantal; DERRIDA, Jacques; LACLAU Ernesto; RORTY, Richard. *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 2005.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

FERRAZ, Hamilton; BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. Reflexões sobre o garantismo positivo. In: MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei. *O direito em movimento*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2005.

GUAGLIARDO, Vincenzo. *De los dolores y las penas: ensayo abolicionista y sobre la objeción de consciencia*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013.

- HASSEMER, Winfried. Viejo y nuevo derecho penal. In: HASSEMER, Winfried. *Mundo, persona y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- HULSMAN, Louk. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Niterói: Luam Editora, 1997.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 1, jan./jun. 1996.
- LACLAU, Ernesto. *Misticismo, retórica y política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- LACLAU, Ernesto. *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tempo*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1993.
- LACLAU, Ernesto. Power and representation. In: POSTER, Mark (org.). *Politics, theory and contemporary culture*. New York: Columbia University Press, 1993.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*: por uma política democrática radical. São Paulo: Intermeios, 2015.
- MACHADO, Bruno Amaral; AGNELLO, Priscila Ramos Moraes Rego. Racionalidade penal e semânticas criminológicas na Lei Maria da Penha: o caso do sursis processual. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, 2017.
- MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza (coord.). *Criminologia e cinema*: semânticas do castigo. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? *Verve*, n. 4, p. 80–111, 2003.
- MENDONÇA, Daniel de. A teoria da hegemonia de Ernesto Laclau e a análise política brasileira. *Revista Ciências Sociais Unisinos*, v. 43, n. 3, set./dez. 2007.
- NEHAMAS, Alexander. *Nietzsche: life as literature*. Harvard: Harvard University Press, 2002.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- PRESSÃO parlamentar não intimida ministro. *O Estado de São Paulo*, Brasília, 26 set. 2012. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,pressao-parlamentar-nao-intimida-ministro-imp,935927>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- RORTY, Richard. *Contigência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins, 2007.
- SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*, v. 12, n. 1, p. 69-83, 2001.
- VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- VILLA, Lucas. Além da metafísica penal: o enfraquecimento dos fundamentos da pena na dogmática alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 195, ano 31, p. 17-46, mar./abr. 2003.
- VILLA, Lucas. *Hegemonia e estratégia abolicionista*: o abolicionismo penal como negação da crueldade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2011.

OUTROS TEMAS

The logo for CEUB (Centro de Educação Universitária Brasileira) is displayed in a stylized white font on a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' and 'B' having a unique, geometric design.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with large glass windows and a prominent white statue of a seated woman holding a book. The building is situated on a hillside with a large, curved walkway and a pool of water in the foreground. The sky is blue with scattered white clouds.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Climate change and business development: a critical analysis of ways to achieve sustainable development

Mudanças climáticas e desenvolvimento empresarial: uma abordagem para alcançar o ambiente, social e governança (ESG)

Mona Mahecha

Monika Punia

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Climate change and business development: a critical analysis of ways to achieve sustainable development*

Mudanças climáticas e desenvolvimento empresarial: uma abordagem para alcançar o ambiente, social e governança (ESG)

Mona Mahecha**

Monika Punia***

Abstract

Climate change is one of the most significant issues of current times. The role that businesses play in the issue of climate change is extremely important. Economies that are driven by business are responsible for a considerable share of the carbon emissions that constitute a big contributor to climate change. The objective of the study is to find out the role and responsibility of businesses in climate change and to critically analyse the efforts done on national and international level to achieve sustainable development. UN Guiding Principles on Business and Human Rights 2011 imposes duty on the businesses to respect human rights. Considering this duty, businesses have duty to avoid causing environmental harm because it adversely impacts human rights. By using the doctrinal methodology through primary and secondary sources present paper first discusses environmental harms which causes climate change arising from the business activities and duty of the state to protect the human rights from climate change. Further it includes discussions about the regulations at international and national level which imposes responsibility on businesses to respect human rights and related issues. Finally, we conclude that most of the businesses are following the regulations imposed by government for the namesake only and also, they are indulged in greenwashing and still businesses accountability is not clear. Most proposed changes attempt to discuss that government should make the stakeholders aware about all the policies and make a clear distinction between environmental protective and environmentally friendly.

Keywords: business; human rights; climate change; UNGP; sustainability.

Resumo

As mudanças climáticas são um dos problemas mais significativos da atualidade. As economias impulsionadas pelos negócios são responsáveis por uma parcela considerável das emissões de carbono que causam as mudanças climáticas. O objetivo deste estudo é descobrir o papel e a responsabilidade das empresas para um crescimento sustentável e examinar criticamente

* Recebido em 23/12/2022
Aprovado em 26/05/2023

** Doctorate (PhD) of Law at Jai Narain University. Assistant Professor, School of Law, Manipal University Jaipur. Email id- mahecha.mona@gmail.com Contact no.- 9929513558.

*** PhD Candidate of Law at Manipal University Jaipur. Assistant Professor, Manipal Law School, Manipal Academy of Higher Education. Email id - monika.punia@manipal.edu Contact no.- 9415008016

os esforços feitos em nível nacional e internacional para combater as mudanças climáticas. Os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos de 2011 impõem às empresas o dever de respeitar os direitos humanos e, portanto, as empresas devem evitar causar danos ao meio ambiente para cumprir seu dever. Por fim, concluímos que a maioria das empresas está seguindo as regulamentações apenas nominalmente e está envolvida em “greenwashing” e, ainda assim, a responsabilidade das empresas não está clara. A maioria das mudanças propostas tenta discutir que o governo deve conscientizar os stakeholders sobre as políticas relevantes e fazer uma clara distinção entre medidas de proteção ambiental e medidas ecologicamente corretas.

Palavras-chave: negócios; direitos humanos; mudanças climáticas; Princípios Orientadores das Nações Unidas; sustentabilidade.

1 Introduction

The existence of all species in the planet is crucially dependent upon ecological balance and climate change is the main cause for ecological imbalance. The number of “greenhouse gases” that are naturally present in the atmosphere are considered to be increasing as a result of human industrial activity. The greenhouse gases (GHG) that are released into the atmosphere due to human activity or natural sources function as a blanket to prevent the earth’s heat from escaping into space, raising the earth’s temperature and causing fluctuation in the global climate that causes Climate Change.¹ This Climate change directly affects the enjoyment of Human Rights. In addition, the effects of climate change tend to worsen existing inequalities and have a disproportionately negative impact on individuals, communities, and populations that are already in precarious positions, such as children, indigenous peoples, and people with disabilities. One of the major reasons of climate change is Business.²

Today’s economy is business driven economy. Business has an impact on the environment, but it also benefits from environmental products, therefore there is a direct connection between business and climate change. Some of the business activities which produce greenhouse gases are deforestation, burning of fossil fuels, use of chlorofluorocarbons in refrigeration manufacturing, landfill emissions, septic systems that enhance and target the fermentation process etc. The problem had long since become a source of great concern. This led to a variety of actions being done by various agencies and groups within society to prevent the destruction of the earth. Government officials had created a number of policies in this regard, society had raised issues by encouraging the purchase of eco-friendly products, and international organisations had been involved in developing global standards for green business operations and, as a result, promoting green business activities. However, we have struggled for long now to strike a balance between human right to development and protection of environment, both falling in the category of third generation of human rights. At national and international level various declarations, conventions, laws, regulation etc were framed for keeping a check on business activities resulting into environmental degradation.³ The entire concept of sustainability was built on attaining the balance between the two major rights of development and environment protection. After missing deadlines to meet the goals and agenda set by different international conventions and protocols, we are still out there finding solutions to mitigate the problem of climate change.⁴ Majority

¹ ENVIRONMENTAL AND ENERGY BUSINESS RESOURCES. Human contributions to climate change. *Environ Business*, [2015]. Available at: <https://www.environbusiness.com/cchangemain/cchuman>. Access on: 19 June 2022.

² UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Human rights, climate change and business. *OHCHR*, [202-?]. Available at: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/ClimateChange/materials/KMBusiness.pdf>. Access on: 19 June 2022.

³ LI, Hongbo. The conflict and the balance between the right to development and the right to the environment. *China Human Rights*, 2017. Available at: http://www.chinahumanrights.org/html/2017/MAGAZINES_0627/8447.htm. Access on: 27 July 2022.

⁴ LEAHY, Stephen. Most countries aren’t hitting 2030 climate goals, and everyone will pay the price. *National Geographic*, 6 Nov. 2019. Available at: <https://www.nationalgeographic.com/science/article/nations-miss-paris-targets-climate-driven-weather-events->

of the countries including India have forgotten their pledge taken at Glasgow summit and are nowhere close to meeting 2030 targets of reducing carbon emissions and global temperature levels.⁵ Still India ranks as the seventh most climate-vulnerable nation and worst in fatalities (2267) among top 10 most affected countries, according to the Global Climate Risk Index 2021.⁶

2 Corporate Social Irresponsibility

Corporate Social Irresponsibility (CSI) can be defined as “business doing wrong in relation to the environment, community, society, ethics, and business practices. CSI is when things go wrong in relation to profitability, the environment, and people (customers, suppliers, or employees)”.⁷ Refraining from social irresponsible behaviour is one approach for businesses to reduce the danger of CSI. Yet another option is for businesses to use CSR as a way to counteract CSI.⁸ Though coming with a counteract mechanism which in itself is not infallible to stop or reduce carbon emission cannot be considered as a solution. CSR activity by businesses could be taken as their contribution in development of a country as a stakeholder however it cannot be counted as justification of carbon emissions which big corporations are involved into doing.

Businesses are the most significant source of carbon emission. New evidence suggests that some corporate leaders have been actively trying to hide facts, weaken regulatory measures, and sway public opinion about the causes and effects of climate change. The government’s role here is to do the Environment Impact Assessment (EIA)⁹ of any proposed factory or business setup. The regulatory bodies must not just only be relying on the documents submitted by the businesses for getting the permissions and licences but an introspection by the licensing authorities must also be done to check the adverse impacts of newly coming projects on the climate change. The process of EIA helps in predicted environmental consequences of developmental projects and to ensure that potential environmental hazards could be foreseen and could be resolved at an early stage.

The already established businesses have been given two tasks as a stakeholders to contribute in environment protection – first, to minimise greenhouse gas emissions from their own businesses and supply chains as quickly as possible and second, to support effective climate regulation.¹⁰

cost-billions. Access on: 27 July 2022.

⁵ LO, Joe. Gap to 1.5C yawns, as most governments miss UN deadline to improve climate plans. *Climate Home News*, 26 Sept. 2022. Available at: <https://www.climatechangenews.com/2022/09/26/gap-to-1-5c-yawns-as-most-governments-miss-un-deadline-to-improve-climate-plans/>. Access on: 13 Oct. 2022.

⁶ TRIVEDI Divya. India among countries worst affected by climate change: Global Climate Risk Index 2021. *The Hindu*, 25 Jan. 2021. Available at: <https://frontline.thehindu.com/dispatches/india-among-countries-worst-affected-by-climate-change-according-to-global-climate-risk-index-2021/article33659497.ece>. Access on: 13 Nov. 2022.

⁷ JONES Brian. Corporate social irresponsibility. In: IDOWU, S. O.; CAPALDI, N.; ZU, L.; GUPTA, A. D. (ed.). *Encyclopedia of corporate social responsibility*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2013. Available at: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-642-28036-8_650. Access on: 7 Sept. 2022.

⁸ JONES Brian. Corporate social irresponsibility. In: IDOWU, S. O.; CAPALDI, N.; ZU, L.; GUPTA, A. D. (ed.). *Encyclopedia of corporate social responsibility*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2013. Available at: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-642-28036-8_650. Access on: 7 Sept. 2022.

⁹ THE RIO declaration on environment and development. Principle 17. 1992. Available at: https://www.iau-hesd.net/sites/default/files/documents/rio_e.pdf. Access on: 18 Sept. 2022.

¹⁰ SCHENK, Lynn; GERDEMAN, Dina. What’s the role of business in confronting climate change? *Harvard Business School*, 30 Nov. 2021. Available at: <https://hbswk.hbs.edu/item/whats-the-role-of-business-in-confronting-climate-change>. Access on: 18 Sept. 2022.

3 Greenwashing

“Greenwashing” is a typical marketing strategy used to make things appear more environment friendly than they are. Businesses employ “greenwashing” to attract environmentally conscious clients without changing their business operations.¹¹

Single-use plastics are a notable example of the issue with greenwashing. According to the findings of Global Analysis of All Plastics, out of the 8.3 billion metric tonnes that have been manufactured, 6.3 billion metric tonnes have been transformed into waste plastic. Of that, only nine percent has been recycled. Seventy-nine percent of it—the significant proportion becoming waste in the environment or building up in landfills. The oceans, the last sink, receive a large portion of it. If things keep moving in the same direction as they have been, there will be 12 billion metric tonnes of plastic in landfills by the year 2050.¹² Claire Arkin, the Global Alliance for Incinerator Alternatives’ communications coordinator, stated in a report published by Yale Climate Connections, “Plastic pollution is not just an oceans issue. It’s a climate issue and it’s a human health issue”.¹³

Plastics are made from fossil fuels including coal, gas, and oil. Using fracking, it is possible to extract oil and natural gas from the earth. The process of obtaining and transporting these fossil fuels generates a significant amount of greenhouse gases. Land disturbance is another factor that adds to the emissions of greenhouse gases linked with extraction. Additionally, usage of non-reusable and non-degradable plastic is becoming a major threat to environment sustainability and increasing the pollution levels. As per the reports, plastic waste globally has doubled from the year 2000 and only a miniscule of this waste is recycled.¹⁴ According to the Report of Centre of International Environmental Law, “Plastic and Climate: The hidden Cost of a Plastic Planet” published in May 2019, even the refinement process of plastic produces a lot of greenhouse gases.¹⁵ During the Covid-19 outbreak as a measure of one time use and social distancing rampant plastic use happened in form PPE kit, masks, gloves, food and grocery packaging etc. However, plastic as a protector against corona soon have become a major polluter of plastic waste in landfills, oceans and is mismanaged at a huge level.¹⁶

To overcome the problem of this traditional plastics, whose production is based on petrochemicals, companies are shifting towards Bioplastics which are made from bio-based polymers. This material is considered good for environment. But the process of decomposition of bioplastics involves access to oxygen and sunlight.¹⁷ There is scarcity of the oxygen on the planet, as forests have turned into residential colonies.

Many times, Companies use greenwashing technique as a market strategy. It involves –

1. emphasise the environmental characteristics of their goods while purposefully omitting bad

¹¹ NOYES, Lydia. A guide to greenwashing and how to spot it. *Ecowatch*, 26 Nov. 2022. Available at: <https://www.ecowatch.com/greenwashing-guide-2655331542.html>. Access on: 30 Nov. 2022.

¹² PARKER, Laura. Here’s how much plastic trash is littering the earth. *National Geographic*, 20 Dec. 2018. Available at: <https://www.nationalgeographic.com/science/article/plastic-produced-recycling-waste-ocean-trash-debris-environment>. Access on: 28 Oct. 2022.

¹³ BAUMAN Brooke. How plastics contribute to climate change. *Yale Climate Connections*, 20 Aug. 2019. Available at: <https://yale-climateconnections.org/2019/08/how-plastics-contribute-to-climate-change/>. Access on: 28 Oct. 2022.

¹⁴ BEST, Shivali. Plastic waste has more than DOUBLED globally since 2000, report warns. *Daily Mail Online*, 22 Feb. 2022. Available at: <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-10539719/Plastic-waste-DOUBLED-globally-2000-report-warns.html>. Access on: 10 Oct. 2022.

¹⁵ CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW. Plastic and climate: the hidden cost of a plastic planet. *CIEL*, May 2019. Available at: <https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2019/05/Plastic-and-Climate-FINAL-2019.pdf>. Access on: 10 Oct. 2022.

¹⁶ PARASHAR, Neha; HAIT, Subrata. Plastics in the time of COVID-19 pandemic: protector or polluter? *The Science of the total environment*, v. 759, 10 Mar. 2021. Available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7726519/>. Access on: 10 Oct. 2022.

¹⁷ NOYES, Lydia. A guide to greenwashing and how to spot it. *Ecowatch*, 26 Nov. 2022. Available at: <https://www.ecowatch.com/greenwashing-guide-2655331542.html>. Access on: 30 Nov. 2022.

ones. For instance, an automaker might highlight a car's fuel economy while omitting the lithium battery's production from environmentally hazardous mining techniques.

2. A new change might be promoted by brands as being green while ignoring any negative consequences. To reduce plastic waste, Starbucks, for instance, released lids without straws, yet these new lids consumed more plastic than the old ones did.
3. Companies are focusing on advertisement tactics for the sole purpose of increasing sales without providing certifications or other supporting documentation, the corporation may assert that it is eco-friendly. (A light bulb is advertised as being energy-efficient without any proof).
4. claiming to be more ecologically friendly than other products in its category notwithstanding the possibility that the category as a whole is not.
5. utilising terms that, while technically accurate, mislead consumers about the items they are purchasing.

Marketing things in attractive packaging is often all it takes to pass off an item as green. Without specifically stating it on the packaging, a tissue firm may use green leaves to embellish its box and give the impression that the paper was harvested responsibly.

4 Instances of Greenwashing

Volkswagen - Volkswagen acknowledged to equipping cars with “defeat” devices to modify performance and cut emissions while the vehicles were being tested. The vehicles were emitting up to 40 times the permitted level of nitrogen oxide in real-world situations.¹⁸

Apple - It's beneficial for business that Apple eliminated the wall charger and earbuds from the new iPhone 12 boxes. Even if the decision saves the business money, some of the environmental advantages may be diminished if individuals choose to purchase earbuds and chargers individually as it could result in more packaging waste and emissions. The company claimed that eliminating the wall charger and earbuds will reduce the amount of mining, packaging, and carbon dioxide emissions produced during the production of the devices. Apple may be seeking to cut costs by supplying fewer accessories with its phones in order to prepare for the shift to 5G. Due to the complexity and higher cost of the components required to support 5G speeds, the iPhone 12 is more expensive to produce than the iPhone 11.¹⁹

Amazon - Amazon sets the baseline for many global green projects as one of the most powerful retailers in the world. The “Climate Pledge Arena” is the name Amazon chose for the first net-zero carbon certified arena in the world after winning the naming rights to a stadium in Seattle. The business committed to achieving net-zero carbon emissions by 2040 when it signed the Climate Pledge in 2019. But this Pledge was silent on the specific actions the business will take to achieve this vision. Over 75% of Amazon's emissions came from its supplier chain, which was also not addressed.²⁰

Nestle - In a statement that was released by the company in 2018, it was mentioned that one of Nestle's “ambitions” was to have 100% of its packaging be recyclable or reused by the year 2025. Environmental groups and other critics criticised the company for failing to set precise targets, provide a timeframe for accomplishing them, or encourage customer recycling.²¹ According to the annual study published by Break

¹⁸ HOTTEN, Russell. Volkswagen: the scandal explained. *BBC News*, 10 Dec. 2015. Available at: <https://www.bbc.com/news/business-34324772>. Access on: 5 Nov. 2022.

¹⁹ CALMA, Justine. Apple ditching chargers saves costs but not the planet. *The Verge*, 16 Oct. 2020. Available at: <https://www.theverge.com/2020/10/16/21519466/apple-iphone-12-chargers-airpods-greenhouse-gas-emissions-e-waste>. Access on: 5 Nov. 2022.

²⁰ NOYES, Lydia. A guide to greenwashing and how to spot it. *Ecowatch*, 26 Nov. 2022. Available at: <https://www.ecowatch.com/greenwashing-guide-2655331542.html>. Access on: 30 Nov. 2022.

²¹ ROBINSON, Deena. 10 Companies and corporations called out for greenwashing. *Earth.org*, 17 July 2022. Available at: <https://earth.org/greenwashing-companies-corporations/>. Access on: 5 Nov. 2022.

Free from Plastic in 2021, Coca-Cola, PepsiCo, and Unilever were identified as the top three plastic polluters in the world.²² In 2020 Companies among top 10 global Polluters according to the Brand Audit Report 2020 are Coca-Cola, PepsiCo, Nestlé, Unilever, Mondelez International, Mars, Inc., Procter & Gamble, Philip Morris International, Colgate-Palmolive, and Perfetti Van Melle.²³

Coca-Cola – According to the annual report published by Break Free from Plastic, which was mentioned before, Coca-Cola has been ranked as the most significant source of plastic pollution in the world for the fourth year in a row. The company has maintained its dominant position for two consecutive years. Earth Island Institute, an environmental advocacy organisation, files a lawsuit against the company in June 2021 for falsely promoting its environmental friendliness and sustainability despite the fact that it is the primary contributor to plastic pollution around the world.²⁴

Fast Fashion Brands - H&M, Zara, and Uniqlo, three popular clothing retailers, add to the enormous volumes of textile waste generated by the apparel industry. Only 20% of textiles that are thrown away are reused or recycled, according to the fashion non-profit ReMake, with the other 80% ending up in landfills or being burned. In 2019, H&M introduced their own “green” clothing collection called “Conscious”. The business states that it uses recycled polyester and “organic” cotton. However According to a report published in June 2021 by the Changing Markets Foundation, approximately 60% of the claims made by H&M to customers were “unsubstantiated or misleading”. According to the findings of the foundation’s investigation of fifty different brands, H&M was found to be the worst offender, having made 96 percent fraudulent claims. The report notes, “H&M’s Conscious Collection not only uses more synthetics than in its main collection, but also one in five items analyzed were found to be made from 100% fossil-fuel derived synthetic materials”.²⁵

There are several other examples of greenwashing like in response to the European Union’s ban on the use of plastic cutlery, the largest supermarket chain in Spain, Mercadona, renamed the cutlery as “reusable” rather than giving customers with alternate options.²⁶ The Advertising Standards Authority (ASA) in the United Kingdom has banned one of Persil’s video ads for “greenwashing.” Unilever owns the laundry detergent brand.²⁷ Volkswagen’s admission of manipulating emissions testing by fitting various automobiles with a “defect” device is a perfect example of greenwashing.²⁸ Nearly 70 percent of all of the waste in the UK is composed of plastic, the majority of which is packaging made of plastic. Recycling only accounts for less than 10% of day-to-day plastic use, which includes plastic packaging.²⁹

²² BRAND audit report 2021: break free from plastic. *BRANDED*, v. 4, 2021. Available at: <https://www.breakfreefromplastic.org/wp-content/uploads/2021/10/BRAND-AUDIT-REPORT-2021.pdf>. Access on: 5 Nov. 2022.

²³ BRAND audit report 2021: break free from plastic. *BRANDED*, v. 4, 2021. Available at: <https://www.breakfreefromplastic.org/wp-content/uploads/2021/10/BRAND-AUDIT-REPORT-2021.pdf>. Access on: 5 Nov. 2022.

²⁴ ROBINSON, Deena. 10 Companies and corporations called out for greenwashing. *Earth.org*, 17 July 2022. Available at: <https://earth.org/greenwashing-companies-corporations/>. Access on: 5 Nov. 2022.

²⁵ GUPTA Alinda. Top 5 greenwashing scandals of the past decade. *Jump Start*, 30 Nov. 2021. Available at: <https://www.jumpstartmag.com/top-5-greenwashing-scandals-of-the-past-decade/>. Access on: 5 Nov. 2022.

²⁶ LAVILLE, Sandra. Coca-Cola among brands greenwashing over packaging, report says. *The Guardian*, 30 June 2022. Available at: <https://www.theguardian.com/environment/2022/jun/30/coca-cola-among-brands-greenwashing-over-packaging-report-says>. Access on: 5 Nov. 2022.

²⁷ GEORGE, Sarah. Greenwashing: Unilever laundry detergent ad campaign banned in the UK. *Edie*, 31 Aug. 2022. Available at: <https://www.edie.net/greenwashing-unilever-laundry-detergent-ad-campaign-banned-in-the-uk/>. Access on: 5 Nov. 2022.

²⁸ JOHNSON, Mariya. Companies that were caught for greenwashing. *Prakati*, 5 Aug. 2022. Available at: <https://www.prakati.in/companies-that-were-caught-for-greenwashing/>. Access on: 8 Nov. 2022.

²⁹ LAVILLE, Sandra. Coca-Cola among brands greenwashing over packaging, report says. *The Guardian*, 30 June 2022. Available at: <https://www.theguardian.com/environment/2022/jun/30/coca-cola-among-brands-greenwashing-over-packaging-report-says>. Access on: 5 Nov. 2022.

5 National Efforts

Since the beginning of the Industrial Revolution, greenhouse gas emissions (GHG) have increased significantly. In the Global Climate Risk Index 2021, published by environmental research tank and sustainable development activist Germanwatch, India was classified as the seventh worst-affected nation in 2019.³⁰

At the 26th Conference of Parties (COP26), the Prime Minister of India, Narendra Modi, presented a strategy to achieve the goal that consisted of five steps and was given the name “Panchamrita”. These are-

- India will get its non-fossil energy capacity to 500 gigawatt (GW) by 2030
- India will meet 50 per cent of its energy requirements from renewable energy by 2030
- India will reduce the total projected carbon emissions by one billion tonnes from now onwards till 2030
- By 2030, India will reduce the carbon intensity of its economy by less than 45 per cent.
- So, by the year 2070, India will achieve the target of Net Zero³¹

Securities and Exchange Board of India stated in its circular³² on May 10, 2021, that:

[...] in recent times, adapting to and mitigating climate change impact, inclusive growth and transitioning to a sustainable economy have emerged as major issues globally. There is an increased focus of investors and other stakeholders seeking businesses to be responsible and sustainable towards the environment and society. Thus, reporting of company’s performance on sustainability related factors has become as vital as reporting on financial and operational performance.

In this light SEBI introduced new reporting requirement on ESG (Environment, Social and Governance) parameters called the Business Responsibility and Sustainability Report (BRSR).³³ The National Guidelines on Responsible Business Conduct (NGBRCs) contain nine principles, and the BRSR requests disclosures from listed companies on how they performed in regard to those principles. Reporting under each principle is broken down into essential and leadership indicators.³⁴ Investors will benefit from these disclosures by making wiser investing choices. The BRSR will also assist businesses in interacting with their stakeholders on a deeper level by encouraging them to consider considerations other than just earnings, such as the effects on society and the environment. This aspect of the BRSR is extremely beneficial. Beginning with the fiscal year 2022-2023, the top 1000 listed firms will be required to submit BRSR reports.³⁵

At the fourth United Nations Environment Assembly in 2019, India took the initiative to draught a resolution on the pollution caused by single-use plastics. The country was aware of the critical necessity for the rest of the world to pay immediate attention to this significant problem. India actively collaborated with all member nations during the just finished 5th session of the United Nations Environment Assembly in March 2022 to draft a resolution that would stimulate international action against plastic pollution. As a

³⁰ TRIVEDI, Divya. India among countries worst affected by climate change: Global Climate Risk Index 2021. *The Hindu*, 25 Jan. 2021. Available at: <https://frontline.thehindu.com/dispatches/india-among-countries-worst-affected-by-climate-change-according-to-global-climate-risk-index-2021/article33659497.ece>. Access on: 13 Nov. 2022.

³¹ NARAIN, Sunita. India’s new climate targets: bold, ambitious and a challenge for the world. *Down to Earth*, 2 Nov. 2021. Available at: <https://www.downtoearth.org.in/blog/climate-change/india-s-new-climate-targets-bold-ambitious-and-a-challenge-for-the-world-80022>. Access on: 13 Nov. 2022.

³² CIRCULAR No.: SEBI/HO/CFD/CMD-2/P/CIR/2021/562. *Sebi*, May 2021. Available at: https://www.sebi.gov.in/legal/circulars/may-2021/business-responsibility-and-sustainability-reporting-by-listed-entities_50096.html. Access on: 13 Nov. 2022.

³³ CIRCULAR No.: SEBI/HO/CFD/CMD-2/P/CIR/2021/562. *Sebi*, May 2021. Available at: https://www.sebi.gov.in/legal/circulars/may-2021/business-responsibility-and-sustainability-reporting-by-listed-entities_50096.html. Access on: 13 Nov. 2022.

³⁴ CIRCULAR No.: SEBI/HO/CFD/CMD-2/P/CIR/2021/562. *Sebi*, May 2021. Available at: https://www.sebi.gov.in/legal/circulars/may-2021/business-responsibility-and-sustainability-reporting-by-listed-entities_50096.html. Access on: 13 Nov. 2022.

³⁵ CIRCULAR No.: SEBI/HO/CFD/CMD-2/P/CIR/2021/562. *Sebi*, May 2021. Available at: https://www.sebi.gov.in/legal/circulars/may-2021/business-responsibility-and-sustainability-reporting-by-listed-entities_50096.html. Access on: 13 Nov. 2022.

result, starting on July 1, 2022, India will no longer produce, import, stock, distribute, sell, or use any single-use plastic items that have been classified as having poor utility and a high potential for littering.³⁶ Further, The Plastic Waste Management Amendment Rules, 2021 make it prohibited to produce, import, stock, distribute, sell, or use plastic carry bags having a thickness of less than 75 microns as of the September 30, 2021, and less than 120 microns as of the December 31, 2022.³⁷ Plastic Waste Management Amendment Rules, 2022 were also published on February 16, 2022 by the Ministry of Environment, Forest, and Climate Change in conjunction with the Guidelines on Extended Producers Responsibility on Plastic Packaging. Extended Producer Responsibility (EPR) is the term used to describe a “producer’s obligation to manage a product in an ecologically responsible manner all the way through to its end of life”. The Guidelines will provide a structure for optimising the recycling of plastic packaging waste, inspiring the development of innovative plastic packaging alternatives, and outlining the steps that businesses may take to adopt more environmentally friendly plastic packaging.³⁸

6 International Efforts

Governments across the world have been working continuously to minimise the issue of climate change. The UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) was ratified by the world’s nations in 1992 at second Earth Summit, with the objective of “stabilising atmospheric greenhouse gas concentrations at a level that would prevent further dangerous human interference with the climate system.” The Convention contains general pledges made by the Parties, but it does not establish any legally binding reduction targets. These voluntary targets failed to achieve by the governments. Considering this Berlin Mandate was adopted for calling negotiations of binding targets in 1995.³⁹ Since climate change is a global threat and all the countries have their separate role and goal to play and achieve respectively. Basel Convention, 1989 which came into force in 1992 and the aim of this convention is to “regulates the transboundary movements of hazardous wastes and other wastes and obliges its Parties to ensure that such wastes are managed and disposed of in an environmentally sound manner”.⁴⁰

With the Kyoto Protocol at third United Nations Climate Change Conference of the Parties (COP3), which was the result of these discussions, developed nations were given their first set of legally binding obligations to limit down greenhouse gas emissions. The Protocol was signed in 1997 and came into force in 2005, and its second commitment term was in effect from 2012 until 2020. In accordance with the Protocol, industrialised nations are obligated to reduce their GHG emissions by an average of 5.2 percent per year from 1990 levels between 2008 and 2012.⁴¹ The Kyoto Protocol does not impose on developing countries

³⁶ MINISTRY OF ENVIRONMENT, FOREST AND CLIMATE CHANGE. Ban on identified single use plastic items from 1st July 2022. *PIB Delhi*, 28 June 2022. Available at: <https://pib.gov.in/PressReleaseIframePage.aspx?PRID=1837518>. Access on: 15 Nov. 2022.

³⁷ MINISTRY OF ENVIRONMENT, FOREST AND CLIMATE CHANGE. Ban on identified single use plastic items from 1st July 2022. *PIB Delhi*, 28 June 2022. Available at: <https://pib.gov.in/PressReleaseIframePage.aspx?PRID=1837518>. Access on: 15 Nov. 2022.

³⁸ MINISTRY OF ENVIRONMENT, FOREST AND CLIMATE CHANGE. Ban on identified single use plastic items from 1st July 2022. *PIB Delhi*, 28 June 2022. Available at: <https://pib.gov.in/PressReleaseIframePage.aspx?PRID=1837518>. Access on: 15 Nov. 2022.

³⁹ IQBAL, Badar Alam; HASSAN, Munir; RAWAT, Bhawana; ARSLAN, Shabib. Business and climate change: trends, issues and challenges. *Business Review*, v. 8, n. 2, p. 42-57, July 2013. Available at: <https://www.researchgate.net/deref/https%3A%2F%2Fdoi.org%2F10.54784%2F1990-6587.1285>. Access on: 4 Sept. 2022.

⁴⁰ UN ENVIRONMENT PROGRAMME. Basel Convention on the control of transboundary movements of hazardous wastes. *UN Environment Programme*, [2023]. Available at: <https://www.unep.org/resources/report/basel-convention-control-transboundary-movements-hazardous-wastes>. Access on: 4 Sept. 2022.

⁴¹ EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. Climate change policies. *EEA*, 23 Nov. 2020. Available at: [https://www.eea.europa.eu/themes/climate/policy-context#:~:text=Global%20policies,\(compared%20with%201990%20levels\)](https://www.eea.europa.eu/themes/climate/policy-context#:~:text=Global%20policies,(compared%20with%201990%20levels)). Access on: 4 Sept. 2022.

any legally binding GHG reduction objectives since it recognises that they have the right to expand their economy in the same manner that industrialised countries did in the past.⁴² India, therefore, was exempted from the binding obligations of the Protocol. After first commitment period, some amendments were carried out, known as Doha amendment. The amendment includes new commitment for the parties for second commitment period, a revised list of greenhouse gases and other amendments in several article specifically referenced issues in first commitment period.⁴³ India also ratified the second commitment period of the Protocol.

Another effort to combat Climate Change was “The Copenhagen Accord” at COP15 in 2009, which confirmed the continuation of the Kyoto Protocol. It established a cap of two degrees Celsius on the rise in the average global temperature and stipulated that a review by 2015 should assess whether it will be required to restrict warming to 1.5 degrees Celsius. Developed countries committed to provide additional funds of 30 billion dollars for the developing countries for the period 2010-2012 and 100 billion dollars for other goals by 2020. It included the methods to monitor the efforts of the countries. Additionally, it called for both industrialized and developing nations to identify their own goals as well as the steps they would take to reduce global warming pollution by certain levels. The accord provided no targets for carbon emission and also it was not a legally binding pact.⁴⁴

The Paris Agreement, which was finalised in 2015 at the COP21, had as its goal the reduction of global warming to 2 ° C compared with pre-industrial levels and the maintenance of global warming below 1.5 ° C. This goal has nearly unanimous support from all of the nations. In 2019, legislation was approved in France, New Zealand, and the United Kingdom that committed those countries to reaching net-zero emission levels by the year 2050. Sweden has set a goal for 2045. In 2020, Similar commitments were made by China, Japan, and South Korea.⁴⁵ It is very difficult to achieve the goal of net zero emissions, therefore action plans are much needed. The International Energy Agency says that “by 2030 emissions must fall by 45 per cent relative to 2010 to be on track to reach net zero”. Further it says,

Success will depend on cleaning up energy sources, reducing emissions from appliances and retrofitting buildings, as well as making gains in efficiency to enable energy demand to fall by nearly a fifth, back to the level of 2006, despite the larger global economy.

All these activities need major investments. According to the OECD, the requisite infrastructure will cost \$7 trillion per year by 2030.⁴⁶ The agreement highlights not just the importance of states’ roles in this change but also the roles played by cities, regions, businesses, and individuals.⁴⁷ It is duty of the state to encourage and promote public and private entity participation in reducing greenhouse gas emissions and increase their participation in Nationally Determined Contributions.⁴⁸

In the 26th annual United Nations Climate Change Conference of the Parties (COP26) in Glasgow on 31st October to 13th November 2021 – also known as The Glasgow Climate Pact – countries again reaffirmed the Paris Agreement. More than 90 percent of the world’s GDP is covered by promises to achieve

⁴² UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. What is the Kyoto protocol? *UNFCCC*, [202-]. Available at: https://unfccc.int/kyoto_protocol. Access on: 9 Sept. 2022.

⁴³ UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. What is the Kyoto protocol? *UNFCCC*, [202-]. Available at: https://unfccc.int/kyoto_protocol. Access on: 9 Sept. 2022.

⁴⁴ THE COPENHAGEN accord: lofty plans and blurred allegiances. *ODI*, [202-]. Available at: <https://odi.org/en/insights/the-copenhagen-accord-lofty-plans-and-blurred-allegiances/>. Access on: 9 Sept. 2022.

⁴⁵ COLBACK, Lucy. The role of business in climate change. *Financial Times Future Forum*, 18 Dec. 2020. Available at: <https://www.ft.com/content/7ab0bfb0-b37c-463d-b132-0944b6fe8e8b>. Access on: 9 Sept. 2022.

⁴⁶ COLBACK, Lucy. The role of business in climate change. *Financial Times Future Forum*, 18 Dec. 2020. Available at: <https://www.ft.com/content/7ab0bfb0-b37c-463d-b132-0944b6fe8e8b>. Access on: 9 Sept. 2022.

⁴⁷ INTERNATIONAL efforts to combat climate change. *Planete Energies*, 5 Aug. 2021. Available at: <https://www.planete-energies.com/en/medias/close/international-efforts-combat-climate-change>. Access on: 9 Sept. 2022.

⁴⁸ PARIS Agreement 2015: Article 6. 2015. Available at: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf. Access on: 9 Sept. 2022.

net zero emissions. 153 countries have put forward proposals for new emission goals for the year 2030. All countries agreed to review and strengthen their present emissions objectives until 2030 in 2022.⁴⁹

The first goal of COP26 was Mitigation which aimed ‘reducing emissions’. The power industry is responsible for one-quarter of worldwide greenhouse gas emissions, and coal is the single most significant contribution to human-caused climate change. In 2021, India’s total carbon dioxide emissions amounted to 2,710 million metric tons, making it the third-largest CO₂ emitter in the world, according to Global Carbon Atlas.⁵⁰ According to the data available at Global Carbon Atlas, after China, India ranks second in coal consumption and responsible for about 1802 million metric tons emissions⁵¹.

At COP26, over 65 countries have agreed to phase out coal, with over 20 new promises. Over \$20 billion in new public and philanthropic funding has been offered by international partners to protect developing countries build up sustainable energy and move away from coal. For protecting and restoring the eco system, in the Glasgow Leaders’ Declaration on Forests and Land Use, 137 countries pledged to prevent and reverse forest loss and land degradation by 2030. A quarter of the global car market has pledged to end the sale of polluting vehicles at the national level. In Europe, General Motors, Jaguar, Fiat, Volvo, Audi, Ford, and Volkswagen have all pledged to producing 100 percent zero-emission vehicles (ZEVs) by 2035. More than 110 companies have entered the EV100 pledge, promising to have completely zero-emission vehicles by 2030.⁵²

The second goal was Adaptation which aimed ‘helping those already impacted by climate change’. To enhance climate risk readiness, 80 countries now have either Adaptation Communications or National Adaptation Plans. The Adaptation Research Alliance (ARA), the world’s first organisation of its nature, was launched at COP26. Governments, corporations, and local societies will work together to strengthen the resilience of vulnerable countries through this worldwide network of over 60 organisations in 30 countries. Indigenous knowledge and solutions will be at the heart of the ARA’s mission. Climate finance providers made promises at COP26 to expand their assistance for adaptation. According to the outcome report of COP26:

[...] over \$350 million has been committed to the UNFCCC Adaptation Fund: nearly triple the previous highest collective mobilisation. Over \$600 million was pledged to the Least Developed Countries Fund, the highest collective mobilisation the fund has seen. These record-breaking contributions are building the resilience of vulnerable communities, safeguarding livelihoods and lives.⁵³

The next goal was Finance which aimed to mobilise finances from public sector and private sector towards the developing nations. The cost of preventing climate change will be substantially less than the cost of dealing with its consequences. As a result, the UK’s incoming Presidency prioritised the commitment of developed countries to raise \$100 billion in climate funding every year. This money should be available to those who need it, and it should help to stimulate private finance. 34 countries and 5 public finance institutions have agreed to stop providing new direct public assistance for international fossil fuel exploitation. In private sector, members of the Glasgow Financial Alliance for Net Zero (GFANZ) must agree to science-based plans based on an independent, globally recognised methodology, assess their goals every five

⁴⁹ UNITED NATIONS. COP26: Together for our planet. *UN*, [2023]. Available at: <https://www.un.org/en/climatechange/cop26>. Access on: 15 Sept. 2022.

⁵⁰ GLOBAL CARBON ATLAS. [2023]. Available at: <http://www.globalcarbonatlas.org/en/CO2-emissions>. Access on: 15 Nov. 2022.

⁵¹ GLOBAL CARBON ATLAS. [2023]. Available at: <http://www.globalcarbonatlas.org/en/CO2-emissions>. Access on: 15 Nov. 2022.

⁵² UN CLIMATE CHANGE CONFERENCE UK. COP26 The Glasgow Climate Pact. *UNCC*, 2021. Available at: <https://ukcop26.wpenginepowered.com/wp-content/uploads/2021/11/COP26-Presidency-Outcomes-The-Climate-Pact.pdf>. Access on: 15 Nov. 2022.

⁵³ UN CLIMATE CHANGE CONFERENCE UK. COP26 The Glasgow Climate Pact. *UNCC*, 2021. Available at: <https://ukcop26.wpenginepowered.com/wp-content/uploads/2021/11/COP26-Presidency-Outcomes-The-Climate-Pact.pdf>. Access on: 15 Nov. 2022.

years, and disclose their progress and emissions from their investments on an annual basis. Companies in 36 countries will be required to give investors with trustworthy information on climate risk to direct their investments toward greener areas.⁵⁴

The last and final goal was Collaboration which aimed to ‘working together’. At the COP26 World Leaders Summit, more than 40 countries accounting for over 70% of global GDP endorsed the Breakthrough Agenda⁵⁵, committing to work together to make clean and sustainable solutions the most cost-effective, easily accessible, and aesthetically pleasing option in every polluting industry by the end of this decade.⁵⁶

Recently at the city of Sharm el-Sheikh in Egypt from 6th-20th November, 2022 COP-27 took place. More than 100 head of the states participated in the negotiations, talks and action plan of the UNFCCC COP-27 meeting. The focus of COP like previous COP meetings was to actively take drastic steps in reducing the carbon emissions, so that the threshold of 1.5 degree increase in global temperature in the coming decade could be reduced.

The highlight of the entire COP-27 was to “establish and operationalize a loss and damage fund”.⁵⁷ This concept of establishing a loss and damage fund is decades old. Alliance of Small Islands is a group of low altitude island countries pressed the need for such a fund back in 1994 when UNFCCC was established, from then onwards this point is in the agenda of various climate change conferences. The entire concept of this fund building is to provide support and reconstruction funds to under-developed countries or to middle-income countries facing the wrath of climate change in form of floods, droughts, cyclones, hurricanes etc. Government representatives of different countries have also agreed to establish an ‘transitional committee’ to monitor and operationalize the loss and damage fund as well as the other funds.⁵⁸ The meetings of transitional committee personnel will take place in the 1st quarter of 2023. The challenge amongst the parties at COP-27 was to meet the goal of raising funds of around 4-6 billion US dollar to switch to low-carbon emission global economy. Maximum of these contributions would be made by developed countries and they are not able to achieve their targets which is also posing a serious problem. Not just the governments but banks – public & private, international institutions and other financial investors need to come up to rescue.⁵⁹ The COP-27 brought together around 45,000 delegates from all round the world to discuss on many serious issues related to climate change. During a 15 days event the highlighted agenda which were discussed and put up to a solution were mainly revolving around to overcome the obstacles coming in the way of attaining targets of climate change policies and to provide resources, economy and scientific advancements to the countries to bring climate action plan in swing.⁶⁰

⁵⁴ UN CLIMATE CHANGE CONFERENCE UK. COP26 The Glasgow Climate Pact. UNCC, 2021. Available at: <https://ukcop26.wpenpowered.com/wp-content/uploads/2021/11/COP26-Presidency-Outcomes-The-Climate-Pact.pdf>. Access on: 15 Nov. 2022.

⁵⁵ The Breakthrough Agenda is a ground-breaking international clean technology initiative aimed at limiting global warming to 1.5°C. Through a coalition of leading public, private, and public-private worldwide efforts, it provides a guideline for countries and businesses to connect and strengthen their activities every year, in every sector, and it displays the leading global projects that will help achieve success.

⁵⁶ UN CLIMATE CHANGE CONFERENCE UK. COP26 The Glasgow Climate Pact. UNCC, 2021. Available at: <https://ukcop26.wpenpowered.com/wp-content/uploads/2021/11/COP26-Presidency-Outcomes-The-Climate-Pact.pdf>. Access on: 15 Nov. 2022.

⁵⁷ SRIVASTAVA, Manas. UPSC essentials: issue at a glance — COP-27 and Its dialogue with world. *The Indian Express*, 23 Nov. 2022. Available at: <https://indianexpress.com/article/upsc-current-affairs/upsc-essentials/upsc-essentials-issue-at-a-glance-cop-27-and-its-dialogue-with-world-8284608/>. Access on: 5 Dec. 2022.

⁵⁸ UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. COP27 Reaches breakthrough agreement on new “loss and damage” fund for vulnerable countries. UNFCCC, 20 Nov. 2022. Available at: <https://unfccc.int/news/cop27-reaches-breakthrough-agreement-on-new-loss-and-damage-fund-for-vulnerable-countries>. Access on: 5 Dec. 2022.

⁵⁹ UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. COP27 reaches breakthrough agreement on new “loss and damage” fund for vulnerable countries. UNFCCC, 20 Nov. 2022. Available at: <https://unfccc.int/news/cop27-reaches-breakthrough-agreement-on-new-loss-and-damage-fund-for-vulnerable-countries>. Access on: 5 Dec. 2022.

⁶⁰ UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. COP27 reaches breakthrough agreement on new “loss and damage” fund for vulnerable countries. UNFCCC, 20 Nov. 2022. Available at: <https://unfccc.int/news/cop27-reaches-breakthrough-agreement-on>

Table 1 - International efforts to combat Climate Change

Year	Name of the Event	Objective	Place
1980	The World Climate Research Programme (WCRP) (established by the World Meteorological Organization (WMO) in Geneva and the International Council of Scientific Unions (ICSU) in Paris.)	Boost climate science, especially numerical simulations of atmospheric and oceanic processes.	Geneva
1988	Creation of the intergovernmental panel on climate change (IPCC)	to compile and disseminate reports that accurately depict the current level of scientific understanding on climate change.	Geneva
1992	Rio Earth Summit	to create a comprehensive plan of action for international cooperation and development strategy in the twenty-first century that addresses environmental and development challenges.	Rio de Janeiro, Brazil
1997	Kyoto Protocol	During 2008 and 2012, lower GHG emissions by 5.2% annually from 1990 levels.	Kyoto, Japan
2009	The Copenhagen Accord	To confirm the continuation of the Kyoto Protocol and keep two degrees Celsius on the rise in the average global temperature	Copenhagen
2010	Cancun Climate Change Conference	The Green Climate Fund will have \$100 billion in funds by 2020 to help developing nations combat climate change and deforestation.	Cancun, Mexico
2015	Paris Agreement	restricting the rise in global temperature to “well below” 2°C	Paris
2018-19	Three IPCC Reports	The first discusses the effects of a 1.5°C average temperature rise by 2100, the second on land, and the third on the ocean and cryosphere.	Around the world published
2021	The Glasgow Climate Pact	Proposed New emission targets for 2030	Glasgow
2022	COP 27	establish and operationalize a loss and damage fund	Sharm el-Sheikh, Egypt

Source: INTERNATIONAL efforts to combat climate change. *Planete Energies*, 5 Aug. 2021. Available at: <https://www.planete-energies.com/en/medias/close/international-efforts-combat-climate-change>. Access on: 9 Sept. 2022.

new-loss-and-damage-fund-for-vulnerable-countries. Access on: 5 Dec. 2022.

7 Conclusion and Suggestions

With the introduction of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights a decade ago, the role of business in human rights became clearly defined, and companies began taking steps to avoid and remedy violations of human rights that resulted from their activities or interactions. Businesses are doing a lot to fight climate change, but there is still more that needs to be done. But the major concern is that most of the companies are doing this only for their profit and they are majorly indulged in green washing. From 1980 to 2022 so many efforts have been made on national and international level, still we are facing with the same problem of climate change, even worse than before.

It is necessary to think in a radical way in order to develop a regulatory system that is capable of tackling the difficulties that we are currently experiencing and to ensure that businesses are held accountable for their actions. Although it cannot be done in one day, so the systematic approach is needed to solve the issue of climate change like Companies that rely on fossil fuels have the ability to lessen the negative effects of their operations by taking measures such as doing research on alternative fuels, reaching an agreement to reduce emissions, and making use of transitional fuels like natural gas. On issues pertaining to business and human rights, and climate change, there is an urgent need for explicit and consistent national policies and legislation.

In the light of the above discussion some suggestions are as follows -

- A tier-wise capping on carbon emission by businesses should be set based on indispensability of the product.
- More awareness amongst people could be spread regarding greenwashing as it is quite unlikely for a layman to spot greenwashing happening in the products one is buying. Government regulatory bodies must have a keen check of the products floating in market on name of naturally made, herbal, ayurvedic etc. A product must not only look environment protective, but it should be environment friendly in its entire process from being produced to being its empty container being disposed-off.
- As per National Guidelines on Responsible Business Conduct (NGRBC's), it is mandatory for top 1000 listed companies to declare their Business Responsibility and Sustainability Report (BRSR). Since the aim of government here is to inform stakeholders of a company about its environment friendliness and social implications like active involvement in reducing carbon emissions and taking sustainable steps in its growth. Nevertheless, submission of BRSR shouldn't be a mandate for a handful of companies only rather all registered companies should be submitting such reports, so that a constant check could be maintained. Lastly, companies performing well in BRSR's should be given incentives and awards for performing well amidst all challenges.
- Principle 9 of the Rio Declaration is to be given more focus in relation to "demand of cooperation amongst states to achieve sustainable development by exchange of scientific and technological knowledge"⁶¹ Huge reduction in emission of greenhouse gases is not possible to be done by under-developed and developing countries altogether considering growth of their GDP based on economic factors which are responsible for generation of GHGs. However, a time-limit is given to states based on their category to reduce emission of GHGs,

⁶¹ Principle 9 of the Rio Declaration, 1992.

however replacement of new technologies to mitigate environment degradation is too costly from research and development perspective for many countries. Since climate change is a global issue and all countries must act together and share the technologies invented for reducing carbon emission amongst all the nations to further save the research and resources of other countries in building the same or similar advancements.

- To reduce greenhouse gas emissions by road transports, the governments can invest in building better public transport systems reducing the need of people to buy personal vehicles. Demand and supply of electronic and CNG based vehicles should be met by the government by boosting up the manufacturing of environment friendly vehicles. Bringing a change in this aspect would act as a double-edged sword against climate change, one by reducing GHGs emission and secondly by preserving oil reserves.

References

BAUMAN Brooke. How plastics contribute to climate change. *Yale Climate Connections*, 20 Aug. 2019. Available at: <https://yaleclimateconnections.org/2019/08/how-plastics-contribute-to-climate-change/>. Access on: 28 Oct. 2022.

BEST, Shivali. Plastic waste has more than DOUBLED globally since 2000, report warns'. *Daily Mail Online*, 22 Feb. 2022. Available at: <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-10539719/Plastic-waste-DOUBLED-globally-2000-report-warns.html>. Access on: 10 Oct. 2022.

BRAND audit report 2021: break free from plastic. *BRANDED*, v. 4, 2021. Available at: <https://www.breakfreefromplastic.org/wp-content/uploads/2021/10/BRAND-AUDIT-REPORT-2021.pdf>. Access on: 5 Nov. 2022.

CALMA, Justine. Apple ditching chargers saves costs but not the planet. *The verge*, 16 Oct. 2020. Available at: <https://www.theverge.com/2020/10/16/21519466/apple-iphone-12-chargers-airpods-greenhouse-gas-emissions-e-waste>. Access on: 5 Nov. 2022.

CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW. Plastic and climate: the hidden cost of a plastic planet. *CIEL*, May 2019. Available at: <https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2019/05/Plastic-and-Climate-FINAL-2019.pdf>. Access on: 10 Oct. 2022.

CIRCULAR No.: SEBI/HO/CFD/CMD-2/P/CIR/2021/562. *Sebi*, May 2021. Available at: https://www.sebi.gov.in/legal/circulars/may-2021/business-responsibility-and-sustainability-reporting-by-listed-entities_50096.html. Access on: 13 Nov. 2022.

COLBACK, Lucy. The role of business in climate change. *Financial Times Future Forum*, 18 Dec. 2020. Available at: <https://www.ft.com/content/7ab0bfb0-b37c-463d-b132-0944b6fe8e8b>. Access on: 9 Sept. 2022.

ECKSTEIN, David; KÜNZEL, Vera; SCHÄFER, Laura. Global climate risk index 2021. *Germanwatch*, Jan. 2021. Available at: https://germanwatch.org/sites/default/files/Global%20Climate%20Risk%20Index%202021_1.pdf. Access on: 13 Oct. 2022.

ENVIRONMENTAL AND ENERGY BUSINESS RESOURCES. Human contributions to climate change. *Environ Business*, [2015]. Available at: <https://www.environbusiness.com/cchangemain/cchuman>. Access on: 19 June 2022.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. Climate change policies. *EEA*, 23 Nov. 2020. Available at: [https://www.eea.europa.eu/themes/climate/policy-context#:~:text=Global%20policies,\(compared%20with%201990%20levels\)](https://www.eea.europa.eu/themes/climate/policy-context#:~:text=Global%20policies,(compared%20with%201990%20levels)). Access on: 4 Sept. 2022.

GEORGE, Sarah. Greenwashing: Unilever laundry detergent ad campaign banned in the UK. *Edie*, 31 Aug. 2022. Available at: <https://www.edie.net/greenwashing-unilever-laundry-detergent-ad-campaign-banned-in-the-uk/>. Access on: 5 Nov. 2022.

GLOBAL CARBON ATLAS. [2023]. Available at: <http://www.globalcarbonatlas.org/en/CO2-emissions>. Access on: 15 Nov. 2022.

GUPTA, Alinda. Top 5 greenwashing scandals of the past decade. *Jump Start*, 30 Nov. 2021. Available at: <https://www.jumpstartmag.com/top-5-greenwashing-scandals-of-the-past-decade/>. Access on: 5 Nov. 2022.

HOTTEN, Russell. Volkswagen: the scandal explained. *BBC News*, 10 Dec. 2015. Available at: <https://www.bbc.com/news/business-34324772>. Access on: 5 Nov. 2022.

INTERNATIONAL efforts to combat climate change. *Planete Energies*, 5 Aug. 2021. Available at: <https://www.planete-energies.com/en/medias/close/international-efforts-combat-climate-change>. Access on: 9 Sept. 2022.

IQBAL, Badar Alam; HASSAN, Munir; RAWAT, Bhawana; ARSLAN, Shabib. Business and climate change: trends, issues and challenges. *Business Review*, v. 8, n. 2, p. 42-57, July 2013. Available at: <https://www.researchgate.net/deref/https%3A%2F%2Fdoi.org%2F10.54784%2F1990-6587.1285>. Access on: 4 Sept. 2022.

JOHNSON, Mariya. Companies that were caught for greenwashing. *Prakati*, 5 Aug. 2022. Available at: <https://www.prakati.in/companies-that-were-caught-for-greenwashing/>. Access on: 8 Nov. 2022.

JONES Brian. Corporate social irresponsibility. In: IDOWU, S. O.; CAPALDI, N.; ZU, L.; GUPTA, A. D. (ed.). *Encyclopedia of corporate social responsibility*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2013. Available at: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-642-28036-8_650. Access on: 7 Sept. 2022.

KOTCHEN, Matthew; MOON, Jon J. Corporate social responsibility for irresponsibility. *The B. E. Journal of Economic Analysis & Policy*, v. 12, n. 1, art. 55, 2012. DOI: 10.1515/1935-1682.3308. Available at: <https://resources.environment.yale.edu/kotchen/pubs/csrsi.pdf>. Access on: 7 Sept. 2022.

LAVILLE, Sandra. Coca-Cola among brands greenwashing over packaging, report says. *The Guardian*, 30 June 2022. Available at: <https://www.theguardian.com/environment/2022/jun/30/coca-cola-among-brands-greenwashing-over-packaging-report-says>. Access on: 5 Nov. 2022.

LEAHY, Stephen. Most countries aren't hitting 2030 climate goals, and everyone will pay the price. *National Geographic*, 6 Nov. 2019. Available at: <https://www.nationalgeographic.com/science/article/nations-miss-paris-targets-climate-driven-weather-events-cost-billions>. Access on: 27 July 2022.

LI, Hongbo. The conflict and the balance between the right to development and the right to the environment. *China Human Rights*, 2017. Available at: http://www.chinahumanrights.org/html/2017/MAGAZINES_0627/8447.htm. Access on: 27 July 2022.

LO, Joe. Gap to 1.5C yawns, as most governments miss UN deadline to improve climate plans. *Climate Home News*, 26 Sept. 2022. Available at: <https://www.climatechangenews.com/2022/09/26/gap-to-1-5c-yawns-as-most-governments-miss-un-deadline-to-improve-climate-plans/>. Access on: 13 Oct. 2022.

MINISTRY OF ENVIRONMENT, FOREST AND CLIMATE CHANGE. Ban on identified single use plastic items from 1st July 2022. *PIB Delhi*, 28 June 2022. Available at: <https://pib.gov.in/PressReleaseIframePage.aspx?PRID=1837518>. Access on: 15 Nov. 2022.

NARAIN, Sunita. India's new climate targets: bold, ambitious and a challenge for the world. *Down to Earth*, 2 Nov. 2021. Available at: <https://www.downtoearth.org.in/blog/climate-change/india-s-new-climate-targets-bold-ambitious-and-a-challenge-for-the-world-80022>. Access on: 13 Nov. 2022.

NOYES, Lydia. A guide to greenwashing and how to spot it. *Ecomatch*, 26 Nov. 2022. Available at: <https://www.ecowatch.com/greenwashing-guide-2655331542.html>. Access on: 30 Nov. 2022.

PARASHAR, Neha; HAIT, Subrata. Plastics in the time of COVID-19 pandemic: protector or polluter? *The Science of the total environment*, v. 759, 10 Mar. 2021. Available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7726519/>. Access on: 10 Oct. 2022.

PARIS Agreement 2015: Article 6. 2015. Available at: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf. Access on: 9 Sept. 2022.

PARKER, Laura. Here's How Much Plastic Trash Is Littering the Earth. *National Geographic*, 20 Dec. 2018. Available at: <https://www.nationalgeographic.com/science/article/plastic-produced-recycling-waste-ocean-trash-debris-environment>. Access on: 28 Oct. 2022.

ROBINSON, Deena. 10 Companies and corporations called out for Greenwashing. *Earth.org*, 17 July 2022. Available at: <https://earth.org/greenwashing-companies-corporations/>. Access on: 5 Nov. 2022.

SCHENK, Lynn; GERDEMAN, Dina. What's the role of business in confronting climate change? *Harvard Business School*, 30 Nov. 2021. Available at: <https://hbswk.hbs.edu/item/whats-the-role-of-business-in-confronting-climate-change>. Access on: 18 Sept. 2022.

SRIVASTAVA, Manas. UPSC essentials: issue at a glance — COP-27 and its dialogue with world. *The Indian Express*, 23 Nov. 2022. Available at: <https://indianexpress.com/article/upsc-current-affairs/upsc-essentials/upsc-essentials-issue-at-a-glance-cop-27-and-its-dialogue-with-world-8284608/>. Access on: 5 Dec. 2022.

THE COPENHAGEN accord: lofty plans and blurred allegiances. *ODI*, [202-]. Available at: <https://odi.org/en/insights/the-copenhagen-accord-lofty-plans-and-blurred-allegiances/>. Access on: 9 Sept. 2022.

THE RIO declaration on environment and development. Principle 17. 1992. Available at: https://www.iau-hesd.net/sites/default/files/documents/rio_e.pdf. Access on: 18 Sept. 2022.

TRIVEDI Divya. India among countries worst affected by climate change: Global Climate Risk Index 2021. *The Hindu*, 25 Jan. 2021. Available at: <https://frontline.thehindu.com/dispatches/india-among-countries-worst-affected-by-climate-change-according-to-global-climate-risk-index-2021/article33659497.ece>. Access on: 13 Nov. 2022.

UN CLIMATE CHANGE CONFERENCE UK. COP26 The Glasgow Climate Pact. *UNCC*, 2021. Available at: <https://ukcop26.wpenginpowered.com/wp-content/uploads/2021/11/COP26-Presidency-Outcomes-The-Climate-Pact.pdf>. Access on: 15 Nov. 2022.

UN ENVIROMENT PROGRAMME. Basel Convention on the control of transboundary movements of hazardous wastes. *UN Environment Programme*, [2023]. Available at: <https://www.unep.org/resources/report/basel-convention-control-transboundary-movements-hazardous-wastes>. Access on: 4 Sept. 2022.

UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. COP27 Reaches breakthrough agreement on new “loss and damage” fund for vulnerable countries. *UNFCCC*, 20 Nov. 2022. Available at: <https://unfccc.int/news/cop27-reaches-breakthrough-agreement-on-new-loss-and-damage-fund-for-vulnerable-countries>. Access on: 5 Dec. 2022.

UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. What is the Kyoto Protocol? *UNFCCC*, [202-]. Available at: https://unfccc.int/kyoto_protocol. Access on: 9 Sept. 2022.

UNITED NATIONS. COP26: Together for our planet. *UN*, [2023]. Available at: <https://www.un.org/en/climatechange/cop26>. Access on: 15 Sept. 2022.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Human rights, climate change and business. *OHCHR*, [202-?]. Available at: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/ClimateChange/materials/KMBusiness.pdf>. Access on: 19 June 2022.

The cover image shows a large, modern building with a glass facade and a prominent white statue of a seated woman holding a book. The building is situated on a hillside with a large pool of water in the foreground. The sky is blue with some clouds. The overall scene is bright and modern.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O Programa Inovar Auto e o alcance da igualdade de competição frente às cláusulas da Nação Mais Favorita e do Tratamento Nacional da Organização Mundial Do Comércio

The Inovar Auto Program and the achievement of equal competition against the clauses of the Most Favorite Nation and National Treatment of the World Trade Organization

Everton das Neves Gonçalves

Joana Stelzer

Keite Wieira

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

O Programa Inovar Auto e o alcance da igualdade de competição frente às cláusulas da Nação Mais Favorita e do Tratamento Nacional da Organização Mundial Do Comércio*

The Inovar Auto Program and the achievement of equal competition against the clauses of the Most Favorite Nation and National Treatment of the World Trade Organization

Keite Wieira**

Resumo

O Programa Inovar Auto, iniciativa do governo federal para estimular a indústria brasileira, foi julgado pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) para avaliar a compatibilidade com a aplicação das cláusulas da Nação Mais Favorecida (NMF) e do Tratamento Nacional (TN) que estabelecem a igualdade de competição pretendida pelo sistema multilateral de comércio. Assim, o objetivo geral deste artigo consistiu em descrever o julgamento desse caso, a partir dos seguintes objetivos específicos: abordar a industrialização automobilística brasileira e o Programa Inovar Auto; compreender o alcance das cláusulas da NMF e do TN; e, averiguar a aplicação das normas citadas no caso Inovar Auto. A pesquisa desenvolveu-se à luz da interpretação da OMC em relação à implementação das medidas de isenção e redução de barreiras tarifárias na indústria automobilística brasileira. No que tange à metodologia, tratou-se de pesquisa pura e qualitativa. O método de abordagem foi indutivo-crítico. Quanto aos fins, a pesquisa foi descritiva. Os procedimentos técnicos utilizaram a doutrina de reconhecidos autores, jurisprudência e documentação da OMC. Utilizou-se o método de interpretação lógico-gramatical. A conclusão indicou que a igualdade de competição, pretendida pelo sistema multilateral de comércio, impôs às empresas brasileiras severa limitação no caso do Programa Inovar Auto. Com isso, o Princípio da Reciprocidade para e entre os países revelou-se uma falácia, em virtude de inexistir diferenciação entre membros marcadamente diversos e em distintos níveis de crescimento econômico, em que pese a intenção das cláusulas da NMF e do TN.

Palavras-Chaves: caso Inovar Auto; igualdade de competição; Nação Mais Favorecida; Tratamento Nacional.

* Recebido em 27/08/2021
Aprovado em 29/12/2023

** Doutora e Mestre em Direito (UFSC). Professora no curso de graduação em Direito nas Faculdades Esucri.
Email: keitewieira@gmail.com

Abstract

The Inovar Auto Program, a federal government initiative to stimulate Brazilian industry, was judged by the Dispute Settlement Body (OSC) of the World Trade Organization (WTO) to assess compatibility with the application of Most Favored Nation clauses (MFN) and National Treatment (NT) that establish the equality of competition intended by the multilateral trading system. Thus, the general objective of this research was to describe the judgment of this case, based on the following specific objectives: to approach the Brazilian automobile industrialization and the Inovar Auto Program; understand the scope of the NMF and TN clauses; and, verifying the application of the norms mentioned in the Inovar Auto case. The research was developed in the light of the WTO interpretation in relation to the implementation of exemption measures and reduction of tariff barriers in the Brazilian automobile industry. Regarding the methodology, it was a pure and qualitative research. The approach method was inductive-critical. As for the purposes, the research was descriptive. The technical procedures used the doctrine of recognized authors, jurisprudence and WTO documentation. The method of interpretation was logical-grammatical. The conclusion indicated that the equality of competition sought by the multilateral trade system imposed a severe limitation on Brazilian companies in the case of the Inovar Auto Program. Thus, the principle of reciprocity for and between countries proved to be a fallacy, since there is no differentiation between markedly diverse members and at different levels of economic growth, despite the intention of the NMF and NT clauses.

Keywords: Inovar Auto case; equal competition; Most Favored Nation; National Treatment.

1 Introdução

Ainda que a base normativa do sistema multilateral de comércio pretenda promover a igualdade de competição entre os membros, as cláusulas da Nação Mais Favorecida (NMF) do Tratamento Nacional (TN) trouxeram um peso de igualdade que não é real para todos os países. Ao vedar o tratamento diferenciado entre membros distintos e entre a indústria doméstica da concedente de tratamento, países com níveis de industrialização diferentes são obrigados a competir em patamares de uma igualdade fictícia.

No caso do Brasil, após o precoce declínio da produção industrial em relação ao índice mundial, lançou-se uma política de incentivo ao setor privado, denominada Programa Inovar Auto, com o objetivo de atrair inovação tecnológica e impulsionar a cadeia produtiva de veículos automotores em território nacional. Entretanto, essa política foi alvo de dois contenciosos perante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC: um movido pela União Europeia; e outro pelo Japão, em razão de afronta à igualdade de competição.

Nos casos DS472 e DS497, alega-se que o Brasil teria implementado um conjunto de vantagens fiscais em diversas áreas tecnológicas, afetando a computação, a automação e o equipamento audiovisual, por meio dos programas PADIS (Programa de Incentivos ao Setor de Semicondutores), PATVD (Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para TV Digital) e Programa para Inclusão Digital.

Ainda, destaca-se que, no Programa Inovar Auto, outros acordos da OMC foram invocados, como o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, mas, como o objetivo era abordar a aplicação das cláusulas da NMF e do TN, o estudo se restringiu a essas disposições normativas.

Considerando tal pano de fundo, o estudo foi problematizado no seguinte sentido: a aplicação das cláusulas da NMF e do TN estabelecem igualdade de competição pretendida pelo sistema multilateral de comércio no caso do Programa Inovar Auto, conforme parâmetros do OSC da OMC? A título de hipótese, percebe-se que, ao estabelecer a obrigação de tratamento igualitário entre todos os membros, estendendo-se o mesmo tratamento concedido a uma indústria ainda em desenvolvimento por meio das cláusulas da NMF

e do TN, não se viabiliza o alcance de proporcionar igualdade de competição no mercado internacional, sustentado pelo sistema normativo da OMC.

Para elucidação da hipótese, o objetivo geral consistiu em descrever o julgamento do caso Inovar Auto, especialmente quanto à aplicação das cláusulas da Nação Mais Favorecida (NMF) e do Tratamento Nacional (TN), e ao estabelecimento de igualdade de competição pretendida pelo sistema multilateral de comércio. Os objetivos específicos cingiram-se em: abordar a industrialização automobilística brasileira e o Programa Inovar Auto; compreender o alcance das cláusulas da NMF e do TN; e, averiguar a aplicação das normas citadas no caso Inovar Auto.

Salienta-se que, ao longo da disposição de aplicação das cláusulas da NMF e do TN, tratou-se de produto por se estar trabalhando com a redação das cláusulas inseridas no GATT, mas a sua aplicação também se estende aos serviços e propriedade intelectual.

No que tange à metodologia, quanto à natureza, trata-se de pesquisa pura, pois houve grande interesse em decifrar o alcance das cláusulas da NMF e do TN, contribuindo para a construção doutrinária dos seus efeitos. Quanto à abordagem do problema, trata-se de estudo qualitativo, amparado pela interpretação das normas por parte do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. O método de abordagem foi indutivo-crítico, pautado pela singularidade das decisões do OSC e de seu significado sobre a concepção e a viabilidade do Programa Inovar Auto. Sem desconhecer a fragilidade do indutivismo, lançou-se luz acerca dos limites das cláusulas da NMF e do TN, mas com a necessária visão crítica e não generalizante. Quanto aos fins, a pesquisa foi descritiva no afã de detalhar os principais pontos que estruturaram o resultado final com base em diversas jurisprudências. Quanto aos procedimentos técnicos, utilizou-se a doutrina de reconhecidos autores, jurisprudência e documentação da OMC. Utilizou-se o método de interpretação lógico-gramatical e os procedimentos técnicos, majoritariamente, documental e de avaliação normativa. Expuseram-se os resultados, exclusivamente, em forma de textos.

2 A indústria automobilística brasileira e a política brasileira do Programa Inovar auto

A industrialização é um fator importante para que se possa alcançar crescimento econômico, por gerar aumento de empregos e serviços. Além disso, com o crescimento da indústria e o aumento da escala, a tendência é que os preços se tornem mais acessíveis, fomentando renda para os demais setores da economia, como o serviço¹. Ocorre que “a natureza cambiante da industrialização, combinada com a rápida evolução da arquitetura do comércio global, tem tido impactos significativos sobre a capacidade dos países de fomentar seu desenvolvimento industrial”².

No Brasil e na esteira da aceleração do fenômeno global da década de 1980, antes mesmo que o processo de industrialização alcançasse um crescimento na renda *per capita* dos brasileiros, iniciou-se um processo reverso e precoce: a desindustrialização. Partindo-se de um grave declínio desde 2011, em 2016 o índice de participação da indústria referente ao Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro se assemelhou ao índice obtido na década de 1950, quando diversos e importantes setores da indústria brasileira sequer haviam sido desenvolvidos³.

⁴ PALMERI, Nivaldo Luiz. *O impacto do Programa Inovar Auto na Indústria Automotiva Brasileira*. 148 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Engenharia de Produção, Universidade Paulista, São Paulo, 2017. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=5243173. Acesso em: 19 jun. 2021.

⁵ CELLI JUNIOR, Umberto. *OMC: jurisprudência e requisitos de conteúdo local como política industrial*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 235.

⁶ DEPECON/FIESP. *Panorama da Indústria de Transformação brasileira*. 15. ed. São Paulo: FIESP, 2017. Disponível em: <http://www.>

Conforme relatório da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), demonstra-se que a indústria de transformação brasileira cresce a taxas inferiores ao PIB.

Em 10 anos a indústria de transformação brasileira perdeu 7 pontos percentuais (cerca de 40%) de participação no PIB, evidenciando um grave e acelerado processo de desindustrialização. Em 2014 a participação da indústria de transformação no PIB brasileiro foi de somente 10,9%, contra 17,9% em 2004⁴.

Conforme o referido Relatório, tal resultado com países que possuem PIB *per capita* semelhante, como: China, Índia, Coreia, Rússia, Argentina, Indonésia, Tailândia, Colômbia, Turquia e Chile, a indústria de transformação brasileira teve um dos piores desempenhos. Em 2020, 5,5 mil fábricas encerraram suas atividades. No período de 2015 a 2021, extinguiu-se 36,6 mil fábricas. Segundo um relatório do Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial (IEDI), a participação do setor industrial no PIB brasileiro caiu progressivamente: em 2018, a indústria de transformação representou, apenas, 11,3% do PIB, metade dos 20% registrados em 1976⁵.

Tal processo se associa a fenômenos nocivos, tais como a perda de competitividade das exportações industriais, o aumento das importações de bens de capital e de consumo além de insumos industriais importados, principalmente de químicos e eletrônicos, afetando, diretamente, as cadeias produtivas da indústria brasileira⁶. “A fragmentação dos modos de produção tem causado uma dispersão global das atividades de produção das cadeias de valor ou redes de produção”⁷.

O aumento da participação de produtos importados da indústria de transformação no consumo interno brasileiro, de acordo com dados divulgados pela FIESP, passou de 13,9%, no início de 2007, para 21,1%, no início de 2012, e manteve-se próximo aos 20% depois de tal período. Esse aumento expressivo de entrada de produtos importados denuncia o escoamento da indústria para o exterior⁸ e, sobre tal circunstância, gira a problemática desta investigação.

Diante desse cenário, em 2012, o governo federal brasileiro lançou a política do Programa Inovar Auto. O programa de incentivo à inovação tecnológica e adensamento da cadeia produtiva de veículos automotores objetivou impulsionar o desenvolvimento tecnológico, a inovação, segurança, eficiência energética, proteção ao meio ambiente e qualidade dos veículos e autopeças⁹. Considerando o volume de produtos industrializados importados e a situação narrada, tentou-se criar uma atmosfera de competitividade internacional na qual o Brasil pudesse, de fato, competir.

Criado a partir da Medida Provisória de n.º 563, posteriormente convertida na Lei 12.715 de 2012, e regulamentado pelo Decreto 7819 de 2012, o Programa Inovar Auto vigorou de 2012 a 2017. O Programa estabeleceu uma redução na base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados incidentes sobre produtos classificados nas posições 87.01 a 87.06 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados, referentes a veículos automóveis, suas partes e acessórios. Além da redução do Imposto

fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/o-processo-de-desindustrializacao/. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁷ FIESP. *A participação da Indústria de Transformação no PIB: novas séries, piores resultados*. São Paulo: FIESP, 2015. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/a-participacao-da-industria-de-transformacao-no-pib-novas-series-piores-resultados/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

⁸ FERRAZ JUNIOR. Processo de desindustrialização no Brasil se acentua. *Jornal da USP*, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/processo-de-desindustrializacao-no-brasil-se-acentua/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁹ CANO, Wilson. A desindustrialização no Brasil. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 21, n. esp., p. 831-851, dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v21nspe/v21nspea06.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.

¹⁰ CELLI JUNIOR. Umberto. *OMC: jurisprudência e requisitos de conteúdo local como política industrial*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 235.

¹¹ DEPECON/FIESP. *Panorama da Indústria de Transformação brasileira*. 15. ed. São Paulo: FIESP, 2017. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/o-processo-de-desindustrializacao/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

¹² BRASIL. Lei 12.715, de 17 de setembro de 2012. Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas [...]. *Diário Oficial da União*, 18 nov. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12715.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

sobre Produtos Industrializados (IPI), a empresa habilitada no Programa podia fazer uso do crédito presumido do mesmo imposto em até 30 pontos percentuais em cada operação.

Para habilitar-se no Programa, era necessário que a empresa produzisse ou comercializasse veículos, peças ou acessórios no Brasil e que tivesse projeto aprovado para a instalação, em território nacional, de fábrica dos produtos mencionados. Caso a empresa já estivesse instalada no País, seriam necessários novos projetos industriais para produção de hodiernos modelos daqueles produtos, a fim de aumentar a capacidade produtiva da empresa habilitada, decorrente da produção de modelo (de produto) ainda não fabricado no País. Para as empresas que já produzissem no Brasil, estabeleceu-se quantidade mínima de atividades fabris e de infraestrutura necessárias, além de dispêndios em pesquisa e desenvolvimento; engenharia; tecnologia industrial básica e capacitação de fornecedores correspondentes em percentuais mínimos (também estabelecidos); adesão ao programa de etiquetagem definido pelo MDIC e mantido pelo INMETRO; dentre outros requisitos¹⁰.

Ainda, para as empresas que não produzissem no País, mas comercializassem veículos, peças ou acessórios, seria necessário, outrossim, apresentar programação descritiva dos dispêndios e investimentos pretendidos para o território brasileiro, além de outros aspectos. Mediante um cenário de queda acentuada na exportação e uma aceleração nas importações de automóveis. A partir de 2005 até 2011 (um ano antes do lançamento do Programa), o Brasil atingiu o maior nível de importação de automóveis da sua história, porém seu pior resultado na balança comercial apareceu já no ano seguinte, devido à queda das exportações nesse setor¹¹.

3 O princípio da não discriminação: as cláusulas da nação mais favorecida e do Tratamento Nacional

Em razão do Princípio da Não Discriminação, um país não deve fazer distinção de seus parceiros comerciais, produtos e serviços. Pedro Infante Mota descreve o Princípio da Não Discriminação como o fio condutor do comércio internacional, além de ressaltar que tal princípio é o mais importante na função de fornecer a segurança jurídica que o sistema multilateral de comércio demanda, uma vez que evita alterações repentinas e imprevisíveis nas políticas comerciais da OMC¹².

Bossche e Zdouc afirmam que a discriminação, quando presente, envenena as relações políticas e econômicas entre países¹³. Por essa razão, no preâmbulo do acordo de criação da OMC, identifica-se o Princípio da Não Discriminação como um dos principais meios pelo qual os objetivos da organização podem ser atingidos¹⁴, uma vez que pretende equiparar as condições de concorrência entre todos os membros. O princípio desdobra-se em duas cláusulas: a da NMF e do TN.

¹³ SANTOS, Rodrigo Silveira Dos. *Os incentivos para a Indústria Automobilística: uma análise comparativa entre o novo regime automotivo de 1996 e o Inovar Auto de 2012*. 116 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Curso de Programa de Pós-graduação em Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1770329. Acesso em: 19 jun. 2021. p. 56-60.

¹⁴ SANTOS, Rodrigo Silveira Dos. *Os incentivos para a Indústria Automobilística: uma análise comparativa entre o novo regime automotivo de 1996 e o Inovar Auto de 2012*. 116 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Curso de Programa de Pós-graduação em Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1770329. Acesso em: 19 jun. 2021. p. 56-68.

¹⁵ MOTA, Pedro. I. *O sistema Gatt/OMC: introdução histórica e princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 107.

¹⁶ BOSSCHE, P. V. D.; ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p. 305.

¹⁷ BOSSCHE, P. V. D.; ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p. 306.

3.1 A cláusula da Nação Mais Favorecida

Por meio do compromisso estabelecido na Cláusula da Nação Mais Favorecida, assume-se a responsabilidade de tratamento igualitário entre todos os membros da OMC, ou seja, todos são os mais favorecidos, daí o nome: nação mais favorecida. Para John H. Jackson a Cláusula NMF tem sido o pilar central da política comercial por séculos, configurando o marco referencial do comércio internacional.

É possível observar a essência dessa cláusula conforme o atual sistema multilateral de comércio desde a Carta do Atlântico de 1942, na qual disposições direcionaram a reconstrução econômica no pós-guerra, com base na abertura comercial, previa a igualdade de condições ao comércio e às matérias primas do mundo a todos os Estados, grandes ou pequenos, vitoriosos ou vencidos. A não discriminação abria acesso aos mercados. Com o GATT/47, a cláusula se consagrou como pilar do sistema comercial, alcançando importância inédita¹⁵.

Por se tratar do fundamento do sistema multilateral de comércio, sendo, às vezes, equiparado ao conceito de multilateralismo¹⁶, o princípio de que todas as nações seriam tratadas igualmente, para Joseph Stiglitz, é um dos preceitos mais básicos que orientam a expansão do comércio mundial¹⁷. Disposta no primeiro artigo do GATT/94¹⁸, a NMF prevê que qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedida por um membro a qualquer produto de outro membro será concedido, imediata e incondicionalmente, ao produto similar de todos os demais membros.

Visando igualar as condições de competição de todos os membros, a Cláusula da Nação Mais Favorecida alcança tanto as medidas aduaneiras quanto as medidas internas dos países. A abrangência das medidas aduaneiras é explícita na própria menção do artigo ao tratar de direitos aduaneiros e taxas de qualquer espécie impostas com relação à importação ou à exportação, incluindo quotas e licenças de importação, e demais formalidades relativas ao comércio de bens. Já a abrangência das medidas internas configura-se pelo fato de que os impostos internos de cada país membro, e as regulamentações que afetem a venda dos produtos importados, também estão sujeitos à extensão do mesmo tratamento a produtos similares importados de outro país membro¹⁹.

Ainda, no julgamento do caso DS139²⁰, movido pelo Japão em face do Canadá, a Corte Permanente de Apelação concedeu uma interpretação acerca da finalidade da cláusula da NMF, quando afirmou que o Artigo I:1 do GATT94 não se refere a algumas:

[...] vantagens concedidas, mas para qualquer vantagem; não para alguns produtos, mas para qualquer produto; e não para produtos similares de alguns membros, mas para os produtos similares originários ou destinados a todos os membros²¹.

Assim, faz-se necessário pontuar os conceitos de vantagens, produtos similares e, imediata e incondicionalmente, à luz da interpretação da OMC, que é fornecida por meio do julgamento das disputas pelo Órgão de Solução de Controvérsias.

¹⁵ MOTA, Pedro. I. *O sistema Gatt/OMC: introdução histórica e princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 109.

¹⁶ JACKSON, John. H. *The World Trade System: law and policy of international economic relations*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 158.

²⁰ STIGLITZ, Joseph, E. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 185.

²¹ WTO. *GATT/47*. Art. III: 1. 1947. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

²² WTO. DS 453. *Argentina: measures relating to trade in goods and services*. 2016. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds453_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

²³ WTO. DS 139. *Canada: certain measures affecting the automotive industry*. 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds139_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁴ WTO. DS 139. *Appellate body report*. 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds139_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

Por vantagem, favor, privilégio ou imunidade, conforme julgamento do caso DS27²² pela Corte Permanente de Apelação, entende-se uma medida que cria oportunidades mais favoráveis de concorrência no comércio internacional ou, ainda, uma medida que afete a relação comercial entre produtos de diferentes origens²³.

Bossche e Zdouc²⁴ apontam que, para que se entenda o termo produtos similares, é necessário que três perguntas sejam respondidas: a) quais características ou qualidades são importantes para avaliar similaridade?; b) em que grau ou extensão essas características devem ser compartilhadas para que o produto seja considerado similar?; e, c) a partir da percepção de quem, ‘similaridade’ deve ser compreendida?

No caso movido em 1981, ainda sob a jurisdição do sistema de solução de controvérsias do GATT/47, o Brasil acusou a Espanha de fornecer tratamento diferenciado ao café não torrado, já que não aplicou obrigações aduaneiras aos cafés colombianos suave e outros suaves, enquanto impunha alíquota de 7% (sete por cento) aos três tipos de cafés não torrados brasileiros.

O Painel entendeu que os diferentes tipos de cafés, não torrado e suave, de fato, referiram-se a produtos similares já que: a) em relação às características físicas, concluiu que o café não torrado era, principalmente, vendido em formas de misturas, combinando vários tipos de café; b) quanto à finalidade, ou seja, o uso final, considerou que, em todo o mundo, os cafés não torrados e suaves eram vistos como um produto destinado como bebida; e, c) a análise do regime tributário dos demais membros constatou que nenhuma outra parte contratante apresentou um regime tarifário diferenciado ao café não torrado em relação ao café suave, ou seja, não se sujeitaram diferentes tipos de café a diferentes taxas de imposto²⁵.

Tendo por base tais desideratos, com base na cláusula da Nação Mais Favorecida e explicitada pelo OSC, é possível não somente fazer verter seu real significado, como perceber sua importância para o comércio internacional.

3.2 A cláusula do Tratamento Nacional

A cláusula do Tratamento Nacional traduz a ideia de abertura do mercado por garantir que as medidas domésticas sejam estendidas, também, aos produtos importados para que sejam proporcionadas as mesmas condições de competição a todos os membros. Em relação ao comércio de bens, a cláusula do TN teve seu objeto e propósito delimitado no caso DS10 movido pelo Canadá em face do Japão, quando se afirmou que a referida cláusula visava evitar o protecionismo dos membros na aplicação de medidas fiscais e regulatórias internas de seu país, ou seja, que medidas internas não fossem aplicadas aos produtos importados ou nacionais, a fim de proteger produção nacional²⁶.

No GATT/94, referente ao comércio de bens²⁷, a cláusula do TN conta com dez itens. O primeiro deles prevê a política geral da cláusula, ou seja, que impostos e outros tributos internos, leis, regulamentos e exi-

²⁵ WTO. DS 27. *European communities: regime for the importation, sale and distribution of bananas*. 2012. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁶ WTO. DS 27. *Appellate body report*. 1997. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁷ BOSSCHE, P. V. D.; ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p. 316.

²⁸ WTO. *Spain tariff treatment of unroasted coffee*. abr. 1981. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/80coffee.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

²⁹ WTO. DS 10. *Appellate Body Report*. 1996. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds10/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds10/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true). Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁰ Outros acordos dispostos no Anexo IA do GATT94, referente ao comércio de bens, tais como o Acordo de Barreiras Técnicas, o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e o Acordo sobre Medidas de Investimento Ligadas ao Comércio também trazem a obrigação do tratamento nacional, contudo, sendo a ideia central constante do artigo III do próprio GATT94, optou-se por tratar especificamente deste último artigo citado.

gências — relacionadas com a venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno, além de regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas — não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional²⁸.

O segundo parágrafo do artigo III prevê que os impostos internos sobre os produtos importados não podem exceder os impostos aplicados às mercadorias nacionais. Ao quarto parágrafo coube a obrigação do TN em relação a regulamentos e outros requisitos que afetam a venda interna de produtos importados. Os parágrafos III:5 e III:7 especificam a proibição do uso de regulamentações quantitativas internas, relacionadas à mistura, transformação ou utilização de produtos em quantidades ou proporções determinadas para favorecer produtos domésticos²⁹.

Os demais parágrafos apresentam exceções à regra geral de tratamento nacional, tal como a exceção das compras governamentais para atender as necessidades dos poderes públicos³⁰.

Na cláusula do TN é, também, importante elucidar o conceito de produto similar, já que a discriminação, além de não poder ser aplicada à produtos idênticos, também é vedada nos produtos que guardem semelhança entre si. Conforme relatório Ajustes de Impostos Aduaneiros, emitido pelo Conselho Geral do GATT, em 1970, o termo ‘similar’ deve ser analisado, a cada caso, considerando os seguintes critérios: a) uso final do produto dado pelo mercado; b) hábitos e gosto dos consumidores — o que muda de país para país; e; c) as características, a natureza e a qualidade do produto³¹.

Bossche e Zduc explicam e adicionam critérios: a) qualidade, natureza e propriedades do produto em relação às suas características físicas; b) o uso final do produto no que tange à capacidade de possuir funcionalidades idênticas ou similares; c) hábitos e gosto dos consumidores quando analisado com base no comportamento e percepções dos consumidores em relação aos produtos; e, d) classificação tributária do produto³².

Os produtos que competem entre si ou que se substituem devem ser incluídos no conceito de similaridade, uma vez que podem ser considerados similares com base nas características de propriedade, do uso final e do gosto dos consumidores³³.

Exemplos de produtos competitivos e capazes de serem substituídos entre si são: o uísque, a vodca e o *shochu*. Para saber se os produtos são competitivos, o preço comercial é relevante, entendeu a Corte Permanente de Apelação³⁴. Além disso, quanto ao fato de serem substituíveis, considerando que o gosto dos consumidores pode ser peculiar, a Corte entendeu que ‘podendo ser substituído’ é a forma mais correta de analisar a compatibilidade desses produtos³⁵.

³¹ WTO. *GATT/47*. Art. III: 1. 1947. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

³² JACKSON, John. H. *The World Trade System: law and policy of international economic relations*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 214.

³³ JACKSON, John. H. *The World Trade System: law and policy of international economic relations*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 214.

³⁴ BOSSCHE, P. V. D.; ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p. 356.

³⁵ BOSSCHE, P. V. D.; ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p. 358.

³⁶ WIEIRA, K. *O Brasil e a aplicação das cláusulas da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional: inviabilidade do sistema normativo da OMC em prol dos países em desenvolvimento*. Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/195804>. Acesso em: 25 ago. 2021.

³⁷ WTO. DS 396. *Appellate Body Report*. Parágrafo 214. 2013. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds396/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds396/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#). Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁸ WTO. DS 75. *Appellate body report*. 1999. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.

Sobre o desafio de delimitar quais critérios devem ser aplicados para saber se a medida discriminatória visa à proteção da produção nacional, o relatório da Corte de Apelação no caso DS10³⁶ afirmou ser possível a análise da medida discriminatória pautando-se na estrutura da medida³⁷. Entendeu-se que, a partir de como a medida foi estruturada e planejada, sabe-se se o intuito é protecionista. Ainda, a Corte Permanente de Apelação esclareceu, no caso DS75³⁸, que a cláusula do TN não está preocupada com o volume do ganho com a medida protecionista, tampouco com a comprovação de que a medida é, de fato, capaz de produzir efeitos no comércio internacional³⁹.

Para que a medida protecionista seja incompatível com a cláusula do TN, é necessário que os tributos incidentes sobre produtos importados sejam superiores àqueles a que os produtos nacionais são submetidos. Para definir qual o limite de excesso na tributação, a Corte Permanente de Apelação observa que até o menor excesso possível já é muito⁴⁰, e qualquer diferenciação de valor de tributo é inconsistente com o Princípio da Não Discriminação, representado pela cláusula do TN. Nesse quesito, novamente danos no comércio do outro país membro não são exigidos para que a medida seja inconsistente com a cláusula do TN⁴¹.

Por fim, verifica-se o tratamento não menos favorável quando as condições de competição são alteradas de uma forma discriminatória, trazendo prejuízo aos produtos importados similares aos nacionais, não necessariamente em relação ao preço ou custo. Como exemplo, menciona-se o caso DS 161⁴², em que os Estados Unidos moveram, em desfavor da Coreia, e no qual se contestou o sistema de distribuição de varejo baseado na origem para a venda de carne bovina, já que na Coreia a carne bovina importada deveria ser vendida em lojas especializadas, comercializando, apenas, carne bovina importada ou em seções separadas de supermercados.

Trata-se, em síntese, de situações diversificadas que marcaram a interpretação da cláusula do Tratamento Nacional, fornecendo-lhe os necessários contornos normativos.

4 O caso DS472 (União Europeia versus Brasil) e DS497 (Japão versus Brasil): Programa Inovar Auto e a afronta às cláusulas da NMF e TN

Mediante o tratamento diferenciado concedido às empresas que trouxessem sua planta produtiva para o Brasil, o Inovar Auto foi alvo de litúgio perante o OSC da OMC, primeiramente com o caso DS472⁴³, em

aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds75/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁹ WTO. DS 10. *Japan: Taxes on Alcoholic Beverages*. 1998. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds10_e.htm. Acesso em: 26 maio 2021.

⁴⁰ WTO. DS 10. *Appellate Body Report*. 1996. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds10/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds10/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true). Acesso em: 01 abr. 2021.

⁴¹ WTO. DS 75. *Korea: Taxes on alcoholic beverages*. 2000. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds75_e.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁴² WTO. DS 75. *Appellate body report*. 1999. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds75/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds75/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true). Acesso em: 01 abr. 2021.

⁴³ WTO. DS 10. *Appellate Body Report*. 1996. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds10/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds10/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true). Acesso em: 01 abr. 2021.

⁴⁴ BOSSCHE, P. V. D.; ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p. 364.

⁴⁵ WTO. DS 161. *Korea: measures affecting imports of fresh, chilled and frozen beef*. 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds161_e.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁴⁶ WTO. DS 472. *Brazil: certain measures concerning taxation and charges*. 2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds472_e.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

dezembro de 2013, quando a União Europeia solicitou consulta⁴⁴ com o Brasil. Questionou-se o programa Inovar Auto em razão da redução e crédito do IPI para as empresas habilitadas, bem como acerca dos requisitos para a habilitação das empresas. A União Europeia questionou, outrossim, o fato de o Brasil estar, supostamente, concedendo benefícios fiscais a alguns países do Mercosul, além de outros não participantes do bloco, sem que esses benefícios fossem estendidos para outros membros da OMC. Diante do exposto, alegou-se inconsistência com a cláusula do Tratamento Nacional (III:2, III:4 e III:5), com a cláusula da Nação Mais Favorecida (I:1), além de dispositivos do Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (2.1) e do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (3.1(b)).

Em janeiro de 2014, o Japão, a Argentina e os Estados Unidos solicitaram a participação nas consultas. Em outubro do mesmo ano, restando infrutífera a consulta, a União Europeia solicitou o estabelecimento de um painel, o que foi feito em novembro de 2014. A Argentina, Austrália, China, Índia, Japão, Coreia, Rússia, Taiwan/Taipei, Turquia e Estados Unidos reservaram seus direitos de terceiras partes. Posteriormente, o Canadá, a Colômbia e a África do Sul também o fizeram. Em março de 2015, a União Europeia solicitou ao Diretor-Geral que compusesse o painel, o que foi feito em 26 de março de 2015.

Três meses depois, em julho de 2015, o Japão, que havia reservado seus direitos como terceira parte, resolveu solicitar suas próprias consultas com o Brasil, por meio do caso DS497⁴⁵, reclamando acerca dos mesmos programas e mesmas medidas já em litígio sob a arguição da União Europeia⁴⁶. Novamente infrutíferas as tentativas, o Japão solicitou o estabelecimento de um painel em setembro de 2015. Argentina, Austrália, China, União Europeia, Índia, Coreia, Rússia e Estados Unidos reservaram seus direitos como terceiras partes. Em outubro de 2015, o Presidente do painel notificou ao OSC que o painel dessa disputa havia sido composto com os mesmos juízes que já estavam responsáveis pelo Painel do caso DS472. Tratando-se dos mesmos pontos a serem julgados, ambos os casos passaram a ter o mesmo andamento.

De modo geral e amplo, sintetiza-se que, em sua defesa, o Brasil alegou que as medidas questionadas refletiam medidas relativas aos ‘processos de produção’ e às ‘etapas de produção’ impostas aos produtores. Assim, tais medidas não foram contempladas pelo GATT/94, pelo Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio ou pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.

Entretanto, ainda se tratando de fases prévias ao comércio dos bens, a Corte Permanente de Apelação da OMC, em outros casos, já havia se posicionado no sentido de que as disciplinas relevantes dos acordos da OMC foram aplicáveis a quaisquer medidas que impactassem os produtos no mercado, independentemente da fase de produção ou comércio do produto.

O segundo principal ponto alegado pelo Brasil foi o de que os programas em questão constituíam subsídios pagos aos produtores nacionais, conforme o Artigo III:8 (b) do GATT 94. O Painel, contudo, entendeu que uma medida que resulta em discriminação no tratamento de produtos nacionais e importados não pode se beneficiar da exceção mencionada, conforme se expõe abaixo.

O Brasil, ainda, levantou outras duas teses de defesa em relação ao Programa Inovar Auto, especificamente: uma, no sentido do artigo XX (b) do GATT 94 (relativo à proteção da saúde pública); e, outra, relativo ao artigo XX (g), também do GATT 94 (referente à conservação de recursos naturais).

Em consonância com o Artigo XX (b), o Brasil argumentou que o Programa Inovar Auto visava melhorar a segurança dos veículos e reduzir as emissões de CO₂, contribuindo, assim, para a proteção da saúde

⁴⁷ WTO. DS 472. *Request for consultations*. 2020. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fds472%2f*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds472%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true). Acesso em: 21 jun. 2021.

⁴⁸ WTO. DS 497. *Brazil: certain measures concerning taxation and charges*. 2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds497_e.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

⁴⁹ WTO. DS 497. *Request for consultations*. 2020. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fds497%2f*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds497%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true). Acesso em: 21 jun. 2021.

pública. Além disso, quanto ao artigo XX (g) do GATT/94, o Brasil sustentou que o Programa contribuiu para a conservação do petróleo e seus subprodutos. O Painel aceitou a inclusão desses objetos nos escopos dos artigos XX (b) e XX (g), porém, as alegações brasileiras referiram-se a aspectos do Programa não sustentados pelos reclamantes União Europeia e Japão.

O Brasil, também, trouxe à discussão que desejava fomentar sua indústria doméstica para adquirir tecnologia e *know-how*. Contudo, mesmo reconhecendo que os aspectos discriminatórios da medida tivessem (ou pudessem ter) um impacto sobre o desenvolvimento da indústria doméstica, resultando no aumento da segurança dos veículos e na eficiência energética, o Painel entendeu que o Brasil não forneceu evidências para demonstrar a probabilidade de ocorrência de tal cenário.

Por fim, sob a análise da necessidade em relação ao Artigo XX (b), o Painel considerou que a medida discriminatória não seria a mais eficaz para alcançar os objetivos declarados.

4.1 O relatório do painel em relação ao caso Inovar Auto e às cláusulas da NMF e do TN

Em 30 de agosto de 2017, o relatório do Painel⁴⁷ foi distribuído aos membros. Em relação aos programas levantados pela União Europeia e pelo Japão, o Inovar Auto é o mais emblemático. A celeuma no OSC acerca de tentativas brasileiras de desenvolver sua indústria automobilística não é assunto novo, tendo sido alvo de outros contenciosos.

No presente caso, a respeito das reduções de impostos para categorias de veículos automotores em relação ao Programa Inovar Auto, o Painel considerou que, uma vez que tais reduções de impostos estão disponíveis, apenas, para veículos produzidos no Brasil, resultaram em discriminação fiscal sobre produtos similares importados, estando a medida incompatível com a cláusula do TN (artigo III: 2 do GATT/94).

Para o Painel, inclusive, mesmo o menor ônus administrativo — imposto às empresas que não adquirem produtos intermediários locais e nacionais — conferiu um tratamento menos favorável às empresas que adquirem produtos intermediários importados. Além disso, as exigências de requisitos de etapas de produção no Brasil também configuraram tratamento menos favorável à luz da cláusula do Tratamento Nacional (item III:4 do GATT/94)⁴⁸.

Quanto às regras de credenciamento para receber os créditos fiscais para posterior compensação do IPI sobre a venda de veículos automotores, considerou-se que estas impuseram uma carga maior aos fabricantes estrangeiros do que os fabricantes nacionais, resultando em diferentes níveis de tributação e, consequentemente, em condições prejudiciais de competição para os veículos importados. O Painel destacou que as regras sobre a acumulação de créditos fiscais favoreciam as empresas que adquiriram insumos e ferramentas brasileiras, favorecendo, novamente, os fabricantes brasileiros em detrimento dos fabricantes estrangeiros, gerando condições prejudiciais de concorrência.

Não diferente, quanto às regras sobre o uso de créditos tributários, gerados a partir de gastos em insumos e ferramentas no Brasil, entendeu-se que essas circunstâncias, outrossim, favoreceram produtos nacionais, resultando em diferentes níveis de tributação e condições desfavoráveis aos veículos automotores importados. O Painel concluiu que esses aspectos fizeram discriminação tributária e regulatória, inconsistente com a cláusula do TN (artigo III: 2 e III: 4 do GATT 94), além de ferirem, ainda, o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio.

⁵⁰ WTO. DS 472 e DS 497. *Panel Report*. 2020. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2f472%2f*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2f472%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true) Acesso em: 21 jun. 2021.

⁵¹ CELLI JUNIOR, Umberto. *OMC: jurisprudência e requisitos de conteúdo local como política industrial*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 246.

O Painel entendeu, também, que o fato de o credenciamento das empresas fabricantes nacionais e beneficiárias do Inovar Auto requerer o desempenho de um número mínimo de etapas de produção dos veículos no Brasil constituiu um requisito de conteúdo local inconsistente com a OMC. O Painel, ademais, apontou um aspecto particular dos requisitos de credenciamento, o qual as despesas, com equipamentos brasileiros de laboratório, são consideradas, constituindo um ‘requisito de conteúdo local’.

Sobre a discussão acerca da questão da acumulação de crédito, entendeu-se que, em virtude de as compras de determinados insumos e ferramentas serem deduzidas do valor total dos créditos tributários — dependendo do nível de conteúdo importado nesses insumos e ferramentas — novamente constituindo-se um ‘requisito de conteúdo local’, isso porque, o Programa “Inovar Auto requer ou incentiva o uso dos componentes produzidos no país, materiais e insumos estratégicos e equipamentos de laboratórios na produção de motores para que estes possam receber certos incentivos fiscais”⁴⁹, observaram, os julgadores.

Assim, estando tais requisitos de conteúdo local modificando as condições de concorrência para insumos importados semelhantes aos nacionais, as medidas foram inconsistentes com a cláusula do TN (artigo III:2 e III:4 do GATT 94) e disposições do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e do Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio.

Sobre a alegação de que o Programa Inovar Auto concedeu um tratamento mais favorável aos veículos importados dos países do MERCOSUL e do México, de forma inconsistente com a cláusula da NMF, o Brasil argumentou que justificou-se o tratamento fiscal, diferenciado e mais favorável, pela Cláusula de Habilitação, uma vez que esse tratamento implementou obrigações a acordos regionais de comércio, notificados à OMC, conforme previsto pela Cláusula de Habilitação.

As partes discutiram acerca do fato de os tratados terem sido notificados à OMC, uma vez que o Brasil entendeu que os acordos realizados, considerando o Acordo de Montevidéu (Mercosul), somente precisavam ser notificados à OMC como modificações do Acordo de Montevidéu e não como acordos independentes.

O Painel decidiu por evitar essa questão e prosseguir entendendo que os acordos teriam sido notificados, concentrando-se no conteúdo dos acordos propriamente dito. Ainda assim, o Painel entendeu que os acordos não se relacionam com medidas de tributação interna ou disposições de preferências fiscais que poderiam justificar o Programa Inovar Auto. Assim, não tendo sido demonstrada a ligação entre a discriminação fiscal e o acordo, nos termos da Cláusula de Habilitação, o Painel concluiu que a discriminação fiscal não poderia ser justificada pela Cláusula de Habilitação.

Em decorrência da decisão do Painel, cujos principais pontos se expôs, em 28 de setembro de 2017, o Brasil notificou o OSC acerca de sua decisão de recorrer à Corte Permanente de Apelação acerca de questões legais e interpretações do Painel. Em 3 de outubro de 2017, tanto a União Europeia quanto o Japão, também, notificaram o OSC acerca de suas decisões de interposição de recurso de apelação.

4.2 A decisão do Grupo de Apelação

No que tange à condenação brasileira por inadequação às normas que proíbem o favorecimento do tratamento nacional e de outros membros da OMC em detrimento da totalidade dos integrantes da organização, o Órgão de Apelação manteve o veredito, discordando, no entanto, de alguns posicionamentos.

Em relação ao Programa Inovar Auto, quanto à cláusula da Nação Mais Favorecida, o relatório do Grupo de Apelação analisou o recurso brasileiro que invocou a aplicação da Cláusula de Habilitação, assim como se fez em defesa perante o Painel. No entanto, a apelação considerou que, à luz do contexto que envolve

⁵² CELLI JUNIOR, Umberto. *OMC: jurisprudência e requisitos de conteúdo local com política industrial*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 247.

a adoção da Cláusula de Habilitação após o estabelecimento da OMC, a exceção disposta não se refere a medidas não tarifárias, regidas pelas disposições do GATT 1994 e sim sobre medidas não tarifárias previstas e em conformidade com as disposições de tratamento, fixadas nos instrumentos multilateralmente negociados sob os cuidados da OMC⁵⁰.

Em decorrência da ausência de prévia estipulação da exceção da medida não tarifária em acordo previamente estabelecido, o Órgão de Apelação entendeu por não existir um vínculo genuíno entre a medida em litígio e a proteção da Cláusula de Habilitação que possibilitasse o tratamento diferenciado, confirmando, portanto, as conclusões do Painel no sentido de que as reduções de impostos concedidas pelo Programa Inovar Auto, a produtos importados da Argentina, México e Uruguai, não se justificaram pela Cláusula de Habilitação⁵¹.

Com isso, além da interpretação que o OSC havia concedido às cláusulas da NMF e do TN, emergiu, também, um olhar sobre a Cláusula de Habilitação que, ao final, desmantelou a tentativa do governo brasileiro em estabelecer o Programa Inovar Auto.

5 Conclusão

A indústria brasileira, ainda em ascensão, sofreu com o escoamento da indústria para o exterior e, também, com a quantidade de insumos importados, buscando maior competitividade internacional, criou estratégias para atrair pesquisa, tecnologia, capacitação e investimentos estrangeiros — fatores essenciais para o impulso da industrialização — para o território nacional, por meio do Programa Inovar Auto.

Ainda que todas as disposições do Princípio da Não Discriminação, dividido nas cláusulas da NMF e do TN, demonstrem que esses pilares do sistema multilateral de comércio sustentam a igualdade de competição no mercado internacional, enquanto se pretender a igualdade de competitividade e concorrência entre países que não são iguais, a desigualdade no mundo desenvolvido, e no mundo em desenvolvimento, não se encerrará.

Para que, de fato, ocorra o equilíbrio a respeito da competição internacional, conforme o Princípio da Não Discriminação, entende-se que os países em desenvolvimento devem ser livres para formular suas políticas internas de acordo com a sua necessidade específica, combatendo o declínio da indústria com medidas que incluam políticas de ‘conteúdo local’.

Ainda que se conte com a exceção da Cláusula de Habilitação em relação à aplicação das cláusulas da NMF e do TN, trata-se de um mecanismo fraco, não promovendo qualquer garantia de sua aplicação ou de sua efetividade, conforme visto nas decisões do Painel e Grupo de Apelação.

Conforme o julgamento do caso Inovar Auto, a igualdade de competição pretendida pelo sistema multilateral de comércio, na verdade, impôs que as empresas brasileiras concorressem com os produtos e insumos estrangeiros que contam com tecnologia mais avançada, pesquisa e estratégia de mercado, sem poder incentivar a indústria doméstica em relação à obtenção dessas condições de concorrência.

Por fim, conclui-se que uma competição saudável no mercado comercial internacional ocorrerá se o Princípio da Reciprocidade para e entre todos os países for substituído pelo Princípio da Reciprocidade Entre os Iguais, porém com a devida diferenciação entre aqueles que estão em situação, marcadamente, divergente.

⁵³ WTO. DS 472. *Brazil: certain measures concerning taxation and charges*. 2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds472_e.htm Acesso em: 21 jun. 2021.

⁵⁴ WTO. DS 472. *Brazil: certain measures concerning taxation and charges*. 2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds472_e.htm Acesso em: 21 jun. 2021.

Referências

- BOSSCHE, P. V. D; ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017.
- BRASIL. Lei 12.715, de 17 de setembro de 2012. Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas [...]. *Diário Oficial da União*, 18 nov. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112715.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.
- CANO, Wilson. A desindustrialização no Brasil. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 21, n. esp., p. 831-851, dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v21nspe/v21nspea06.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.
- CELLI JUNIOR, Umberto. *OMC: jurisprudência e requisitos de conteúdo local como política industrial*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2017.
- DEPECON/FIESP. *Panorama da Indústria de Transformação brasileira*. 15. ed. São Paulo: FIESP, 2017. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/o-processo-de-desindustrializacao/>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- FERRAZ JUNIOR. Processo de desindustrialização no Brasil se acentua. *Jornal da USP*, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/processo-de-desindustrializacao-no-brasil-se-acentua/>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- FIESP. *A participação da Indústria de Transformação no PIB: novas séries, piores resultados*. São Paulo: FIESP, 2015. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/a-participacao-da-industria-de-transformacao-no-pib-novas-series-piores-resultados/>. Acesso em: 21 jun. 2021.
- JACKSON, John. H. *The World Trade System: law and policy of international economic relations*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1999.
- MOTA, Pedro. I. *O sistema Gatt/OMC: introdução histórica e princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.
- PALMERI, Nivaldo Luiz. *O impacto do Programa Inovar Auto na Indústria Automotiva Brasileira*. 148 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Engenharia de Produção, Universidade Paulista, São Paulo, 2017. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=5243173. Acesso em: 19 jun. 2021.
- SANTOS, Rodrigo Silveira Dos. *Os incentivos para a Indústria Automobilística: uma análise comparativa entre o novo regime automotivo de 1996 e o Inovar Auto de 2012*. 116 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Curso de Programa de Pós-graduação em Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1770329. Acesso em: 19 jun. 2021. p. 56.
- STIGLITZ, Joseph, E. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- WIEIRA, K. *O Brasil e a aplicação das cláusulas da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional: inviabilidade do sistema normativo da OMC em prol dos países em desenvolvimento*. Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/195804>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- WTO. *GATT/47*. Art. III: 1. 1947. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

WTO. *Spain tariff treatment of unroasted coffee*. abr. 1981. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/80coffee.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

WTO. DS 10. *Appellate Body Report*. 1996. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds10/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds10/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true). Acesso em: 01 abr. 2021.

WTO. DS 10. *Japan: Taxes on Alcoholic Beverages*. 1998. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds10_e.htm. Acesso em: 26 maio 2021.

WTO. DS 27. *European communities: regime for the importation, sale and distribution of bananas*. 2012. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. DS 27. *Appellate body report*. 1997. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. DS 75. *Korea: Taxes on alcoholic beverages*. 2000. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds75_e.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

WTO. DS 75. *Appellate body report*. 1999. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds75/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds75/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true). Acesso em: 01 abr. 2021.

WTO. DS 139. *Canada: certain measures affecting the automotive industry*. 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds139_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. DS 139. *Appellate body report*. 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds139_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. DS 161. *Korea: measures affecting imports of fresh, chilled and frozen beef*. 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds161_e.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

WTO. DS 396. *Appellate Body Report*. Parágrafo 214. 2013. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds396/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds396/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#). Acesso em: 01 abr. 2021.

WTO. DS 400. *Appellate body report*. 2014. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds400/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds400/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true). Acesso em: 01 abr. 2021.

WTO. DS 453. *Argentina: measures relating to trade in goods and services*. 2016. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds453_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. DS 472. *Brazil: certain measures concerning taxation and charges*. 2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds472_e.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

WTO. DS 472. *Request for consultations*. 2020. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3dwt%2fds472%2f*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3dwt%2fds472%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true). Acesso em: 21 jun. 2021.

WTO. DS 497. *Brazil: certain measures concerning taxation and charges*. 2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds497_e.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

WTO. DS 497. *Request for consultations*. 2020. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3dwt%2fds497%2f*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3dwt%2fds497%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true). Acesso em: 21 jun. 2021.

WTO. DS 472 e DS 497. *Panel Report*. 2020. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fds472%2f*\)&Language=ENGLISH&Context=FormerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds472%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FormerScriptedSearch&languageUIChanged=true) Acesso em: 21 jun. 2021.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Proteção de dados e instituições de ensino: o que fazer com dados de alunos?

Data protection and educational institutions: what to do with student data?

Fabricio Vasconcelos Gomes

Marcelo Castro Cunha Filho

Víctor Nóbrega Luccas

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Proteção de dados e instituições de ensino: o que fazer com dados de alunos?*

Data protection and educational institutions: what to do with student data?

Fabrizio Vasconcelos Gomes**

Marcelo Castro Cunha Filho***

Victor Nóbrega Luccas****

Resumo

O presente artigo objetiva compreender como as Instituições de Ensino Superior (IES) no Brasil podem adequar rotinas e procedimentos internos de tratamento de dados de alunos à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Parte-se do pressuposto de que a adequação de rotinas e de procedimentos de uma instituição a uma nova lei não é tarefa que demanda esforço de subsunção lógica apenas; na realidade, exige esforço criativo e negociado de adaptação. A partir do caso paradigmático da experiência de adequação da Fundação Getúlio Vargas, este trabalho chegou à conclusão de que o tratamento de dados de alunos de uma IES pode se adequar à LGPD por meio da divisão didática de categorias de titulares, que variam conforme o tipo de relacionamento que o aluno tem com a instituição, e também da aplicação de regimes correspondentes de proteção de dados.

Palavras-chave: Proteção de Dados. Instituições de Ensino Superior. Titulares de Dados. Regime de Proteção de Dados.

Abstract

This article aims to understand how higher education institutions (IES) in Brazil can adapt their student data processing to the Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). This paper builds on the assumption that the compliance of institutional routines and procedures with a new law is not a task that requires a mere effort of logical subsumption; in fact, it requires creative and negotiated effort. Based on the paradigmatic case of the compliance experience of Fundação Getúlio Vargas, this paper came to the conclusion that student data processing can be compliant with the LGPD through the didactic division of categories of data subjects, which vary according to the type of relationship that the student has with the institution, as well as through the application of the respective data protection regimes.

Keywords: Data Protection. Higher Education Institutions. Data Subject. Data Protection Regimes.

* Recebido em 02/09/2021

Aprovado em 02/02/2022

Este artigo tem apoio institucional e financeiro do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) da Fundação Getúlio Vargas.

** Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). fabrizio.vasconcelos.gomes@gmail.com

*** Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), com período de visita no Massachusetts Institute of Technology (MIT). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Foi bolsista Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) no doutorado e da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG) no mestrado. Foi professor substituto na UFJF. É advogado no Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados.

**** Doutor e mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela FGV Direito SP. Professor da FGV Direito SP. victor.luccas@fgv.br

1 Introdução

A privacidade se tornou um dos grandes assuntos do debate público atualmente e, ao que tudo indica, continuará sendo, ainda, por um longo período. A razão dessa constante preocupação reside no fato de que, com o advento das novas tecnologias da informação e o nascimento da sociedade informacional, ficou cada vez mais difícil garantir e preservar um espaço totalmente “privado” a respeito da vida pessoal de um indivíduo. Não bastasse a violação ao direito à privacidade — instituto de caráter essencialmente principiológico —, a redução da esfera privada, nos termos expostos, implica, não raro, o fortalecimento de governos e de empresas que transformam a informação pessoal em ativo econômico e aumentam, com isso, ainda mais, seu poder de controle sobre os indivíduos.¹

Nesse contexto de propensão à supressão ou à diminuição da privacidade, o próprio conceito de privacidade teve de ser reformulado para que não se tornasse uma mera ilusão. Inicialmente, associada a uma noção privatista de origem burguesa que refletia a ideia do direito ao isolamento, ou do “direito de ser deixado só”, segundo a máxima histórica do Juiz Cooley, a privacidade passou por um longo período de transformação até se associar, mais recentemente, à ideia do direito à autodeterminação informativa ou, em outras palavras, ao direito ao controle dos próprios dados.²

As transformações, na seara jurídica, acompanham todas essas transformações nos campos cultural e doutrinário. Como forma de institucionalizar a discussão sobre a privacidade, e mais especificamente sobre os direitos que dela se originam, diversos países vêm criando ou adaptando suas legislações nacionais. Chama-se atenção mais especificamente para a *General Data Protection Regulation* (GDPR) na União Europeia e para a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil (LGPD).

Ambos os instrumentos normativos assentam-se na necessidade de compatibilizar o acesso à informação e o direito ao controle dos dados pessoais por parte de seus titulares. Tanto a GDPR quanto a LGPD inauguraram uma série de princípios e de determinações que dizem respeito às hipóteses em que os titulares de dados pessoais podem ou não exercer o pleno controle sobre o tratamento de seus dados.

Apenas a título exemplificativo, cita-se a positivação do Princípio da Finalidade, segundo o qual o dado pessoal deve ser tratado apenas e tão-somente para a finalidade anunciada, sendo raras as hipóteses em que pode haver segundo uso de dados. É possível mencionar, além disso, o Princípio da Transparência, de acordo com o qual o controlador deve sempre informar ao titular como os dados são tratados e para que finalidade. E, ainda, o Princípio da Necessidade, segundo o qual o controlador deve tratar, apenas, a quantidade mínima possível de dados dos titulares.

Ainda como forma de dar concretude ao esforço de compatibilização entre o direito à informação e à autodeterminação informativa, tanto a GDPR quanto a LGPD elegeram o consentimento como base legal autorizativa para o tratamento de dados para diversas hipóteses, sendo taxativas as situações que autorizam

¹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERNANDES, Elora. A proteção de dados de crianças e adolescentes no Brasil: um estudo de caso do Youtube. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2019.

MARCOS CARVALHO DE ÁVILA NEGRI, S.; DETONI CAVALCANTI RIGOLON KORKMAZ, M. R.; RAAD FERNANDES, E. Portabilidade e proteção de dados pessoais: tensões entre pessoa e mercado. *civilistica.com*, v. 10, n. 1, p. 1-39, 2 maio 2021.

² BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n.5, 1890.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERNANDES, Elora. A proteção de dados de crianças e adolescentes no Brasil: um estudo de caso do Youtube. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2019.

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

a sua dispensa. Afastam a necessidade de obter o consentimento os tratamentos realizados sob as bases do cumprimento de obrigação legal ou regulatória, de execução do contrato (que pressupõe, em certa medida, o consentimento), da elaboração de políticas públicas, entre outras.

Representam, também, esforço de institucionalizar o direito à autodeterminação informativa, a previsão nos diplomas legais da possibilidade de o titular requerer informações sobre o uso de seus dados em qualquer hipótese, e também da possibilidade de corrigi-los, apagá-los ou retirá-los de banco de dados nas hipóteses em que o consentimento representa a base legal para o tratamento.

Apesar de todo o esforço de sistematização e de institucionalização dos direitos e dos deveres dos titulares pelos diplomas legais, e mais especificamente pela LGPD, a implementação prática desse sistema no dia a dia de governos e de empresas ainda abre flanco para o surgimento de uma série de lacunas e de ambivalências que exigem interpretação criativa, adaptações e, até mesmo, reformulações do texto legal.

Essa diferença entre a conceituação e a sistematização de um sistema de direitos e a sua implementação prática no cotidiano da atividade jurídica corresponde à distinção feita pela literatura clássica de *law and society* entre *law on the books* e *law in action*. A distinção entre o “direito dos livros” e o “direito da ação” não representa um problema da perspectiva jurídica propriamente. Ela, apenas, chama a atenção para a dimensão cultural do direito, de acordo com a qual todo processo de interpretação e de implementação prática de princípios e de regras jurídicas obedece a uma série de questões conjunturais que fogem, muitas vezes, à percepção imediata dos agentes envolvidos.³

Nesse processo de interpretar regras e princípios jurídicos, a criação do direito não é, simplesmente, declarada por agentes com notório saber jurídico e ampla experiência profissional⁴. Ela é (re)construída em meio a interações negociadas e emerge de acordos ditos e não ditos.⁵

Esse processo negocial de aplicação do direito fica ainda mais evidente em contextos marcados por alta complexidade técnica, originada de amplo espectro de relações jurídicas e também de uma proliferação e sobreposição de regras jurídicas que podem, não raro, se contradizer⁶. Esse é o caso, mais particularmente, das IES brasileiras que, assim como qualquer outra empresa, tiveram de adaptar-se às exigências legais da LGPD e dar tratamento conforme (*compliant*) aos dados dos seus alunos após a promulgação da lei.

³ SILBEY, Susan; SARAT, Austin. Critical Traditions in Law and Society Research. *Law and Society Review*, vol. 21, n.º 1, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3053389>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

EWICK, Patricia; SILBEY; Susan. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

SILBEY, Susan. After legal consciousness. *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.* Vol. 1, 2015, p. 324. Disponível em: arjournals.annualreviews.org. Acesso em: 11 out. 2017.

NIELSEN, Laura Beth. Thinking Law in Motion. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 1, n.1, 2014, p. 12-24.

FITZPATRICK, Peter. Law and Societies. *Osgoode Hall Law Journey*, vol. 22, n. 1, 1984.

⁴ SILBEY, Susan. After legal consciousness. *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.* Vol. 1, 2015, p. 324. Disponível em: arjournals.annualreviews.org. Acesso em: 11 out. 2017.

EWICK, Patricia; SILBEY; Susan. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

⁵ SILBEY, Susan. After legal consciousness. *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.* Vol. 1, 2015, p. 324. Disponível em: arjournals.annualreviews.org. Acesso em: 11 out. 2017.

EWICK, Patricia; SILBEY; Susan. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito dos Oprimidos: A Construção e Reprodução do Direito em Pasárgada*. São Paulo: Cortez Editora, 1977.

⁶ SILBEY, Susan. After legal consciousness. *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.* Vol. 1, 2015, p. 324. Disponível em: arjournals.annualreviews.org. Acesso em: 11 out. 2017.

EWICK, Patricia; SILBEY; Susan. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito dos Oprimidos: A Construção e Reprodução do Direito em Pasárgada*. São Paulo: Cortez Editora, 1977.

FITZPATRICK, Peter. Law and Societies. *Osgoode Hall Law Journey*, vol. 22, n. 1, 1984.

O caso da aplicação da LGPD ao tratamento de dados de alunos das IES revela-se problemático não apenas do ponto de vista prático-jurídico, mas também do ponto de vista científico, em virtude da sua alta complexidade e também da alta densidade regulatória advinda de outros ramos do direito que recai sobre as suas operações⁷. Instituições de Ensino Superior, sobretudo as de grande porte, atualmente, desenvolvem atividades das mais diversas naturezas, que variam desde a formação profissional até a consultoria corporativa, passando pela pesquisa e pela extensão. Por isso, é comum que os seus alunos transitem por uma ou mais dessas esferas de atuação da instituição e tenham a necessidade de fornecer seus dados para diferentes finalidades⁸. Não bastasse isso, incidem, ainda, sobre esses tratamentos de dados obrigações, legais e regulatórias que não se confundem com as regras de proteção de dados, mas que interferem diretamente no seu regime. Um exemplo de regulação incidente que afeta regime de proteção de dados diz respeito, por exemplo, às normas emitidas pelo Ministério da Educação sobre manutenção de documentos do acervo acadêmico.

Em virtude da complexidade do funcionamento das IES e da alta carga regulatória que sobre elas incide, permanece, ainda, uma questão: a separação e a sistematização de regimes de proteção de dados aplicáveis aos tratamentos de dados de alunos. Considerando essa dificuldade não apenas prática, mas também teórica, o presente artigo indaga: como é possível compatibilizar a proteção dos dados dos alunos de uma instituição de Ensino Superior com a necessidade e o interesse da instituição em coletá-los e tratá-los para diferentes finalidades?

Para responder a essa pergunta, estudou-se o caso da adequação dos processos internos de tratamento de dados de alunos da Fundação Getúlio Vargas (FGV), de maneira aprofundada, assim como de outras IES, de modo mais generalista. Depois de extenso período de pesquisa juntamente ao Programa de Conformidade às Leis de Proteção de Dados da FGV, descobriu-se que pode ser atingida a compatibilização entre a proteção de dados de alunos e a necessidade e o interesse da instituição de Ensino Superior em tratar os seus dados por meio da criação de quatro categorias de titulares de dados e da aplicação correspondente de quatro regimes de proteção de dados.

A criação das categorias de titulares e dos regimes aplicáveis mostrou-se relevante não apenas do ponto de vista didático, mas também do ponto de vista estratégico-administrativo. A criação das categorias e dos titulares tem o condão de segmentar e, depois, de agrupar rotinas e procedimentos internos afins que atraem finalidades de uso de dados parecidas, bases legais compatíveis e, inclusive, métodos semelhantes de resolução de aparentes contradições — quando ocorre, por exemplo, diante da possível aplicação de duas ou mais bases legais concomitantemente.

Nas seções seguintes, explica-se como esse resultado foi obtido e quais possíveis inferências, em certa medida generalizáveis, podem ser retiradas. Na seção dois, explica-se a metodologia empregada para a realização da pesquisa. Na seção três, explica-se a divisão das quatro categorias, assim como os regimes de proteção de dados aplicáveis a cada uma delas. Por fim, apresentam-se as possíveis inferências que podem ser extraídas desse processo, assim como a conclusão final do presente trabalho.

2 Metodologia

A pesquisa que resultou neste artigo foi realizada no âmbito do Projeto de Conformidade da FGV. O projeto teve como objetivos: (i) promover a adequação da FGV à LGPD, por intermédio de mapeamento dos processos de tratamento de dados pessoais realizados na instituição, de sua análise, e da recomendação e

⁷ STELZER, Joana *et al.* A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os Desafios das Instituições de Ensino Superior para a Adequação. *XIX Colóquio Internacional de Gestão Universitária*. Florianópolis, 2019.

⁸ STELZER, Joana *et al.* A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os Desafios das Instituições de Ensino Superior para a Adequação. *XIX Colóquio Internacional de Gestão Universitária*. Florianópolis, 2019.

implementação de medidas de adequação; e (ii) criar uma metodologia de adequação à LGPD que possa ser reproduzida em outras IES, a ser divulgada junto do conhecimento jurídico produzido em todo o processo.

As incursões no grupo de pesquisa tiveram como objetivo compreender a dinâmica do fluxo de dados em uma instituição de Ensino Superior e os mecanismos institucionais para gerenciá-lo. Nesse sentido, a FGV serviu como laboratório de pesquisa, muito embora a experiência retratada neste artigo não se confunda, em nenhum momento, com o posicionamento da instituição e não represente, necessariamente, decisões tomadas em seu processo de adequação à LGPD.

Para compreender a dinâmica do fluxo de dados mais precisamente, foi preciso, primeiramente, mapeá-lo. A atividade de mapeamento foi realizada, principalmente, por meio de processo sistemático de elaboração e de aplicação de questionários em diversas unidades da FGV. A aplicação dos questionários foi precedida de conversas preliminares, feitas entre membros da equipe do projeto e os colaboradores designados pelas unidades para responder aos questionários.

Os questionários foram elaborados de forma a compreender quais os dados utilizados em cada rotina, quais os titulares envolvidos, quais as operações de tratamento realizadas e outros detalhes relevantes.

Como a FGV é uma instituição complexa, que atua em diversas atividades, o projeto de conformidade foi dividido em áreas temáticas: Pesquisa, Ensino, Suporte/Administração e Assessoria Técnica. Para fins do presente artigo, os pesquisadores focaram o mapeamento realizado na área de Ensino, que envolveu unidades dedicadas a registros acadêmicos, bibliotecas, escolas e seus órgãos, que oferecem cursos de graduação, de pós-graduação e de extensão.

O material de pesquisa coletado por meio dos questionários foi analisado, e as recomendações de adequação propostas pela equipe do projeto foram reunidas em um Guia. Esse documento foi submetido a um grupo de colaboradores da área de Ensino da FGV, que fez sugestões, comentários, correções e anotou suas dúvidas remanescentes sobre o texto. Foram, então, realizadas reuniões com os colaboradores, para que, de parte a parte, informações complementares fossem colhidas e dúvidas fossem sanadas, de forma que o Guia pudesse ser finalizado pelos pesquisadores.

Em resumo, serviram como material de pesquisa: (i) as anotações dos pesquisadores sobre conversas preliminares; (ii) os questionários respondidos; (iii) os registros em ata dos debates em reuniões da equipe de pesquisadores do projeto; (iv) a argumentação e as decisões de enquadramento jurídico registradas no Guia; e (v) as anotações sobre as interações com colaboradores da área de Ensino no processo de aprovação do Guia.

Após a sistematização de todo o material produzido, foram compreendidos os principais problemas enfrentados por uma instituição de Ensino Superior em relação à adequação dos tratamentos de dados de alunos à LGPD. Além disso, obteve-se um modelo geral acerca de como uma instituição de ensino superior pode adequar seus procedimentos internos de tratamento de dados pessoais de alunos à Lei Geral de Proteção de Dados, considerando toda a problemática legal e regulatória que recai sobre uma instituição de ensino.

Muitas das conclusões obtidas a esse respeito basearam-se nos documentos públicos elaborados pela equipe de pesquisa como o Guia de Jornada Acadêmica, publicado no site da FGV. Apesar disso, ressalta-se que as conclusões expostas neste artigo não se confundem com o posicionamento institucional da FGV. Todas as conclusões apresentadas são de inteira e exclusiva responsabilidade dos autores que subscrevem este artigo.

3 Resultados

Refletindo-se a partir dos resultados do projeto de adequação e da pesquisa realizada, os autores obtiveram modelo geral a respeito de como uma instituição de ensino superior pode adequar seus procedimentos internos de tratamento de dados pessoais de alunos à Lei Geral de Proteção de Dados. Basicamente, verificou-se que é possível fazê-lo por meio da criação de quatro categorias de alunos titulares de dados e do estabelecimento de um regime de proteção e de gestão de dados específico para cada categoria. As categorias e os regimes correspondentes variam conforme o tipo de relacionamento que o aluno titular de dados tem com a instituição. A depender do formato desse relacionamento, altera-se, presumidamente, a finalidade principal dos tratamentos e, conseqüentemente, o regime de proteção e de gestão dos dados aplicável em cada caso. Por regime de proteção de dados, denomina-se o conjunto de condições e de possibilidades de tratamento dos dados. Referidas condições e possibilidades dizem respeito, por exemplo, à finalidade principal anunciada para as operações de tratamento, à base legal aplicável, às regras sobre coleta, à manutenção e à eliminação dos dados.

3.1 Criação das categorias

Instituições de Ensino Superior atuam, necessariamente, em áreas além do Ensino, como Pesquisa, e, eventualmente, em outras áreas, como Assessoria Técnica, Organização de Exames etc. Desse modo, pode ser conveniente tratar, separadamente, o processo de adequação em cada uma dessas diferentes áreas. As categorias foram criadas como forma de resolver dois problemas que surgem no processo de adequação, no que diz respeito à área de Ensino de uma instituição.

Em primeiro lugar, uma vez realizado o mapeamento, há a preocupação de determinar quais processos de tratamento serão considerados como pertinentes à área de Ensino. Pode-se dizer que os tratamentos pertinentes à área de Ensino são aqueles realizados pela IES como preliminares à prestação de serviços acadêmicos, como forma de prestar os serviços propriamente ou, ainda, como decorrência, jurídica ou não, de tal prestação. A criação das categorias serviu para operacionalizar a aplicação dessa definição a operações de tratamento concretas.

Entende-se que o conjunto dos processos de tratamento realizados com dados pessoais de titulares enquadrados em quaisquer das categorias criadas compreenderia a totalidade dos processos de tratamento da área de Ensino. A plausibilidade dessa presunção poderá ser melhor avaliada por intermédio da leitura das descrições detalhadas das categorias. Porém, convém notar que a tarefa de selecionar os processos de tratamento por meio da identificação do tipo de titular envolvido torna tal seleção mais simples, precisa e confiável do que se fosse feita por meio da aplicação da definição aos processos de tratamento da área de Ensino. Portanto, a criação das categorias ajuda a resolver o problema de identificação dos processos de tratamento típicos da área de Ensino.

Em segundo lugar, uma vez identificados os processos de tratamento relevantes para a área de Ensino, há a preocupação de organizar a realização e a apresentação das recomendações de adequação, de modo que as operações de tratamento de dados que possam ser agrupadas e que se identifiquem as recomendações cabíveis a cada grupo de operações.

A criação das categorias possibilita estabelecer os regimes cabíveis a cada uma delas. Isto é, para cada grupo de operações de tratamento pertencentes a cada categoria, aponta-se uma base legal cabível, uma finalidade etc., além de identificarem-se os problemas de adequação característicos de cada categoria, podendo, assim, encontrar solução para cada um deles.

As categorias foram denominadas de: 1) interessados, 2) inscritos em processos seletivos, 3) matriculados e 4) ex-alunos, as quais foram definidas conforme as seguintes categorias em destaque:

- Interessados: são os titulares de dados que manifestam, direta ou indiretamente, o interesse de participar, como alunos de cursos, de disciplinas ou de eventos promovidos pela IES.
- Inscritos: são os titulares que se inscrevem em processos seletivos para cursos ou disciplinas avulsas de graduação, de pós-graduação ou de extensão, ou para eventos promovidos pela IES.
- Matriculados: são os titulares matriculados em cursos ou disciplinas avulsas de graduação, de pós-graduação ou de extensão oferecidos pela IES, incluindo aqueles com matrícula trancada ou suspensa.
- Ex-alunos: são os titulares com matrícula encerrada, seja por conclusão ou por abandono, em cursos ou disciplinas avulsas de graduação, de pós-graduação ou de extensão oferecidos pela IES.

Uma vez definidas, cada uma das categorias suscita questões ou problemas cuja solução é determinante no estabelecimento do regime correspondente. Por exemplo, no caso dos interessados, o que poderia configurar a manifestação indireta de seu interesse em participar de cursos ou de disciplinas oferecidas pela IES? No caso dos inscritos, quais os limites a serem observados em operações de tratamento de dados destinadas a evitar fraudes em exames?

No quadro abaixo, expõe-se, de maneira esquematizada, um resumo das principais características (finalidades principais dos processos de tratamento e suas bases legais) de cada categoria em seus respectivos regimes.

Quadro 1. Categorias de titulares e regimes de proteção de dados

	Interessados	Inscritos	Matriculados	Ex-alunos
Dados coletados	Endereço de e-mail, nome.	Dados de identificação pessoal (RG, CPF etc.), dados de contato (endereço residencial, endereço de e-mail, número de telefone etc.), dados acadêmicos (currículos, comprovantes de estudos, históricos escolares, cartas de recomendação etc.).	Dados de identificação pessoal (RG, CPF etc.), dados de contato (endereço residencial, endereço de e-mail, número de telefone etc.), dados acadêmicos (notas em provas, provas, trabalhos etc.).	Dados de identificação pessoal (RG, CPF etc.), dados de contato (endereço residencial, endereço de e-mail, número de telefone etc.), dados acadêmicos (histórico escolar na instituição, prontuário do aluno etc.), dados sobre desempenho profissional.
Finalidade(s)	Propaganda de serviços da IES (cursos, disciplinas etc.)	Organização e realização de exame de seleção.	Cumprimento de contrato de prestação de serviços educacionais; cumprimento de obrigações legais ou regulatórias.	Propaganda de serviços da IES; cumprimento de obrigações legais ou regulatórias; fortalecimento de laços institucionais.

Fonte: elaboração própria.

A pertinência do titular de dados a qualquer das categorias expressa uma relação entre ele, a IES e algum curso ou disciplina avulsa por ela oferecida. Portanto, um mesmo titular de dados pode pertencer a mais de uma categoria, concomitantemente. Pode, por exemplo, ser ex-aluno em curso de graduação e aluno em curso de pós-graduação, ou ser aluno de graduação em certo curso e inscrito em processo seletivo para outro. Pode, inclusive, ser, como será visto, que a pertinência a uma categoria coloque, por definição, um titular também em outra categoria (e.g., caso se considere que a condição de ex-aluno de uma IES implica interesse em receber informações sobre cursos, disciplinas e eventos promovidos pela mesma instituição). Nesse sentido, as categorias são interpenetráveis.

Porém, os processos de tratamento de dados típicos de cada categoria devem seguir, de acordo com a sistemática encontrada, o regime para ela determinado, mesmo quando os titulares envolvidos pertencem a mais de uma categoria. Isto é, os dados de um titular, coletados em virtude de sua condição de inscrito em processo seletivo, devem seguir, apenas, as operações de tratamento, as bases legais e as finalidades apontadas para esta categoria específica, mesmo que ele seja, ao mesmo tempo, aluno em outro curso de graduação na mesma IES. Nesse sentido, as categorias são estanques.

A seguir, descrevem-se, pormenorizadamente, as quatro categorias concebidas e o regime de proteção e de gestão de dados aplicável a cada uma delas. Além da descrição das categorias e dos regimes correspondentes, descrevem-se, também, de que modo variáveis específicas, como dados sensíveis, dados de crianças e de adolescentes e a utilização dos dados para finalidade diversa da originalmente proposta, exigem, eventualmente, modificações pontuais nos regimes.

3.1 Interessados

A partir da definição fornecida anteriormente, pode-se dizer que os interessados são os potenciais alunos da instituição. Para que alguém seja qualificado como interessado, o potencial aluno tem de praticar ato que indique direta ou indiretamente para a instituição que ele tem interesse em participar de curso, de disciplina avulsa ou de evento acadêmico ministrado pela IES. Por exemplo, alguém que se cadastra no site para receber informações sobre a abertura de inscrições para o vestibular demonstra, diretamente, seu interesse em curso de graduação. Alguém que participa de evento na instituição sobre a regulação do setor de energia demonstra, indiretamente, interesse em cursos a respeito do mesmo setor.

Em particular, as classificações de interessados a partir de indícios de interesse apresentam questões relevantes de proteção de dados. Em quais casos, por exemplo, pode-se considerar alguém interessado para, com isso, obter seus dados e entrar em contato, independentemente de consentimento?

A categoria dos interessados mostra-se importante para a área de Ensino, já que inclui titulares que buscam constituir, possuem ou já possuíram vínculo com a IES na condição de alunos. Nesse sentido, acredita-se que a base do consentimento pode ser utilizada como uma espécie de base residual, muito embora não haja preferência ou hierarquia entre as bases em âmbito doutrinário. No entanto, essa mesma categoria é também bastante importante para a área de Marketing das IES, uma vez que muitos dos processos de tratamento de dados de interessados se destinam à venda de um serviço educacional. Por isso, a base do legítimo interesse também pode ser utilizada no tratamento de dados de interessados, sempre acompanhada da realização do teste de legítimo interesse (“Legitimate Interest Assessment” ou, simplesmente, LIA) correspondente.

Na condição de interessado, o titular, geralmente, não possui vínculo com a instituição. Mesmo assim, alguns de seus dados pessoais podem ser solicitados pela instituição de ensino como pré-requisito para a participação em processo seletivo (e.g., como forma de se cadastrar em plataformas de inscrição) ou para envio de informações a respeito de curso ou de qualquer outro assunto relacionado à instituição.

Seja para a finalidade de participar de processo seletivo ou para envio de informações, toda e qualquer instituição de ensino deve instruir seus funcionários e colaboradores por meio de curso de proteção de dados e de guias direcionados a especificar sempre a finalidade do tratamento no caso concreto. O Guia de Jornada Acadêmica, produzido pela equipe de proteção de dados e disponibilizado publicamente no Portal FGV, por exemplo, desincentiva expressamente o uso de finalidades genéricas para a coleta de dados em qualquer fase de tratamento. O Guia de Marketing, produzido pela mesma instituição e disponibilizado no mesmo Portal, traz recomendações no mesmo sentido.

Em relação aos dados coletados no âmbito da categoria dos interessados, é possível conceber que uma instituição de Ensino Superior deixe certa margem de discricionariedade, para que o responsável pelo processo seletivo ou pelo envio de informações os escolha^[016] em observância à finalidade anunciada, levando-se sempre em conta os critérios de seleção. Não é plausível, para essa categoria, que haja tabelamento de dados a serem coletados, diferentemente do que acontece em relação à categoria de matriculados — situação em que muito provavelmente deve existir uma lista prévia de dados mínimos a serem obtidos pela instituição.

No que diz respeito ao armazenamento dos dados dos interessados em processos seletivos, uma problemática enfrentada por IES em geral consiste em se adotar um temperamento ao princípio da finalidade. No geral, o princípio referido exige que o dado pessoal deve ser eliminado, desde que não atenda mais à finalidade prevista. Nesse sentido, seria razoável pensar que, uma vez realizado o processo seletivo pelo qual o titular se interessou, ou repassada a informação solicitada, o dado pessoal fornecido fosse eliminado depois de prazo razoável estipulado pela instituição.

Apesar disso, também é razoável supor que o titular que manifesta diretamente seu interesse em processo seletivo ou em curso específico manifesta, indiretamente, seu interesse em processos seletivos ou em cursos semelhantes, o que seria razão para manter o dado em seus sistemas por prazo que transcenderia, a rigor, o decaimento da finalidade original. Uma vez que a instituição de Ensino Superior — sobretudo as privadas — pode enxergar o dado também como ativo econômico, ela encontra incentivos para adotar tal suposição, cuidando para que o risco correspondente seja mitigado por uma série de medidas, recomendadas no Guia de Marketing, como ao criar de mecanismos de “opt-out” eficientes, ao informar ao interessado sobre os direitos do titular e sobre como exercê-los na instituição etc.

Por fim, menciona-se, ainda com relação à categoria de interessados, a disciplina do compartilhamento. Nesse caso, admite-se razoável que as IES possam utilizar a base legal do consentimento para justificar o tratamento. Sendo assim, sempre que uma área deseje compartilhar dados com outra área interna ou mesmo externa, ela deverá obter o consentimento livre, expresso e inequívoco do titular para tanto. As preocupações com o compartilhamento são tão evidentes que a FGV, por exemplo, reforçou, no Guia de Jornada Acadêmica, a necessidade de observarem-se rígidas regras de segurança nessa fase, sobretudo. Em todo e qualquer caso, as preocupações são redobradas em se tratando de dados sensíveis.

3.2 Inscritos em processos seletivos

A categoria dos inscritos em processos seletivos diferencia-se da categoria dos interessados pelo fato de que, naquele caso, o inscrito já adentrou um processo de relacionamento mais próximo com a instituição, já enviou seus dados pessoais, efetivando sua inscrição e, assim, constituindo vínculo contratual com a IES.

Durante um processo de seleção de alunos, muitos dados pessoais, para além dos dados já coletados anteriormente, são produzidos. É o caso das notas de provas, dos registros de presença, da classificação parcial e final na seleção etc. Embora não seja praxe nas IES em geral especificar taxativamente quais são os dados produzidos no decurso de um processo seletivo, presume-se que eles não devem variar muito de caso a caso, tendo em vista que os processos seletivos são geralmente constituídos por provas e por testes de

conhecimento. Por essa razão, os dados produzidos e tratados nessa categoria devem ter, necessariamente, relação com a realização de provas e testes didáticos.

Também, para essa categoria de titulares, é possível utilizar, principalmente, a base do consentimento como justificativa legal para a obtenção dos dados pessoais, mas pode-se utilizar também da base do cumprimento legal ou regulatório para justificar tratamentos que gerem dúvida a respeito da base aplicável e, naturalmente, para justificar tratamentos a que esta última base se aplique de modo mais claro. A base do consentimento pode ser utilizada, sobretudo, para a coleta inicial dos dados, ao passo que a base do cumprimento legal pode ser utilizada para a manutenção desses mesmos dados nos sistemas da instituição de ensino por período mínimo.

No que diz respeito à base legal para amparar a coleta dos dados, é possível que haja divergência teórica acerca de qual seria a mais adequada — se a base do consentimento ou a do legítimo interesse. Caso seja utilizada a base do consentimento, a instituição de Ensino Superior garante-se melhor contra um possível passivo de dados. No entanto, sendo a base do consentimento aplicada, a instituição terá de enfrentar, necessariamente, o custo de gerenciá-lo (e.g., decidir sobre as condições do termo de consentimento e preparar-se administrativamente para cumpri-las, preparar-se para cumprir o direito de retratação do consentimento etc.). Por outro lado, a base do legítimo interesse pode dispensar o consentimento, mas, além de implicar a impossibilidade de coletar dados sensíveis, gera a necessidade de confecção de testes de legítimo interesse. Mesmo sendo o teste realizado, pode a instituição ser, no futuro, questionada acerca de sua adequação à operação.

Se, por um lado, a base do consentimento pode ser utilizada como principal base legal para obter os dados dos inscritos, por outro, no que diz respeito à manutenção desses dados — e até mesmo à divulgação de alguns tipos de dados —, a instituição pode optar por resguardar-se legalmente por meio da utilização da base do cumprimento legal ou regulatório — mesmo que essa base não seja a única possível diante do caso concreto. A opção pela base do cumprimento legal ou regulatório dá-se, normalmente, diante de casos que envolvem processo de manutenção dos dados pela instituição de Ensino Superior, sobretudo, e também, nos casos que envolvem a divulgação da ordem de classificação dos inscritos.

No caso da manutenção dos dados, a base do cumprimento legal ou regulatório pode ser preferida em relação à base do consentimento, considerando-se o mesmo critério que orienta a escolha da base do cumprimento legal para amparar a manutenção de dados de interessados. Em ambos os casos, há a necessidade de se adotar um temperamento ao princípio da finalidade. Como explicado anteriormente, o princípio referido exige que o dado pessoal seja eliminado desde que não atenda mais à finalidade prevista.

Apesar disso, constata-se que IES em geral podem se valer da regulação existente a respeito do vestibular para manter o dado em seus sistemas por prazo que transcende o decaimento da finalidade. Ao utilizar a base legal do cumprimento de obrigação legal ou regulatória e afastar a base do consentimento, a instituição de ensino exclui a possibilidade de o titular poder apagar seus dados do sistema mediante requisição. O interesse na manutenção dos dados surge porque, presumidamente, as IES privadas enxergam o dado como um ativo.

Por outro lado, embora seja razoável eleger a base do cumprimento de obrigação legal ou regulatória para sustentar a divulgação dos dados de classificação dos processos seletivos, a IES pode preferir a base do consentimento nesse caso. No Guia de Jornada Acadêmica da FGV, entendeu-se que, ao consentir com a realização do processo seletivo, o candidato deverá ser informado e consentir com a publicação de parte de seus dados pessoais que integrarão a ordem de classificação. O consentimento para publicar a ordem de classificação pode ser obtido por meio de cláusula destacada inclusive.

A utilização da base do consentimento, nesse caso, poderia pressupor que o candidato pudesse retirar seu consentimento a qualquer momento, o que evidentemente geraria um custo administrativo-burocrático de grande monta para a instituição. Para suprir a necessidade de gerenciamento do consentimento e da sua

possível retirada, a instituição de ensino superior pode estabelecer, por exemplo, que a publicação da ordem de classificação dos candidatos deverá estar expressa em todo edital de seleção que promover. Nesse caso, ao manifestar o interesse em participar do processo seletivo, o eventual candidato manifestaria indiretamente concordância em ver seu nome publicado na lista de classificação do processo.

Por fim, menciona-se que a base do consentimento pode também ser escolhida como a principal justificativa legal para o tratamento de dados obtidos por outros meios que não os convencionais. Esse é o caso, por exemplo, de quando a instituição considera relevante para a finalidade de realizar o processo seletivo a busca de dados disponibilizados em redes sociais do inscrito ou em outras plataformas como o Lattes ou o Academia. O interessante a ser observado nesse ponto é que, embora a LGPD faculte o tratamento, sem o consentimento, de dados tornados manifestamente públicos, a instituição de ensino pode resguardar-se contra qualquer tipo de passivo de dados ao recomendar que também para esses tipos de dados seja o consentimento obtido e, ainda por cima, por meio de cláusula expressa e destacada em Termo apropriado. Além disso, a instituição de ensino pode reforçar seu compliance com a LGPD exigindo expressamente de seus funcionários que, tanto no caso de dados fornecidos diretamente pelo inscrito quanto no caso de dados obtidos por outros meios, seja o dado tratado somente se for considerado estritamente necessário para a finalidade de realização do processo.

3.3. Matriculados

A categoria dos matriculados ou alunos compreende os titulares de dados pessoais com inscrição ativa em disciplinas avulsas ou cursos de graduação, pós-graduação *lato e stricto sensu*, e de extensão.

A finalidade principal do tratamento de dados dos titulares dessa categoria é a prestação da Educação Superior, por parte da instituição de Ensino Superior. No entanto, a regulação da atividade de Ensino Superior é bastante densa, de forma que muitos processos de tratamento de dados são realizados para cumprir essa mesma regulação, o que traz complexidade especial ao regime dos matriculados, conforme observa-se a seguir.

Dentre as categorias de titulares, a dos alunos matriculados possui a relação mais complexa com a IES, o que torna também mais complexo o regime de tratamento de dados correspondente. O aumento de complexidade em relação às outras categorias se dá em dois sentidos principais: (i) pelo grande número de informações sobre os alunos que é gerado, por eles próprios ou pela IES, durante a prestação da educação superior, e (ii) pela incidência de extensa regulação sobre a atividade de ensino. Além disso, os matriculados possuem vínculo contratual com as IES, o que também confere características particulares e complexidade ao regime de tratamento de dados desta categoria.

As atividades desempenhadas pelos matriculados, como parte da própria prestação de educação superior pelas IES, são bastante diversas (e.g., participação em aulas, entrega de trabalhos e exercícios, realização de provas etc.). Além disso, as atividades repetem-se por períodos maiores em comparação com os dos períodos de realização de um exame vestibular. Nessas atividades, ocorre a produção de grande número de informações sobre os matriculados (registros de presença, de notas, de obras consultadas em bibliotecas, a manifestação de opiniões e posições políticas e ideológicas etc.) e, portanto, ocorrem diversos processos de tratamento de dados pessoais.

Além das atividades típicas da própria prestação de educação superior, os matriculados desempenham uma série de outras atividades auxiliares (e.g., frequentam as instalações físicas das IES, de suas bibliotecas, acessam plataformas digitais para participação em aulas e provas, para realizarem solicitações, inscrições etc.), reiteradamente, por período tão longo quanto o de sua vinculação à IES. No curso dessas atividades, também são produzidas muitas informações sobre o matriculado (registro de horário de entrada e de saída

de prédios, imagens captadas por câmeras de segurança, registro de acesso a plataformas, a redes de computadores etc.), que dão origem a processos de tratamento de dados pessoais.

Quanto à complexidade gerada pela regulação, ela também se manifesta de duas maneiras principais: a regulação incide sobre atividades propriamente de ensino (provas, atribuição de notas etc.), determinando destinação e prazos de armazenamento de documentos resultantes — o ciclo de vida dos dados registrados nestes documentos, portanto — e, de outro modo, determina que sejam realizadas uma série de atividades auxiliares (avaliações internas de disciplinas e docentes, remissão dessas avaliações a autoridades fiscalizadoras, envio de informações ao sistema de Supervisão e Fiscalização da Educação Superior, de informações para processo de cadastro e de reconhecimento de cursos, para o Censo da Educação Superior etc.), que implicam diversos processos de tratamento de dados pessoais.

Se a regulação traz consigo uma base legal para a realização dos processos de tratamento que ela mesma comanda, isso não elide a complicação de realizar esses processos de forma que se cumpra a LGPD no que diz respeito a seus princípios e a demais disposições. Isso envolve interpretar a própria regulação também à luz da LGPD, principalmente quando as obrigações estabelecidas nessa regulação não forem suficientemente específicas. Envolve, também, organizar-se, administrativamente, para seu cumprimento. De modo geral, estes são problemas recorrentes no processo de adequação à LGPD na área de ensino, nos processos de tratamento de dados em que a base legal aplicável é a do Art. 7º, II, da LGPD, a saber, a do cumprimento de obrigação legal ou regulatória.

Já a base legal da execução de contrato (Art. 7º, V, LGPD) pode ser utilizada, principalmente, no enquadramento dos processos de tratamento de dados relativos às atividades que chamamos anteriormente de “auxiliares à prestação da educação superior”. Uma vez que há certa liberdade em estabelecer os processos de tratamento de dados realizados a partir de tais atividades (i.e., registrar ou não horários de entrada e de saída de prédios, exigir ou não a entrega de trabalhos em meio digital etc.), o trabalho de adequação dos processos de tratamento enquadrados em tal base legal estaria, primordialmente, em fazer ajustes nos próprios contratos de prestação de serviços educacionais, dando ciência, em termos gerais, das atividades auxiliares que seriam realizadas como forma de cumprir o contrato e que envolveriam tratamento de dados pessoais.

Para se inscreverem em seus cursos ou disciplinas, os aprovados pela IES constituem o vínculo com a instituição por meio da realização de matrícula e, no caso de IES privadas, da celebração de contrato de prestação de serviços educacionais.

A constituição desse vínculo contratual não é especialmente problemática em termos do enquadramento na legislação, já que o fornecimento de dados de identificação e de contato (RG, CPF, endereço etc.), necessários para os procedimentos preliminares e para a execução do contrato de prestação de serviços acadêmicos, estaria amparado pela base legal do Art. 7º, V, LGPD – execução de contrato. Ainda, os documentos de matrícula são requeridos pela regulação do setor e têm seu ciclo de vida regulado pela legislação sobre o Acervo Acadêmico, o que autorizaria os tratamentos de dados correspondentes, nos termos do Art. 7º, II, LGPD. No entanto, o momento da constituição desse vínculo é bastante importante para a configuração do regime de tratamento de dados pessoais dos matriculados.

A matrícula é o momento em que os dados de identificação e de contato são coletados, a partir do que são carregados e armazenados em sistemas ou bancos de dados das IES. Esses dados são fundamentais, pois, mesmo que de forma auxiliar, podem ser utilizados em diversos processos de tratamento que envolvem os dados pessoais de alunos, inclusive processos que não se enquadrem no cumprimento de obrigações legais ou na execução de contrato. É o caso, por exemplo, de operações de tratamento de dados em marketing e vendas. Assim, se a IES pretende tratar aqueles dados com finalidades diferentes da execução de contrato ou do cumprimento de obrigações legais ou regulatórias, a matrícula parece ser o melhor momento de tomar as precauções legais para que tais tratamentos se deem nos limites da LGPD, nos casos em que a base aplicável seja o consentimento. No entanto, é difícil antecipar todos os processos de tratamento que

serão realizados com base no consentimento, bem como seus detalhes, o que torna complicado obter o consentimento para todos eles, já que tal obtenção demanda precisão na descrição dos tratamentos a serem realizados e de suas finalidades. Por outro lado, obter o consentimento posteriormente, sob demanda, oferece uma série de dificuldades práticas.

O regime dos matriculados também se caracteriza pela coleta de dados sensíveis ou a eles equiparáveis, tanto em atividades propriamente de ensino como em atividades auxiliares. Assim, ao realizar provas ou trabalhos escritos, os alunos podem manifestar opinião política ou ideológica, por exemplo, que ficará registrada no documento correspondente. Mesmo que não haja inferência ou classificação de titulares segundo posições desse tipo, a possibilidade demanda que se dediquem maiores cuidados de segurança a esses documentos.

Em outras situações, pode haver a coleta de dados de saúde, como em programas de assistência psicológica oferecidos aos alunos. Quanto à participação em tais programas, além de envolver dados sensíveis, não se pode entender como necessária ao cumprimento de regulação do ensino superior ou à execução de contrato. Por isso, é razoável considerar que as operações de tratamento de dados correspondentes devam, sempre, ser baseadas no consentimento.

O artifício interpretativo de se usar o conceito de dados equiparados a dados sensíveis, na caracterização do regime dos matriculados, mostra-se especialmente importante no caso dos dados financeiros. Por exemplo, ao se inscrever em programas de concessão de bolsas, o matriculado geralmente deve fornecer uma série de dados financeiros, que podem ser seus próprios, de responsáveis legais ou de fiadores. Tais dados devem ter sua utilização atrelada exclusivamente à finalidade de formação do juízo sobre a concessão de bolsa, inicialmente. Com essa finalidade, os dados seriam tratados com base no consentimento. Se o candidato à bolsa for selecionado, então os mesmos dados podem ser necessários à execução do contrato correspondente, e seu tratamento pode ser autorizado pelo Art. 7º, V, LGPD.

A eliminação de dados pessoais no regime dos matriculados está atrelada a algumas dificuldades, como a incidência complexa da regulação sobre o acervo acadêmico, em que há diferentes documentos com prazos distintos, e que podem carregar dados repetidos, o que traz uma grande dificuldade de separação para armazenamento e para eliminação. Outro problema é o de identificar especificamente os dados a serem eliminados após as rotinas de trabalho. O cumprimento dessas regras torna-se ainda mais difícil pelo fato de que a legislação do acervo acadêmico foi editada antes da LGPD e não foi especificamente adaptada para que ambas se tornassem harmônicas. A falta de clareza das regras do acervo sobre eliminação levou até mesmo alguns indivíduos com os quais pesquisadores tiveram contato a interpretarem que o acervo acadêmico implicaria apenas a permissão para eliminar documentos, e não a obrigação de fazê-lo.

3.4 Ex-alunos

A categoria dos ex-alunos é composta por titulares de dados que já estiveram matriculados em cursos de graduação, de pós-graduação ou de extensão, ou apenas em disciplinas avulsas. Em todos esses casos, pressupõe-se que a matrícula esteja encerrada, seja por conclusão ou por abandono. É importante notar, aqui, que a condição de ex-aluno é relativa a um certo curso ou disciplina avulsa, de modo que um mesmo titular pode ser, a um só tempo, aluno e ex-aluno. É o caso, por exemplo, de aluno que conclui curso de graduação e se matricula em curso de pós-graduação.

Ao contrário das categorias anteriores, não há, do ponto de vista da IES, finalidade nitidamente preponderante para as operações de tratamentos realizadas com dados de ex-alunos, e, sim, finalidades concorrentes: a manutenção do vínculo com ex-alunos como forma de preservar a própria instituição (e.g., história, reputação e recursos), o cumprimento de obrigações legais ou regulatórias e a realização de ações

de marketing e vendas. Essas diferentes finalidades são determinantes, em cada operação de tratamento a ser realizada, ao apontar-se a base legal adequada.

A atividade profissional de seus ex-alunos reflete-se sobre as IES, ajudando a constituir sua reputação e mesmo sua história. Além disso, a força do elo entre ex-alunos e IES dá uma medida de sua coesão e, portanto, qualidade institucional, além de poderem os ex-alunos contribuir com a instituição de diversas formas, angariando ou contribuindo com diversas espécies de recursos. Entende-se que a base aplicável às operações de tratamento de dados destinadas a construir esse tipo de relacionamento seria a do consentimento.

De outra parte, as IES devem cumprir uma série de obrigações legais ou regulatórias que implicam tratar dados pessoais de ex-alunos. Assim, há uma série de documentos que contêm dados pessoais e que foram gerados no período em que o agora ex-aluno esteve matriculado na instituição, que devem ser armazenados por determinação regulatória. Por exemplo, a Tabela de Temporalidade do Acervo Acadêmico determina a destinação e o prazo de armazenamento para documentos deste tipo. Então, nesse caso específico, a própria regulação cuida de estabelecer as condições de eliminação dos dados, quando for o caso e, portanto, seu ciclo de vida na instituição.

A finalidade de realizar ações de marketing e de vendas a ex-alunos, ainda que não seja propriamente atividade decorrente da prestação de educação superior, é importante como parte do regime de tratamento de dados correspondente. Em certo sentido, o ex-aluno é um tipo particular de interessado, já que o consumo de serviços da instituição dá lugar à presunção de que ele poderia ter interesse em consumir outros serviços posteriormente.

Importante considerar, no caso dos ex-alunos, também as operações de tratamento de dados, principalmente o armazenamento, destinadas a resguardar a instituição face a riscos administrativos ou judiciais decorrentes da prestação de serviços acadêmicos. Nesse caso, o armazenamento recomendado seria o do prazo de prescrição de possíveis ações administrativas ou judiciais, com base em interpretação da base legal do Art. 7º, VI, LGPD.

4 Discussão dos resultados

Da análise dos resultados, foram extraídas inferências acerca de como uma instituição de ensino superior pode adequar seus procedimentos internos de tratamento de dados de alunos à LGPD, compatibilizando-os, ainda, com a regulação setorial existente. As inferências dizem basicamente respeito: 1) à necessidade de criação de quatro categorias e de regimes correspondentes de proteção de dados, que variam conforme o tipo de relacionamento que o aluno tem com a instituição; 2) à discricionariedade na coleta de dados para cada categoria criada e à concretização do princípio da necessidade; 3) à discricionariedade na eleição das bases legais; e 4) à necessidade de interpretação de obrigações legais ou regulatórias à luz da LGPD. A seguir, descrevem-se as inferências em tópicos separados.

4.1 Criação das categorias e dos regimes de proteção de dados

A adequação dos procedimentos internos de tratamento de dados pessoais de alunos de uma instituição de ensino superior pode se dar por meio da criação de categorias de titulares e de regimes de proteção e de gestão de dados correspondentes. As categorias e os regimes variam, basicamente, conforme o tipo de relação que o aluno tem com a instituição. Isso acontece porque o tipo de relação que o aluno tem com a instituição presume uma finalidade específica para a qual os dados serão tratados. Nesse contexto, quatro categorias e quatro regimes correspondentes podem ser delineados. As categorias são: a de interessado, a

de inscrito em processo seletivo, a de aluno e a de ex-aluno. As categorias atendem, basicamente, a uma finalidade analítica que torna possível configurar um regime de proteção de dados adequado. Os regimes de proteção de dados incluem a previsão da finalidade para a qual o dado é tratado, a utilização de base legal autorizativa do tratamento, regras específicas de eliminação dos dados, entre outras questões que afetam o ciclo de vida de um dado tratável.

Embora as categorias encontradas sejam autônomas e independentes umas das outras, observa-se que elas não são excludentes entre si. Assim, pode um mesmo titular pertencer a uma ou a mais categorias simultaneamente — ou mesmo sucessivamente — sem que, com isso, os dados referentes a uma categoria tenham de ser eliminados da categoria original ou transpostos para a segunda categoria e tenham, nesse segundo caso, que se submeter a um novo tipo de regime.

Como evidência da autonomia e da independência conceitual de cada categoria e de cada tipo de regime, constata-se que, uma vez submetidos a uma categoria e ao tipo de regime correspondente, esses mesmos dados não podem ser, salvo algumas exceções, aproveitados para preencher outra categoria, mesmo que haja adaptação do tipo de regime. Esse é o caso, por exemplo, do aluno que se torna ex-aluno. Nesse caso, diversos tipos de dados coletados durante o vínculo contratual, como notas e cursos realizados, não podem ser aproveitados para embasar a comunicação da instituição com o aluno depois que ele deixa a instituição. Essa transposição de categoria e regime é vedada em decorrência do princípio da finalidade.

Exceções à regra mencionada podem ser observadas em casos raros. Seria, por exemplo, o caso do inscrito em processo seletivo que se torna, eventualmente, aluno matriculado. Nesse caso específico, alguns dados fornecidos por ocasião da inscrição podem ser armazenados e aproveitados pela instituição para se efetivar a matrícula do aluno. Embora nesse caso especificamente os dados de uma categoria sejam transpostos a outra, eles não geram propriamente uma incompatibilidade com a regra geral da vedação da transposição de categorias, pois é mantida a finalidade, qual seja, a execução do contrato.

Além do tipo de relação que o aluno mantém com a instituição e da finalidade de utilização dos dados, outras variáveis podem também influenciar o tipo de regime construído para cada categoria. Essas variáveis se referem ora à presença de dados sensíveis, ora à presença de dados de crianças e adolescentes, ora à vontade da instituição de ensino de utilizar os dados inicialmente coletados para finalidade diferente da originalmente prevista. Embora nenhuma dessas variáveis tenha o condão de atrair, por si só, um regime diferente para a proteção de dados, observa-se que elas demandam adaptações pontuais ao regime a que estão submetidas.

Exemplo disso se dá quando a instituição de ensino coleta dados sensíveis de inscritos em processos seletivos para a finalidade de concessão futura de bolsa. Nesse caso especificamente, os dados sensíveis fornecidos pelo aluno não deixam de se submeter ao regime de dados criado para a categoria de inscrito em processo seletivo. No entanto, como a finalidade da obtenção do dado muda, requer-se a adaptação de uma questão ou outra, como a forma de obtenção do dado. Nesse caso, passa-se a exigir um termo com cláusula destacada para a coleta do dado sensível.

4.2 Discricionariedade da coleta dos dados

Após a descrição das quatro categorias criadas e dos regimes de proteção de dados aplicáveis, chegou-se, também, à conclusão de que, embora a Lei Geral de Proteção de Dados estabeleça o Princípio da Necessidade como orientação basilar para a escolha dos dados a serem tratados, a efetivação do princípio é sempre flexibilizada na medida em que ela é dependente da interpretação e, conseqüentemente, da discricionariedade do gestor.

Segundo o artigo 6º, inciso III da LGPD, o Princípio da Necessidade determina que o tratamento de dados pessoais deve se limitar a operar com a quantidade mínima de dados possível à realização das finalidades

pré-estabelecidas e informadas ao titular. O objetivo do princípio é prevenir a realização de uma coleta de dados pessoais desnecessária, criando o risco de exposição injustificada do titular.

Apesar da preocupação da lei em estabelecer, sempre e em qualquer caso, a necessidade de se coletar o mínimo de dados possível para o tratamento, esse mínimo acaba tendo seu conteúdo preenchido quase que caso a caso. Em alguns casos, a discricionariedade na determinação do mínimo de dados é maior. Em outros, menor. A extensão de seu conteúdo varia conforme o tipo de relacionamento que o aluno tem com a instituição. Como pode ser percebido na descrição dos resultados, a margem de discricionariedade na coleta de dados diminui à medida que o relacionamento do aluno com a instituição se torna mais próximo.

No caso dos interessados em eventos e em informações, a escolha dos dados a serem coletados depende, inteiramente, da avaliação do gestor. Há, nesse caso, uma vinculação do gestor às finalidades do tratamento e do tipo de informação requerida. Mesmo assim, fica a cargo do gestor fazer essa avaliação caso a caso. A discricionariedade do gestor é reforçada ainda diante do fato de que a instituição pode, inclusive, se recusar a continuar o relacionamento ou não fornecer as informações solicitadas, caso os dados exigidos não sejam fornecidos.

Um pouco menos discricionária é a escolha dos dados a serem fornecidos pelo titular que se submete a um processo seletivo. Nesse caso, ainda há certa margem de discricionariedade ao gestor para a escolha dos dados. No entanto, a discricionariedade é reduzida diante da tradição e do costume. É praxe que os dados coletados no âmbito da realização de um processo seletivo refram-se à aplicação de testes e de provas, o que faz que os dados coletados estejam relacionados a notas, à classificação, à reprovação etc.

Menos discricionária ainda é a escolha dos dados coletados por matriculados e ex-alunos. No caso dos matriculados, pode haver, inclusive, tabelamento prévio de dados que precisam ser coletados pela instituição. Esse tabelamento de dados decorre da própria necessidade de execução do contrato e também do cumprimento de obrigações legais ou regulatórias. Já no caso dos ex-alunos, não há tabelamento de dados propriamente. Porém, há certa vinculação da escolha do gestor à coleta de dados que estejam ligados ao interesse legítimo da instituição. Nesse último caso, há forte controle da variedade dos dados coletados pela instituição por meio da elaboração de teste de legítimo interesse.

4.3. Discricionariedade na eleição de bases legais

A construção de cada um dos regimes mostra a relevância, por sua importância estratégico-administrativa e pela frequência com que se tem de lidar com a questão, de certa discricionariedade que a IES possui ao apontar a base legal. De fato, a sistemática da LGPD não impede que uma mesma operação de tratamento de dados pessoais possa, em abstrato, ser realizada sob o abrigo de diferentes bases legais, alternativas ou simultaneamente. Assim, por exemplo, o registro de notas em provas serve, ao mesmo tempo, para satisfazer a regulação da educação superior e para que se cumpra o contrato de prestação de serviços acadêmicos; em outras operações, alternativamente, pode-se adotar o legítimo interesse ou o consentimento como base aplicável.

De qualquer forma, para cumprir a LGPD, é necessário que o controlador comunique ao titular sobre as operações de tratamento realizadas com seus dados pessoais e, em particular, sobre a base legal que autorizaria, no entender do controlador, tais operações. Além disso, determinadas bases legais exigem certas providências para que sejam efetivas (e.g., no caso do consentimento, sua obtenção; no caso do legítimo interesse, a realização de teste de legítimo interesse). Desse modo, para atender essas necessidades, uma IES pode se ver frente ao problema de eleger, quando há mais de uma base legal aplicável a determinada operação de tratamento, a base que seria apontada como fundamento para sua realização.

Para mitigar o custo de decidir problemas desse tipo reiteradas vezes, e, para que as decisões sejam consistentes entre si, certas regras ou critérios podem ser seguidos. Assim, quando duas bases forem aplicáveis,

na decisão deve-se considerar: (i) risco de questionamento pelo titular, judicial ou pela ANPD (bases mais ou menos arriscadas); (ii) possibilidade de atingir a finalidade a contento, considerando a base (e.g., consentimento dificultaria atingir da finalidade); e (iii) dificuldade de administração da base aplicável (e.g., interesse legítimo depende de LIA, consentimento depende de gerenciamento de consentimento). Ainda, na escolha da base, deve-se sempre considerar uma vantagem, que pode ser “econômica” em diversos sentidos: (i) aumento de clientes (alunos) atendidos; e (ii) aumento da eficiência dos procedimentos internos.

4.4. Necessidade de interpretação de obrigações legais ou regulatórias à luz da LGPD

O cumprimento de obrigação legal ou regulatória é uma base legal de importância destacada, especialmente no regime dos alunos ou matriculados. Identificar os processos de tratamento de dados realizados com a finalidade de anuir à legislação ou regulação da educação superior é parte importante da construção desse mesmo regime. Do ponto de vista da IES, a base legal do Art. 7º, II, LGPD, representa uma autorização para tratamento de dados que não demandaria, em tese, a realização de ajustes nos processos aos quais ela se aplica, ao contrário do que ocorreria na realização de LIA no caso do legítimo interesse, ou na obtenção do consentimento e adaptação, aos seus termos, das operações de tratamento com as quais se consente. Isso, junto de outros fatores, explicaria a grande frequência com que a base legal é utilizada nas instituições de ensino em geral, como justificativa ou finalidade de realização de diversas rotinas de trabalho que envolvem tratamento de dados pessoais de alunos.

No entanto, nota-se, no exame das rotinas de trabalho justificadas sob a base do cumprimento de obrigação legal ou regulatória, que muitas dessas obrigações, citadas como fundamento para a realização daquelas rotinas, não são suficientemente específicas quanto às operações de tratamento de dados que poderiam envolver. Isto é, se a legislação sobre educação superior determina, apenas, que se deve realizar avaliações sobre cursos ou disciplinas, quais dados pessoais essas avaliações deveriam conter, especificamente? Saber a extensão exata dos dados pessoais e dos tratamentos necessários para o cumprimento da obrigação legal ou regulatória passa a ser essencial para que se possa aplicar a base legal do Art. 7º, II, LGPD. Se a extensão exata não estiver determinada nas próprias regras da legislação de ensino, tais regras precisam ser reconstruídas de modo a se chegar à exatidão demandada. Reconstruções desse tipo são feitas à luz da LGPD, principalmente por intermédio de seus princípios.

Assim, aplicando-se os princípios da necessidade e da minimização, chega-se, quando necessário, a uma determinação exata dos dados pessoais que podem ser utilizados no cumprimento de determinada obrigação legal ou regulatória. Por exemplo, no caso da avaliação de cursos ou de disciplinas, é necessário que constem os nomes dos avaliadores? Dos nomes dos responsáveis pelas disciplinas? Sem os nomes dos avaliadores, a avaliação resultante ainda cumpre a função almejada pela legislação ou regulação do ensino?

A LGPD, nesse aspecto particular, revela-se instrumento fundamental para a composição dos interesses dos titulares de dados com a necessidade da IES de cumprir obrigações legais ou regulatórias na área da Educação Superior.

5 Considerações finais

O presente artigo teve por objetivo investigar como pode uma instituição de ensino superior no Brasil adequar os tratamentos de dados de seus alunos à Lei Geral de Proteção de Dados, considerando a complexidade e a quantidade de dados que são ou que podem ser tratados ao longo da trajetória acadêmica dos discentes. Problemas de compatibilização dos procedimentos internos com a LGPD surgem quando os dados dos alunos precisam ser tratados para diferentes finalidades ou, então, quando há carga regulatória

incidente sobre a instituição de ensino determinando que certos documentos contendo dados de alunos sejam mantidos.

Para compreender toda a gama de problemas que surge no processo de adequação das instituições à LGPD e encontrar possíveis formas de contorná-los, este trabalho analisou mais profundamente o caso de adequação da Fundação Getúlio Vargas e, lateralmente, de outras instituições de ensino. O levantamento de dados, sobretudo daqueles revelados em documentos públicos elaborados pelas respectivas instituições, permitiu que se procedesse ao mapeamento de ampla gama de problemas relacionados à adequação dos procedimentos internos à LGPD, assim como a visualização de possíveis estratégias para sua solução.

Uma das formas encontradas para se adequar a LGPD a esse quesito diz respeito à divisão didática de categorias de titulares de dados e da criação de regimes correspondentes de proteção e de gestão dos dados. A adoção dessa sistemática, espelhada em grande parte na experiência da FGV, divide os titulares em quatro grandes categorias, a saber, 1) interessados, 2) inscritos, 3) matriculados e 4) ex-alunos. Para cada categoria de titular, há um regime de proteção de dados correspondente que considera as principais finalidades de uso dos dados, as bases legais aplicáveis, a regulação incidente sobre as atividades etc.

Da possível adoção da sistemática apresentada por uma instituição de Ensino Superior, foi possível extrair algumas inferências. Descobriu-se que, apesar de os alunos poderem transitar livremente entre uma categoria e outra, as categorias são conceitualmente independentes e reivindicam a aplicação de regime próprio de proteção de dados. Descobriu-se, também, que a discricionariedade na escolha da quantidade de dados a serem tratados — e, também, das bases aplicáveis em cada caso — varia conforme a categoria de titulares. E, por fim, descobriu-se que a utilização da base de cumprimento legal ou regulatório, embora seja considerada em muitos casos como uma base segura para o tratamento de dados, deve ser continuamente reinterpretada segundo os princípios da LGPD, para que não justifique artificialmente tratamentos que não podem ou que não deveriam ser por ela justificados.

Referências

- BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n.5, 1890.
- BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 01 jun. 2021.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria 315*. Brasília, 2018.
- BRASIL. Poder Executivo Federal. *Decreto 9.235*. Brasília, 2017.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- EWICK, Patricia; SILBEY, Susan. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.
- FERNANDES, Elora. A proteção de dados de crianças e adolescentes no Brasil: um estudo de caso do Youtube. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2019.
- FITZPATRICK, Peter. Law and Societies. *Osgoode Hall Law Journey*, vol. 22, n. 1, 1984.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Guia de Proteção de Dados Pessoais: Jornada Acadêmica*. Versão 1.0, 2020. Disponível em: https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/jornada_academica.pdf. Acesso em 06 jul. 2021.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Guia de Proteção de Dados Pessoais: Marketing*. Versão 1.0, 2020. Disponível em: <https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/marketing.pdf>. Acesso em 06 jul. 2021.

NEGRI, Sergio.; KORKMAZ, Maria Regina.; FERNANDES, Elora. Portabilidade e proteção de dados pessoais: tensões entre pessoa e mercado. *Civilistica.com*, v. 10, n. 1, 2021, p. 1-39.

NIELSEN, Laura Beth. Thinking Law in Motion. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 1, n.1, 2014, p. 12-24.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito dos Oprimidos: A Construção e Reprodução do Direito em Pasárgada*. São Paulo: Cortez Editora, 1977.

SILBEY, Susan. After legal consciousness. *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.* Vol. 1, 2015, p. 324. Disponível em: [ar-journals.annualreviews.org](http://journals.annualreviews.org). Acesso em: 11 out. 2017.

SILBEY, Susan; SARAT, Austin. Critical Traditions in Law and Society Research. *Law and Society Review*, vol. 21, n° 1, 1987. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3053389>. Acesso em: 22 ago. 2017.

STELZER, Joana *et al.* A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os Desafios das Instituições de Ensino Superior para a Adequação. *XIX Colóquio Internacional de Gestão Universitária*. Florianópolis, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. General Data Protection Rights. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <https://gdpr.eu>

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

The Non-affiliates in China's Political Party System: how to Play a Role?

Os não afiliados no sistema de partidos políticos da China: como desempenhar um papel?

Di Zhou

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

The Non-affiliates in China's Political Party System: how to Play a Role?*

Os não afiliados no sistema de partidos políticos da China: como desempenhar um papel?

Di Zhou**

Abstract

This article examines the role of prominent individuals unaffiliated to any of the parties (Non-affiliates) in China's political party system. It also investigates the historical formation of non-affiliates in Chinese revolutionary history. Through nation-wide regulations and the results of a case study at city level, the article analyzes present systems and mechanisms guaranteeing the functioning of non-affiliates, as well as the obstacles they face. Our results suggest that the recognition of the uniqueness of non-affiliates in China's political party system is a prerequisite for the stimulation of their role. Moreover, we suggest that an appropriate organization, detailed prescriptions of intra-Party laws and regulations, strong institutional support of the Communist Party of China committee's United Front Work Department, and establishment of relevant channels and platforms can enhance the role of non-affiliates in terms of political participation.

Keywords: non-affiliates; role; China's political party system; partisanship; Communist Party of China.

Resumo

Este artigo examina o papel de indivíduos proeminentes não afiliados a qualquer um dos partidos (não afiliados) no sistema de partidos políticos da China. Também investiga a formação histórica de não afiliados na história revolucionária chinesa. Por meio de regulamentações nacionais e dos resultados de um estudo de caso em nível municipal, o artigo analisa os sistemas e mecanismos atuais que garantem o funcionamento dos não afiliados, bem como os obstáculos que enfrentam. Nossos resultados sugerem que o reconhecimento da singularidade dos não afiliados no sistema partidário político da China é um pré-requisito para a estimulação de seu papel. Além disso, sugerimos que uma organização apropriada, prescrições detalhadas de leis e regulamentos intrapartidários, forte apoio institucional do Departamento de Trabalho da Frente Única do comitê do Partido Comunista da China e o estabelecimento de canais e plataformas relevantes podem aumentar o papel dos não afiliados em termos de participação política.

* Artigo convidado

** Di Zhou is lecturer/researcher in political science at Wuhan University. Her research area mainly covers the Politics and Government in Contemporary China, the Rule of Law and Ecological Civilization in China, etc. Di Zhou graduated from Wuhan University in 2010, where she majored in Law and minored in French. She got her masters degree on Environmental Law in 2012 from South Paris University and in 2013 from Wuhan University. She was Fulbright visiting scholar at Pace University in the U.S. from 2016 to 2017. She received her Ph.D. in environmental law from Wuhan University in December 2017. She is the winner of Green Talents Competition 2018 granted by the Federal Ministry of Education and Research (Germany). E-mail: dzhou_law@whu.edu.cn.

Palavras-chave: não afiliados; papel; sistema de partidos políticos da China; partisanship; Partido Comunista da China.

1 Introduction

China's present political party system is a multiparty cooperation and political consultation system under the leadership of the Communist Party of China (CPC). It is neither a one-party system nor a multiparty system of mutual competition, but a multiparty cooperation system. Following the principles of long-term coexistence, mutual oversight, sincerity, and cooperation, the CPC rules and leads as the dominant party, and the eight other participating political parties¹ form important components whose basic functions include participation in political affairs, political consultation, and democratic oversight. In addition to the CPC and other political parties, prominent individuals unaffiliated to any of the parties (henceforth referred to as 'non-affiliates') are also a vital part of China's new political party system, both as co-founders of the multiparty cooperation system, and as important participants. The non-affiliates are naturally non-organized and non-group-oriented; they advocate freedom and independence, and have no relatively fixed masses to represent, due to which they are not part of any organizations, but usually stand alone.

Scholars interested in China's new political party system tend to focus on the leadership position of the CPC, and the political participation of the eight other political parties. The CPC Central Committee documents and the intra-Party² laws and regulations often deploy the function of non-affiliates together with that of the eight other political parties. Therefore, some people believe that political participation of non-affiliates can be directly referenced against the non-CPC political parties, without need for special research. This has led to an obvious mismatch between the theoretical attention and research on the issue of non-affiliates, and their unique status and role in China's new political party system. The study of non-affiliates has long been marginalized in academic communities both in China and abroad.

At present, there are few academic publications specifically focusing on the political role of non-affiliates; there are no monographs or doctoral dissertations, and there are only six master's theses and research papers published in journals.³ Of these, nearly all primarily explore the comparative advantages of China's new political party system⁴, and the relationship between the CPC and the non-CPC political parties, arguing that the formation of the system is a process of interaction between them. This is a process in which other political parties gradually recognize and accept the leadership of the CPC, and the unique positioning of non-affiliates is rarely mentioned⁵. The majority of extant literature has tacitly assumed that the issue of

¹ The eight non-CPC political parties are: the Revolutionary Committee of the Chinese Kuomintang, the China Democratic League, the China National Democratic Construction Association, the China Association for Promoting Democracy, the Chinese Peasants and Workers Democratic Party, the China Zhi Gong Party, the Jiusan Society, and the Taiwan Democratic Self-Government League.

² Intra-Party specifically refers to intra-CPC.

³ WEIJIA, Su. *Research on the role and mechanism of nonparty personages in universities*. 2018. Thesis (M. S. Degree) - Lanzhou University, Lanzhou, Gansu Province, China, 2018; NAN, Wu. *Studies of work of non-party personages in colleges and universities of Liaoning province*. 2018. Thesis (M. S. Degree) - Northeastern University, Boston, United States, 2018; ZHENGXUN, Yang. *On the nonparty personage of our country*. 2016. Thesis (M. S. Degree) - China Youth University of Political Studies, Beijing, China, 2016; TONG, Zhao. *The research on the system of the group process of the independents*. 2013. Thesis (M. S. Degree) - Hebei University, Hebei, Baoding, China, 2013; JUNFENG, Hu. *On non-party personage's main historical contribution*. 2008. Thesis (M. S. Degree) - Central China Normal University, Wuhan, China, 2008; ZHEN, Xing. *Studies on relationship of democratic parties and non-party personage and local society of Jiaonan city of Shandong province in new period*. 2008. Thesis (M. S. Degree) - Huazhong Normal University, Wuhan, China, 2008.

⁴ SHUZHEN, Zhou. On the unique advantages of China's new-type system of political parties. *People's Forum*, n. 07, p. 6-13, 2018; MINGJIANG, Ai. Embedded logic: a new type of party system and China's National Governance. *Theory and Reform*, n. 05, p. 36-49, 2019.

⁵ TIANZHU, Huang. Characteristics of China's new type of party system in perspective of non-CPC political parties. *Journal of the Central Institute of Socialism*, n. 05, p. 10-17, 2018; LUO, Feng. The advantages and the function of new type of party system in perspective of CCPCC. *Marxism & Reality*, n. 1, p. 177-184, 2020; XIANSHENG, Zhang. The beginning of the cooperation between

non-affiliates can be treated in the same manner as non-CPC political parties⁶. Some scholars have explored the political attributes of non-affiliates in terms of partisanship⁷, representativeness⁸, and organization (working mechanism)⁹, and argued that non-affiliates have both individual and group attributes, and thus partly possess the characteristics of modern political parties¹⁰. Other scholars focus on the political participation of non-affiliates, exploring the channels and mechanisms of their political participation, and the question of how to enhance their role¹¹. While there are news and research reports on non-affiliates, they are primarily discussed from the perspective of the working mechanism of the CPC's united front work¹². Some foreign researchers have studied the political parties outside the CPC¹³. However, there are no studies on the participation of non-affiliates in the framework of multiparty cooperation; they are only mentioned in passing during the study of the united front work of the CPC or other political parties in China¹⁴.

Notably, non-affiliates under China's new political party system differ from the non-CPC political parties in various aspects, such as in terms of the attributes and the manner of political participation, and capacity building. The stereotypical thinking and working practices formed during multiparty cooperation, wherein non-affiliates performed their functions with reference to non-CPC political parties, have long objectively led to the neglect of the issue of non-affiliates in theoretical studies. This raises several questions: Are non-affiliates a group, or independent individuals? Why do non-affiliates who are not formally affiliated with a party have substantial partisanship? How do non-affiliates exist under China's new political party system, and how do they differ from other political parties? How do they participate in political life; can they play a practical role? What are the historical and practical bases for the participation of the non-affiliates in China's new political party system? It is important to answer these questions, and understand the values and functional advantages of non-affiliates, how they function in practice, whether they can truly play a role in political participation, and if so, how.

This paper firstly explores the historical formation of non-affiliates in the modern Chinese political party system considering non-affiliates as not only a product of China's revolutionary history, but also a process of political construction and institutional confirmation. Consequently, the paper attempts to understand why non-affiliates are the founders and participants of China's multiparty cooperation system. Secondly, within the framework of the new party system, the paper compares the existing systems and institutional guarantees for non-affiliate participation in multiparty cooperation. Finally, based on a study of non-affiliates

the CPC and non-CPC political parties. *Journal of United Front Science*, n. 4, p. 73-82, 2022.

⁶ YUHUAN, Wang; RUIQING, Wang. The recognition of deliberative democracy of the members of non-CPC political parties and non-affiliates. *Journal for Party and Administrative Cadres*, n. 3, p. 24-31, 2022; FAN, Nanxi et al. On the supporting mechanism in promoting the role of members of non-CPC political parties and non-affiliates. *Journal of Guangzhou Institute of Socialism*, n. 2, p. 26-30, 2022.

⁷ DEZHONG, Jia. The Partisanship of Non-Affiliates in Light of the Characteristics of Modern Political Parties. *Contemporary World and Socialism*, n. 3, p. 128-131, 2009.

⁸ YUAN, Si. The characteristics and function of non-affiliates as a political group. *China's United Front*, n. 1, p. 37-38, 2014.

⁹ SONG, Jian. Some reflections on non-affiliates and their political participation. *Journal of Chongqing Institute of Socialism*, n. 1, p. 39-42, 2011.

¹⁰ BINGQUN, He et al. The Mechanism of promoting the role of non-affiliates as a political group. *Journal of Socialist College*, 2012, n. 4, p. 27-31.

¹¹ RUI, Zhou; DAOQUAN, Xu. On the role of non-affiliates as a political group. *Journal of Chongqing Institute of Socialism*, n. 1, p. 41-45, 2013; TIANGE, Liu. The non-affiliates in China's United Front. *Journal of Sichuan Institute of Socialism*, n. 3, p. 26-27, 2003.

¹² WEIJIA, Su. *Research on the role and mechanism of nonparty personages in universities*. 2018. Thesis (M. S. Degree) - Lanzhou University, Lanzhou, Gansu Province, China, 2018; NAN, Wu. *Studies of work of non-party personages in colleges and universities of Liaoning province*. 2018. Thesis (M. S. Degree) - Northeastern University, Boston, United States, 2018.

¹³ SEYMOUR, James D. *China's Satellite Parties*. Armonk, NY: M.E. Sharpe, Inc., 1978.

¹⁴ FUNG, Edmund S. K. *In search of chinese democracy*. Jiangsu People's Publishing House, Cambridge University Press, 2011. p. 12, 25. "Small party groups and independents are an important political force and a force of public opinion."; VAN SLYKE, Lyman P. *Enemies and friends: the United Front in chinese communist history*. Stanford: Stanford University Press, 1992; JEANS, Roger B. (ed.). *Roads not taken: the struggle of opposition parties in twentieth-century China*. [S. l.]: Westview Press, 1992; GROOT, Gerry. *Managing transitions: the Chinese Communist Party, United Front work, corporatism and hegemony*. [S. l.]: Routledge, 2004; KATZ, Richard S.; CROTTY, William (ed.). *Handbook of party politics*. [S. l.]: SAGE Publications, 2006.

in a provincial capital city, it examines and evaluates the actual role played by non-affiliates. Non-affiliates are vital to the understanding of China's the new political party system; at the same time, they are easily overlooked.

2 Materials and Methods

The line of research developed as well as the research questions to be addressed in this paper call for the classical legal research methods which are predominantly a desktop study and legal/policy documents analysis, complemented with a case study of local city as well as questionnaires, face-to-face or telephone interviews, and symposiums.

The legal/policy documents are selected from relevant documents issued by the Central Committee of the CPC and its working departments, the State Council, and the Chinese People's Political Consultative Conference (CPPCC), mainly including the "Opinions on Adhering to and Improving the Multiparty Cooperation and Political Consultation System under the Leadership of the CPC" (1989 version)¹⁵, "Opinions on Strengthening the Work of non-affiliates" (2000 version)¹⁶, "Opinions on Further Strengthening the Capacity Building of the Multiparty Cooperation and Political Consultation System under the Leadership of the CPC" (2005 version)¹⁷, "Opinions of the CPC Central Committee on Strengthening the Capacity Building of Representatives outside the CPC" (2012 version)¹⁸, "Opinions on Consolidating and Strengthening the United Front in the New Century and New Stage" (2012 version)¹⁹, "Regulations on the Work of the United Front of the CPC" (2015 version²⁰ & 2021 Revised version²¹), "Opinions on Strengthening the Ideological and Political Work of non-CPC Intellectuals and Capacity Building of Non-affiliate Representatives" (2021 version)²², "White Paper on China's New Political Party System: Cooperation and Consultation" (2021 version)²³, "Regulations on Political Consultation Work of the CPC" (2022 version)²⁴. While few of the documents were classified and could only be accessed to part of the file, most of the documents were open to the public and were collected on the websites of the CPPCC, the State Council and the working departments of the CPC Central Committee and selective news websites.

¹⁵ FORMULATION of the "Opinions of the Central Committee of the Communist Party of China on Adhering to and Improving the Multi-party Cooperation and Political Consultative System Under the Leadership of the Communist Party of China". *News of Communist Party of China*, 1989. Available at: <https://cpc.people.com.cn/GB/64107/65708/65722/4444523.html>.

¹⁶ LOOKING at the development of the united front cause in the new era from the change of appellation of people without party affiliation. *CPPCC*, 31 may 2018. Available at: <http://www.cppcc.gov.cn/zxww/2018/05/31/ART11527731993875467.shtml>.

¹⁷ THE CENTRAL Committee of the Communist Party of China promulgated opinions on strengthening multi-party cooperation and political consultation system construction. *China News*, 20 mar. 2005. Available at: <https://www.chinanews.com.cn/news/2005/2005-03-20/26/552758.shtml>.

¹⁸ OPINIONS on Strengthening the Construction of Non-Party Representatives in the New Situation Issuing. *China Central Government Portal*, 23 feb. 2012. Available at: http://www.gov.cn/jrzq/2012-02/23/content_2075139.htm.

¹⁹ THE CENTRAL Committee of the Communist Party of China issued the opinion on consolidating and strengthening the united front in the new century and new stage. *China Central Government Portal*, 28 nov. 2006. Available at: http://www.gov.cn/jrzq/2006-11/28/content_455832.htm.

²⁰ THE CENTRAL Committee of the Communist Party of China issued the "Regulations on the Work of the United Front of the Communist Party of China (Trial)". *China Central Government Portal*, 22 sept. 2015. Available at: http://www.gov.cn/zhengce/2015-09/22/content_2937054.htm.

²¹ THE CENTRAL Committee of the Communist Party of China issued the "Regulations on the Work of the United Front of the Communist Party of China". *People.cn*, 25 jan. 2021. Available at: <http://politics.people.com.cn/n1/2021/0105/c1001-31990053.html>.

²² Classified document.

²³ CHINA'S New Party System. *China Central Government Portal*, 25 jun. 2021. Available at: http://www.gov.cn/zhengce/2021-06/25/content_5620794.htm.

²⁴ THE CENTRAL Committee of the Communist Party of China issued the "Regulations on the Political Consultation Work of the Communist Party of China". *China Central Government Portal*, 20 jun. 2022. Available at: http://www.gov.cn/zhengce/2022-06/20/content_5696832.htm.

Further, a case study was used to analyse the status quo and the challenges of local practices in implementing the central intra-Party regulations and policies. The documents explaining the local practices were collected from the CPC's United Front Work Department and CCPCC at city level. A total of 175 questionnaires were distributed to non-affiliates of the targeted city, and 102 were actually returned, with 100 valid questionnaires. 30 single-choice/multiple-choice questions were proposed in the questionnaire, and were divided into two sections, namely the basic personal information section and the thematic questions section. The personal information includes gender, age, education background, occupation, job level, overseas experience, etc. Thematic questions mainly involve basic knowledge on China's political party system, basic understanding of the function of the non-affiliates, the ways and frequency of interaction between the non-affiliates and the relevant work departments, the financial support for the activities of non-affiliates, the ways/channels/platforms for the political participation of the non-affiliates, the influencing factors on the role played by the non-affiliates, etc.

The open-ended interviews were conducted face-to-face or by telephone, with 12 interviewees, including 11 non-affiliates and one staff from the United Front Work in universities. Two seminars were held for the staff of United Front Work Departments and non-affiliates respectively, with nearly ten staff of the United Front Work Department of the Party Committees at the urban and municipal levels, and nine non-affiliates participating in the seminars. Questions that had been posed during the interviews and seminars included but were not limited to: (1) What is the criteria to identify the non-affiliates? (2) Evaluation (by the staff from the United Front Work departments) / Self-evaluation (by the non-affiliates) on the effectiveness of the role played by the non-affiliates in political life. (3) Are the systems & Mechanism that guarantee the function of the non-affiliates working well? What are the specific channels or platforms? (4) What are the factors that influence the function of non-affiliates? (5) What do the non-affiliates need/what do the relevant work departments could provide in order to further encourage the non-affiliates to play a role?

This paper provides an overview of the historical formation of the group of non-affiliates in contemporary China, and explains the core question of why a non-partisan individual unaffiliated with any political party could be characterized with a "partisanship". It also provides legal/policy background of the right and the responsibility of the non-affiliates in China's political party system. On the basis of the analysis on the past/present situation and in response to the primary obstacles, feasible recommendations are proposed. These recommendations, in the framework of better stimulate the role of the non-affiliates, aim to guarantee an effective mechanism for the function of China's political party system in a long run. The suggestions are formulated on the basis of the analysis and literature study in the previous sections.

3 Results: Historical Rationale, Systems & Mechanisms, Practices

3.1 The Historical Rationale for the "Partisanship" of non-affiliates

A non-affiliate is a non-partisan individual unaffiliated with any political party. However, during the formation of China's modern party system, the idea of non-affiliates and its related concepts have been distinguished from those of independents; they have had their own stage and specific group orientation since their emergence. China's non-affiliates emerged with modern political parties, and have a partisanship similar to that of the CPC and other political parties. The partisanship of non-affiliates was objectively created in the environment of the modern Chinese revolution, and it was formed through political construction and institutional confirmation.

During the New Democratic Revolution, Mao Zedong termed the CPC's three magic weapons as the United Front, the Armed Struggle, and Party Building²⁵. In particular, the United Front, as an important part of the Party's general line and general policy, has played an important role in the formation of the National Revolutionary United Front, the Workers' and Peasants' Democratic United Front, the Anti-Japanese National United Front, the People's Democratic United Front, and the Patriotic United Front within different historical periods of China's revolution, construction, and reform. At the Central conference on the United Front Work in July 2022, Xi Jinping noted:

The essence of United Front work is to call for great unity and union, and to address the issue of people's aspiration and strength... United Front work is to unite all Chinese sons and daughters of different parties, different nationalities, different classes, different groups, different beliefs and living under different systems.²⁶

Based on the tactical requirements and strategic considerations of the United Front during the democratic revolutionary period, people outside the Party²⁷ and their integration became the target of the CPC's United Front work. During the Great Revolution (1924-1927), the establishment of the Democratic United Front led to the first Kuomintang-Communist cooperation, and the inclusion of educated individuals who were not politically affiliated into the National Revolutionary camp. During the War of Resistance against Japanese Aggression, people outside the Party (or democrats) participated extensively as an independent political force in anti-Japanese rescue activities and democratic movements. Thus, there emerged a number of representative democrats outside the Party who had high social status and strong political influence. These representative figures had their own contact masses in the upper echelons of the Kuomintang and local power, in cultural, educational, industrial, economic, scientific, and technological circles, as well as among young students and overseas Chinese. Thus, they became an important force for the two parties to strive for and liaise with. A number of people outside the CPC participated in the "three-thirds system"²⁸ of regime building in the anti-Japanese base areas under the CPC leadership. As stated by Mao Zedong,

Affairs of state are the public affairs of the whole nation and not the private affairs of a single party or group. Hence Communists have the duty to co-operate democratically with non-Party people and have no right to exclude them and monopolize everything.²⁹

On October 10, 1945, the Kuomintang and the CPC signed the "Double Ten Agreement," where they agreed that

the National Government shall convene a political consultative conference and invite representatives of all parties and public figures to consult on national issues and to discuss the issues of peaceful nation-building and the convening of the National Convention.³⁰

Accordingly, in January 1946, the Political Consultative Conference was held in Chongqing with 38 delegates from five parties, including eight from the Kuomintang, seven from the CPC, nine from the China Democratic League, five from the Youth Party, and nine from the social elite. Guo Moruo (郭沫若), Mo Dehui (莫德惠), and nine other non-affiliates participated in the Political Consultative Conference

²⁵ ZEDONG, Mao. Introducing the communist: 1939. In: ZEDONG, Mao. *Selected works of Mao Tse-Tung*: volume II. Peking: Foreign Languages Press, 1967. p. 288.

²⁶ XI STRESSES unity of Chinese at home, abroad to pool strength for rejuvenation. *CCTV*, 31 jul. 2022. Available at: <https://english.cctv.com/2022/07/31/ARTIPkqtO4VkuJWcSVOPCVCO220731.shtml>

²⁷ The term "people outside the Party" was uniquely used during the Chinese revolutionary period to refer to independents other than members of the CPC. This term continues to be used at present.

²⁸ During the War of Resistance against Japanese Aggression, the regime of "three-thirds system" was applied in the anti-Japanese base areas under the leadership of the CPC. There were three levels of senators in the Border Region, counties and townships; one-third were members of the CPC, one-third were progressive people outside the Party, one-third were middle-of-the-road people who represented the middle bourgeoisie and the enlightened gentry individual landlords and rich farmers.

²⁹ ZEDONG, Mao. Speech at the assembly of representatives of the Shensi-Kansu-Ningsia border: 1941. In: ZEDONG, Mao. *Selected works of Mao Tse-Tung*: volume III. Peking: Foreign Languages Press, 1967. p. 33.

³⁰ CHONGJI, Jin. *Compendium of Chinese History of the Twentieth Century*: revised edition: volume II. [S. l.]: SDX Joint Publishing Company, 2021. p. 660.

as “social elites.” After the outbreak of the civil war, the “social elites” were divided, with Guo Moruo and others opposing the civil war, and participating in democratic anti-Chiang activities. Mo Dehui and others turned to the Kuomintang, participating in the National Assembly and the National Government that they organized. On April 30, 1948, the CPC Central Committee issued the “May 1st” slogan, calling on “all democratic political parties, people’s organizations and social elites to quickly convene a political consultative conference to discuss and realize the urgent people’s congress and establish a democratic coalition government”³¹. On May 3, Li Jishen (李济深) called a second meeting with the heads of the political parties in Hong Kong, and agreed to respond to the CPC’s “May 1st” slogan by means of a joint telegram. In particular, Guo Moruo called upon Mao Zedong to respond to the “May 1st” slogan in the name of “non-affiliates” and the leaders of the political parties in Hong Kong. In his response on August 1, Moa Zedong affirmed and used the term “non-affiliate democrats” for the first time³².

On June 15, 1949, the preparatory meeting for the New Chinese People’s Political Consultative Conference (CPPCC) began. After repeated consultations, 23 units with a total of 134 delegates were formed for the preparatory meeting of the new CPPCC. In particular, members of the non-CPC political parties, as independent participating units, had a total of six delegates, a number that was second only to that of the CPC, the Revolutionary Committee of the Chinese Kuomintang, and the China Democratic League. At the first plenary session of the Preparatory Committee, Zhou Enlai had pointed out that non-affiliate democrats “are not formally affiliated with a party, but are in essence partisan,” and are “partisan democrats without party organizations”.³³ On this basis, after repeated consultation and discussion, when the First Plenary Session of the CPPCC was held in September 1949, a special unit of “non-affiliate democrat” was established, in which ten official delegates, including Guo Moruo and Li Da (李达), were listed. Among the 46 units and 662 delegates of the new CPPCC, 44% were from the CPC, 26% were from labor, agriculture and other sectors,³⁴ and 30% were members of various political parties. Among the 14 party units, the unit of non-affiliate democrat ranked fifth after the CPC, the Revolutionary Committee of the Chinese Kuomintang, the China Democratic League, and the China National Democratic Construction Association³⁵. Additionally, non-affiliate democrats participated in the composition of the first Central People’s Government.

Table 1 - Non-affiliate democrats among members of the Central People’s Government

	Total	People outside the Party	Non-affiliate democrats
Central People’s Government Committee	6 Vice Presidents	3 people	0
	56 Members	27 people	8 people ³⁶
Government House	4 Deputy Prime Ministers	2 people	1 person: Guo Moruo

³¹ ZHUYUN, Chen; QICHENG, Chen. *Selected materials on the history of China’s non-CPC political parties*. Shang: East China Normal University Press, 1985. p. 16.

³² Committee of Cultural and Historical Materials of the Central Committee of the Democratic League of China, *Historical Documents of the Chinese Democratic League (1941-1949)*, Cultural and Historical Materials Publishing House, 1983. p. 422, 115, 127.

³³ DEPARTMENT OF THE UNITED FRONT WORK OF THE CPC CENTRAL COMMITTEE & LITERATURE RESEARCH OFFICE OF THE CPC. Central Committee. *Selected Work of Zhou Enlai on the United Front Work of the CPC*. 1984. p. 125, 127.

³⁴ According to Article 22 of the Charter of the Chinese People’s Political Consultative Conference, The National Committee of the CPPCC shall be composed of representatives from the CPC, other political parties, from among public figures without party affiliation, from people’s organizations, and from ethnic minority groups and all sectors of society, compatriots from the Hong Kong Special Administrative Region, the Macao Special Administrative Region, and Taiwan, and from among returned overseas Chinese, as well as specially invited individuals, all of whom shall be divided into a number of sectors.

³⁵ HONGMEI, Li; YANGDONG, Liu. The birth of the people’s political consultative conference: next volume. *China Literature and History Press*, p. 467-472, sept. 2019.

³⁶ Chen Jiageng (陈嘉庚), Ma Yinchu (马寅初), Guo Moruo, Shen Yanbing (沈雁冰), Chen Shutong (陈叔通), Fu Zuoyi (傅作义), Zhang Xiruo (张奚若), Zhang Nanxian (张难先).

From “people outside the party” and “democrats,” to “social elites,” and then to “non-affiliate democrat,” the political concept of non-affiliates has a distinctive history. During the revolutionary period, people outside the party actively participated in democratic political activities, joined anti-imperialist and anti-feudal struggles, proposed party-like political ideas, responded to the “May 1st” CPC slogan, and were consulted on the establishment of the country. The concept of non-affiliate democrats³⁷ has a distinctive historical character; they are a political group formed under the particular historical background of China’s New Democratic Revolution. The political identity of this group was formally recognized in the legal system in the early stages of the establishment of the People’s Republic of China, affirming the special historical role played by non-affiliate democrats in the revolution and state building.

3.2 Systems and mechanisms to guarantee the function of non-affiliates

3.2.1 Definition of non-affiliates

Historically, the basis of non-affiliates’ partisanship lies in the political consensus formed under their accepting the CPC, adhering to the road of socialism with Chinese characteristics, and adhering to and improving the new Chinese political party system. This is also the prerequisite for non-affiliates to have partisanship. Additionally, the special history of the formation of non-affiliates also determines that this group does not have inter-generational inheritance of party affiliation, but reflects the characteristics of different stages of history. With the reduction of old generation non-affiliates from the founding of the country, after China’s reform, opening up, and the emergence of a new period of socialist modernization, a modern generation of non-affiliates formed a situation where multiple concepts coexisted: non-affiliate democrat, non-affiliates, non-affiliate patriots, non-affiliate eminent persons, non-affiliate representatives, etc.

Only with the formulation of the Opinions on Strengthening the Work of Non-affiliates in 2000 was it made clear that the group of non-affiliates are officially called so, and the representatives among them are officially called non-affiliate representatives. The Opinions also stipulate that the basic conditions for being recognized as a non-affiliate include having a certain social status and representativeness, having a strong desire and ability to participate in politics, and having a non-affiliated status. The amendment to the CPPCC Constitution adopted at the second session of the 10th CPPCC National Committee in 2004 changed the concept of non-affiliate democrats to that of non-affiliates. In 2005, the CPPCC changed the name of the sector of non-affiliate democrats to that of non-affiliates. The concept of non-affiliates was thus formalized and used.

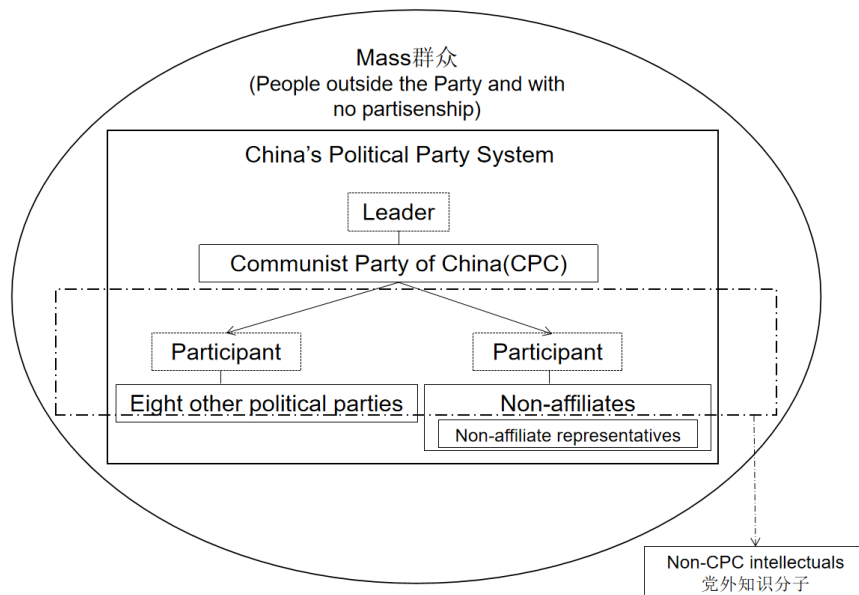
It must be clarified that the political identity of non-affiliates is not naturally occurring, but needs to be confirmed by the CPC’s United Front Work Department through certain procedures, and according to certain criteria.³⁸ The Regulations on the United Front Work of the CPC, revised and promulgated in 2021, defines non-affiliates as “people who do not belong to any political party, have the desire and ability to participate in politics, and make positive contributions and have certain influence in society,” and “the most of the non-affiliates are intellectuals.” Additionally, the 2012 Opinions of the CPC Central Committee on Strengthening the Capacity Building of Non-affiliate Representatives under the New Situation set “political

³⁷ In 1951, the United Front Work Department of the Central Committee of the CPC defined in a document titled “Answer to the United Front Work Department of the Northwest Bureau on the Definition of ‘Democrats’”: “Democrat’ is a political title for certain people outside the Party who participate in the people’s democratic movement. Generally speaking, a ‘democrat’ should have the following two conditions: (1) having participated more or less in the people’s democratic movement (including the uprising) before liberation or took a neutral attitude before liberation and participated in the people’s democratic activities after liberation; and (2) having a certain representation in the middle class or non-CPC political parties.”

³⁸ In 2021, the CPC Central Committee issued the Opinions on Strengthening the Ideological and Political Work of Intellectuals Outside the CPC and Capacity Building of Non-affiliate Representatives, which provided important guidelines for the capacity building of non-affiliates including the criteria for identification.

firmness, outstanding performance and public recognition” as the basic criteria for identifying non-affiliate representatives, and the fundamental requirement for their capacity building.

Figure 1 - Positioning of Non-affiliates



3.2.2 Motivation for the reform Regulations and policy basis for political participation of non-affiliates

The CPC Central Committee has formulated relevant intra-Party laws and regulations, and issued a series of documents on the safeguarding, support, and assistance of non-CPC parties and non-affiliates to strengthen their capacity building and internal supervision. While the existing relevant regulations and policies repeatedly confirm that non-affiliates are important members of the multiparty cooperation and political consultation system led by the CPC, they simultaneously clarify the political participation of non-affiliates with reference to non-CPC parties, inclusive of political consultation, democratic oversight, and political participation.

Table 2 - Policies and regulations related to political participation of non-affiliates

Year of promulgation	Document	Relevant stipulations
1989	Opinions on Adhering to and Improving the Multiparty Cooperation and Political Consultation System under the Leadership of the CPC	The multiparty cooperation include cooperation both between the CPC and non-CPC political parties and between the CPC and non-affiliates.
2000	Opinions on Strengthening the Work of non-affiliates	Strengthening the work of non-affiliates encourages them to adhere to and improve the multiparty cooperation and political consultation system, which is always an important task of CPC's united front work.

Year of promulgation	Document	Relevant stipulations
2005	Opinions on Further Strengthening the Capacity Building of the Multiparty Cooperation and Political Consultation System under the Leadership of the CPC	i) Non-affiliates have an important status and role in the multiparty cooperation and political consultation system. ii) The advantages of non-affiliates should be fully inspired and institutional support should be enhanced to encourage them to play an active role in political participation and democratic oversight. iii) The appointment of non-CPC political parties and non-affiliates to leading positions in the government is an important method in the realization of multiparty cooperation.
2006	Opinions on Consolidating and Strengthening the United Front in the New Century and New Stage	Focus should be placed on the capacity building of non-affiliate representatives.
2012	Opinions on Strengthening the Capacity Building of Representatives outside the CPC	Clarifying the criteria of recognizing non-affiliate representatives; measures of enhancing the capacity building of non-affiliate representatives.
2021	Regulations on the Work of the United Front of the CPC (Revised)	i) Non-affiliates are an important part of political consultation. Relevant support should be enhanced for the non-CPC political parties and non-affiliates to participate in consultation in several areas, such as for the National People's Congress (NPC), the government, the CPPCC, etc. ii) The basic functions of non-CPC political parties include participation in political affairs, democratic oversight, and political consultation. The non-affiliates perform their functions with reference to non-CPC political parties.
2021	Opinions on Strengthening the Ideological and Political Work of non-CPC Intellectuals and Capacity Building of Non-affiliate Representatives	The non-affiliates, primarily intellectuals, are an important part of multiparty cooperation and political consultation, and are a force for political participation in socialism with Chinese characteristics.
2021	White Paper on China's New Political Party System: Cooperation and Consultation	China's new political party system includes the CPC and eight other political parties, as well as non-affiliates.
2022	Regulations on Political Consultation Work of the CPC	Explicit inclusion of non-affiliates as participants of political party consultation, and that of the CPPCC.

3.2.3 Primary channels and platforms for non-affiliates to play their role

The political growth of non-affiliates requires capacity enhancement and influence expansion, which depends on the provision of clear and complete institutionalized guidelines and guarantees. At present, there are three primary channels and platforms for non-affiliates to play their role. First, non-affiliates in the CPPCC organizations at or above the county-level play their role as a sector. The second is the consultation mechanism between party committees at the county level and above, and non-CPC parties and non-affiliates. Third, is that the United Front Work Department has set up organizations such as Intellectuals outside the CPC Association and the New Social Stratum Association.³⁹ It is now a common practice nationwide to use these platforms to contact and organize non-affiliates and provide them with political guidance.

³⁹ As China's reform and opening up deepens and our socialist market economy develops, a profound change has taken place in the

Accordingly, the political treatment of non-affiliates is primarily reflected in the “three major arrangements” made for them: political arrangement, arrangement of position with actual power, responsibility, and social arrangement. The political arrangements for non-affiliates are primarily reflected in the increase of the proportion of non-affiliates among the deputies to the NPC and CPPCC members at all levels. The arrangement of positions with actual power and responsibility primarily refers to non-affiliates taking up positions in government departments. Social arrangements primarily refer to how non-affiliates serve as members of the leadership teams of social organizations, such as the Intellectual Association and the New Social Stratum Association.

3.3 The Actual Situation of the Role of Non-affiliates: A Case Study of W, the Capital city of H Province

Together with the exploration of how non-affiliates are positioned in China’s new political party system, and the institutional guarantees for their role in political participation, it is necessary to specifically examine the role played by non-affiliates in real political life. This section considers non-affiliates and the current situation of the role they played in W, the capital city of H province, and its sub-districts, and carries out the research and analysis by distributing questionnaires, face-to-face or telephone interviews, and symposiums.

3.3.1 General evaluation of the role of non-affiliates in W city and analysis of influencing factors

Overall, the role of non-affiliates basically involves the three aspects of political consultation, democratic oversight, and political participation, and their effectiveness and influence varies greatly. In particular, non-affiliates who accept the three above arrangements are much more outstanding in their willingness and ability to participate in politics, and they play a greater role in the performance of their duties, as demonstrated by the questionnaire and interviews. This further proves that the three major arrangements for non-affiliates are effective channels to enable the realization of their roles in an appropriately organized manner.

Evaluating their own political participation ability, the feedback from the non-affiliates indicated three scenarios. The first rated the political participation ability of non-affiliates as high, even “much better than the non-CPC political parties,” because “non-affiliates are all high-level intellectuals who have already made achievements in their respective professions.” The second is that not enough is known about the current political participation ability of non-affiliates. Third, their ability of political participation is lower than that of members from non-CPC political parties, and requires further improvement. There is difference in evaluation as some believe that “the level and ability of political participation of non-affiliates is related to their personal will and their working fields, as well as their social influence,” and “related to the leadership and organization of the United Front Work Department and the social organizations led by the United Front Work Department.”

With regard to the factors that affect the performance of non-affiliates, the questionnaire demonstrates that both objective and subjective factors restrict their role considerably. In particular, poor channels and inadequate mechanisms (34%) are the most prominent reasons. The lack of relevant assessment and incentive mechanisms (12%) also affects the enthusiasm of non-affiliates to participate in politics; while the desire (26%) and ability (27%) of non-affiliates to participate in politics also have significant impact.

country’s economic structure - the emergence of a new social strata. The strata are mainly composed of non-public business people and freelance intellectuals, mostly working in new economic and social organizations. The new social strata comprise technologists in private technology firms, managers in foreign-funded companies, the self-employed, entrepreneurs, employees in brokerage firms and freelance professionals. Under the guidance of the Party and the government, they have made important contributions to the country’s social economic development through their honest labor and work and lawful business operations.

3.3.2 Primary obstacles to the role non-affiliates play in W city

As noted above, there are several obstacles faced by non-affiliates. The first is the lack of unified standard of political identification and the lack of accurate recognition of the positioning of non-affiliates in China's political party system. While the Regulations of the Central Committee on United Front Work provides a definition of non-affiliates, there is no specific standard for nationwide identification, nor is there a province-wide or city-wide implementation rule on how to identify non-affiliates based on the above definition, especially regarding judging their "having the desire and ability to participate in politics," and "having positive contribution and certain influence in society." Due to this, the specific identification criteria and working procedures of the United Front Work Department of W city and that of its districts differ greatly, and the development of personnel is also uneven. Although both the province of H and the city of W have successively carried out the registration and identification of non-affiliates, the lists and character pools of non-affiliates at each level are independent of each other, and have not yet been connected. This has led to a certain degree of duplication and omission in identification at different levels, and made it more arbitrary and lacking in authority and standardization; it also invited a situation where a small number of non-affiliates did not understand their political identity. After joining the CPC or being absorbed by non-CPC parties, their identity information is not updated in a timely manner. The lists and databases of non-affiliates are not updated frequently, and the accuracy of the information is poor. Therefore, the exact number of non-affiliates of W city are not officially known at present. From the data reported by some sub-districts, the number, age structure, concentration of industry fields, and the three major arrangements of non-affiliates in each district demonstrate significant differences.

Non-affiliates primarily apply to and are absorbed by the United Front Work Department, and since their identity recognition is different from that of non-CPC political party members, their identification needs to go through a certain cultivation process. Therefore, the identification of non-affiliates depends largely on the proper organization and cultivation of the United Front Work Department. However, the interviews and seminar with the United Front Work Department staff illustrates some inaccurate understanding and perception of the political attributes and proper role of non-affiliates, which has led to insufficient attention being paid to them. For example, some think that non-affiliates are only "individual" participants in politics, and that the three arrangements for non-affiliates are formalized and embellished. Inconsistent, inaccurate, and even deviant understanding of the political position and role of non-affiliates affects the development of related work within the United Front Work Department, and further affects the enhancement of their political identity, the stimulation of their willingness to participate politically, and the cultivation of their ability to participate.

The second obstacle is the poor political treatment of non-affiliates. Compared to members of non-CPC political parties, some identified non-affiliates are not provided with clear political development plans and arrangements. For example, in terms of political promotion channels according to general political practice, the chairmen and vice chairmen of non-CPC political parties at the central level serve as vice chairmen of the Standing Committee of NPC and of the CPPCC at the same level. Similarly, the chairmen or vice chairmen of non-CPC political parties above the municipal level also have corresponding leadership positions in the CPPCC at the same level. In contrast, there are fewer cases of non-affiliate representatives serving as vice chairmen of the CPPCC at the same level, as is the case in W city. This reflects the disparity in political treatment between non-affiliate representatives and leading cadres of non-CPC political parties. It also objectively leads to the generalization of the political identity of non-affiliate representatives, i.e., the identification of political identity does not guarantee the corresponding political treatment. This leads those who are selected and who have been waiting for a long time to change their minds and join the CPC or be absorbed by non-CPC political parties, to achieve relatively clear political development.

The questionnaire survey illustrates that while 70% of the respondents are willing to continue to retain their status as non-affiliates, about 15% still explicitly express their desire to join the CPC or be absorbed into non-CPC political parties, and about 15% are undecided about their future political identity plans. This reflects that a certain proportion of non-affiliates have a more diluted attitude toward their political identity, which manifests itself in the low enthusiasm of participation in relevant activities, inaccurate understanding of their identity, and mismatch between their willingness and ability to participate in politics and deliberation. The change in the mindset of non-affiliates reflects, on the one hand, misconceptions such as the belief that joining the CPC is better for personal development, or that their joining non-CPC parties is more likely to receive attention and care from the organization. On the other hand, it also reflects the reality of the lack of equality and clarity in the political development of non-affiliates in comparison to party members.

The third obstacle includes the lack of an appropriate working mechanism for non-affiliates to play their role. According to the questionnaire survey, the most prominent factors that affect the role of non-affiliates are poor channels and inadequate mechanisms. The United Front Work Department of the W city CPC committee has a division of non-CPC political parties, which is specifically responsible for the work activities of the non-CPC political parties. The work activities related to the non-affiliates used to be primarily undertaken by the division of intellectuals outside the CPC, and now the division of New Social Strata. However, intellectuals outside the CPC include both those who do not join any political party, and those who join a non-CPC political party; therefore, the work for non-affiliates is only part of the work of the division of intellectuals outside the CPC. Although most people from the new social strata are outside the Party-government system, they are not exactly non-affiliates. In other words, no specific working division dedicated to non-affiliates exists. Therefore, the platform for them to play their role is obviously weaker than that of non-CPC political parties, and they lack both the function of organizational absorption and cultivation.

With the lack of strong organizational support from the United Front Work Department, non-affiliates are in a relatively weaker position in the political arena in comparison to political parties and other social groups. The opinions and suggestions of non-affiliates are easily perceived as personal prejudices, which makes it difficult for them to achieve an effect of participation and democratic oversight similar to that of non-CPC political parties.

4 Discussion

Based on their distinctive historical formation and political opposition, the role played by non-affiliates in China's new political party system is unique. Non-affiliates have both individual and group attributes. On the one hand, non-affiliates are naturally individual. The basic manner in which they participate in political life is as individuals, not as a group. They are naturally individualistic and independent, and do not want to be "partisanized" or "organized." On the other hand, from the perspective of their growth pattern, non-affiliates have experienced the transformation from being "professional elites" to "political representatives." From ordinary intellectuals in various fields to outstanding professionals, this process primarily depends on the efforts of individuals themselves. This is also the reason why these professional elites are identified by the United Front Work Department, and recognized as non-affiliates. Non-affiliates have clear political aspirations at different instances, greater influence among the masses they associate with, and demonstrate outstanding performance and positive contributions in their respective fields. Therefore, they are also of a partisan nature in a substantial sense. The recognition of this uniqueness is a prerequisite for the stimulation of their role in political participation.

The appropriate organization of non-affiliates as a political group in some form is the first step to the promotion of their role. Standardized, serious, and authoritative criteria and procedures for the identifica-

tion of non-affiliates can enhance their self-identity and social identity, and thus promote their endogenous motivation to play their role. The United Front Work Department at all levels should conduct standardized identification and registration in a timely manner, establish a shared list that is linked up and down, and regularly update the information and data. Additionally, a hierarchical sub-unit system should be implemented for the list of non-affiliates and their representatives at various levels, and the United Front Work Department of the municipal party committee should coordinate the lists at all levels.

The intra-Party rules and policies should provide a relatively clear and complete chain of political development and growth for non-affiliates, especially the non-affiliate representatives who are politically committed, have outstanding performance, are socially visible, and have greater influence among the masses. Most of them are elites in various fields, have a certain influence, and are irreplaceable mediums for the CPC through which to contact the people. Additionally, intra-Party regulations and policies should provide clear institutional guarantees for political participation by non-affiliates. On the basis of the top-level design, local CPC committees should strengthen the formulation and introduction of targeted and operational implementation rules and opinions, in order to ensure that non-affiliates are treated on an equal footing with non-CPC political parties in the political participation.

The leading role of the United Front Work Departments at all levels should be fully stimulated to establish a regular working mechanism for non-affiliates, should incorporate the work related to non-affiliates into the overall planning of the grant united front work, and include it in the management of target responsibilities. It should be done to establish a special contact and information collection system for non-affiliates, and the staff of the United Front Work Department should contact non-affiliates regularly, as well as establish and improve the comprehensive evaluation system for the performance of duties and so forth.

With regard to the various platforms, at present, the diversified functions of the various associations such as New Social Stratum Association, the Intellectuals outside the CPC Association, and the Associations of European and American Alumni should be further stimulated; this would highlight the political leadership function of affiliated organizations, expand their think-tank function, and explore the political participation channels of affiliated organizations. Additionally, the CPPCC is an important platform for non-affiliates to play their role as a political group. Further attention should be paid to the role and effect of the participation of non-affiliates in the plenary sessions, consultation meetings, inspections, and proposals of the CPPCC. This would ensure a certain proportion of the sector of non-affiliates of the CPPCC, strengthen the degree of organization and standardization of the sector of non-affiliates, fortify the system of sector conveners, and aid the conduction of multiform and multi-level sector activities.

Although national laws, intra-Party regulations, and relevant policies have repeatedly confirmed the political status of non-affiliates as participants in the new party system, the role of political participation often requires a certain political identity and institutional mechanisms and platforms to guarantee participation effectiveness. Unlike the evaluation of the role of non-affiliates and non-CPC political parties as a whole, a city-based examination of the specific role of non-affiliates in political participation can more precisely identify extant problems and obstacles. Unlike political parties and social groups, non-affiliates cannot participate in politics as a formal organized group; thus, it begs the question of how to guarantee their political identity, enthusiasm for political participation, and the actual effect of performing their duties as “individual” non-affiliates. The case study also supported this by showing that the key issue that restricts the role of non-affiliates is promoting their role in an organized form without the establishment of formal political organizations.

Conflicts of Interest: The author declares no conflict of interest.

References

- BINGQUN, He *et al.* The mechanism of promoting the role of non-affiliates as a political group. *Journal of Socialist College*, n. 4, p. 27-31, 2012.
- CHINA'S New Party System. China Central Government Portal. 25 jun. 2021. Available at: http://www.gov.cn/zhengce/2021-06/25/content_5620794.htm.
- CHONGJI, Jin. *Compendium of Chinese History of the Twentieth Century*: revised edition. [S. l.]: SDX Joint Publishing Company, 2021. v. 2.
- DEPARTMENT OF THE UNITED FRONT WORK OF THE CPC CENTRAL COMMITTEE & LITERATURE RESEARCH OFFICE OF THE CPC. Central Committee. *Selected Work of Zhou Enlai on the United Front Work of the CPC*. 1984.
- DEZHONG, Jia. The Partisanship of Non-Affiliates in Light of the Characteristics of Modern Political Parties. *Contemporary World and Socialism*, n. 3, p. 128-131, 2009.
- FAN, Nanxi *et al.* On the supporting mechanism in promoting the role of members of non-CPC political parties and non-affiliates. *Journal of Guangzhou Institute of Socialism*, n. 2, p. 26-30, 2022.
- FORMULATION of the "Opinions of the Central Committee of the Communist Party of China on Adhering to and Improving the Multi-party Cooperation and Political Consultative System Under the Leadership of the Communist Party of China". *News of Communist Party of China*, 1989. Available at: <https://cpc.people.com.cn/GB/64107/65708/65722/4444523.html>.
- FUNG, Edmund S. K. *In search of chinese democracy*. Jiangsu People's Publishing House, Cambridge University Press, 2011.
- GROOT, Gerry. *Managing transitions: the Chinese Communist Party, United Front work, corporatism and hegemony*. [S. l.]: Routledge, 2004.
- HONGMEI, Li; YANGDONG, Liu. The birth of the people's political consultative conference: next volume. *China Literature and History Press*, p. 467-472, sept. 2019.
- JEANS, Roger B. (ed.). *Roads not taken: the struggle of opposition parties in twentieth-century China*. [S. l.]: Westview Press, 1992.
- JUNFENG, Hu. *On non-party personage's main historical contribution*. 2008. Thesis (M. S. Degree) - Central China Normal University, Wuhan, China, 2008.
- KATZ, Richard S.; CROTTY, William (ed.). *Handbook of party politics*. [S. l.]: SAGE Publications, 2006.
- LOOKING at the development of the united front cause in the new era from the change of appellation of people without party affiliation. *CPPCC*, 31 may 2018. Available at: <http://www.cppcc.gov.cn/zxww/2018/05/31/ARTI1527731993875467.shtml>.
- LUO, Feng. The advantages and the function of new type of party system in perspective of CCPCC. *Marxism & Reality*, n. 1, p. 177-184, 2020.
- MINGJIANG, Ai. Embedded logic: a new type of party system and China's National Governance. *Theory and Reform*, n. 05, p. 36-49, 2019.
- NAN, Wu. *Studies of work of non-party personages in colleges and universities of Liaoning province*. 2018. Thesis (M. S. Degree) - Northeastern University, Boston, United States, 2018.

OPINIONS on Strengthening the Construction of Non-Party Representatives in the New Situation Issuing. *China Central Government Portal*, 23 feb. 2012. Available at: http://www.gov.cn/jrzg/2012-02/23/content_2075139.htm.

RUI, Zhou; DAOQUAN, Xu. On the role of non-affiliates as a political group. *Journal of Chongqing Institute of Socialism*, n. 1, p. 41-45, 2013.

SEYMOUR, James D. *China's Satellite Parties*. Armonk, NY: M.E. Sharpe, Inc., 1978.

SHUZHEN, Zhou. On the unique advantages of China's new-type system of political parties. *People's Forum*, n. 07, p. 6-13, 2018.

SONG, Jian. Some reflections on non-affiliates and their political participation. *Journal of Chongqing Institute of Socialism*, n. 1, p. 39-42, 2011.

THE CENTRAL Committee of the Communist Party of China issued the opinion on consolidating and strengthening the united front in the new century and new stage. *China Central Government Portal*, 28 nov. 2006. Available at: http://www.gov.cn/jrzg/2006-11/28/content_455832.htm.

THE CENTRAL Committee of the Communist Party of China issued the "Regulations on the Work of the United Front of the Communist Party of China (Trial)". *China Central Government Portal*, 22 sept. 2015. Available at: http://www.gov.cn/zhengce/2015-09/22/content_2937054.htm.

THE CENTRAL Committee of the Communist Party of China issued the "Regulations on the Work of the United Front of the Communist Party of China". *People.cn*, 25 jan. 2021. Available at: <http://politics.people.com.cn/n1/2021/0105/c1001-31990053.html>.

THE CENTRAL Committee of the Communist Party of China issued the "Regulations on the Political Consultation Work of the Communist Party of China". *China Central Government Portal*, 20 jun. 2022. Available at: http://www.gov.cn/zhengce/2022-06/20/content_5696832.htm.

THE CENTRAL Committee of the Communist Party of China promulgated opinions on strengthening multi-party cooperation and political consultation system construction. *China News*, 20 mar. 2005. Available at: <https://www.chinanews.com.cn/news/2005/2005-03-20/26/552758.shtml>.

TIANGE, Liu. The non-affiliates in China's United Front. *Journal of Sichuan Institute of Socialism*, n. 3, p. 26-27, 2003.

TIANZHU, Huang. Characteristics of China's new type of party system in perspective of non-CPC political parties. *Journal of the Central Institute of Socialism*, n. 05, p. 10-17, 2018.

TONG, Zhao. *The research on the system of the group process of the independents*. 2013. Thesis (M. S. Degree) - Hebei University, Hebei, Baoding, China, 2013.

VAN SLYKE, Lyman P. *Enemies and friends: the United Front in chinese communist history*. Stanford: Stanford University Press, 1992.

WEIJIA, Su. *Research on the role and mechanism of nonparty personages in universities*. 2018. Thesis (M. S. Degree) - Lanzhou University, Lanzhou, Gansu Province, China, 2018.

XI STRESSES unity of Chinese at home, abroad to pool strength for rejuvenation. *CCTV*, 31 jul. 2022. Available at: <https://english.cctv.com/2022/07/31/ARTIPkqtO4VkujWcSVOPCVCO220731.shtml>.

XIANSHENG, Zhang. The beginning of the cooperation between the CPC and non-CPC political parties. *Journal of United Front Science*, n. 4, p. 73-82, 2022.

YUAN, Si. The characteristics and function of non-affiliates as a political group. *China's United Front*, n. 1, p. 37-38, 2014.

- YUHUAN, Wang; RUIQING, Wang. The recognition of deliberative democracy of the members of non-CPC political parties and non-affiliates. *Journal for Party and Administrative Cadres*, n. 3, p. 24-31, 2022.
- ZEDONG, Mao. Introducing the communist: 1939. In: ZEDONG, Mao. *Selected works of Mao Tse-Tung*. Peking: Foreign Languages Press, 1967. v. 2.
- ZEDONG, Mao. Speech at the assembly of representatives of the Shensi-Kansu-Ningsia border: 1941. In: ZEDONG, Mao. *Selected works of Mao Tse-Tung*. Peking: Foreign Languages Press, 1967. v. 3.
- ZHEN, Xing. *Studies on relationship of democratic parties and non-party personage and local society of Jiaonan city of Shandong province in new period*. 2008. Thesis (M. S. Degree) - Huazhong Normal University, Wuhan, China, 2008.
- ZHENGXUN, Yang. *On the nonparty personage of our country*. 2016. Thesis (M. S. Degree) - China Youth University of Political Studies, Beijing, China, 2016.
- ZHUYUN, Chen; QICHENG, Chen. *Selected materials on the history of China's non-CPC political parties*. Shang: East China Normal University Press, 1985.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) features the letters 'CEUB' in a bold, white, sans-serif font. The letter 'B' is stylized with a vertical line through its center, resembling a Greek letter beta.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image shows a large, white, seated female statue in the foreground, holding a scroll. In the background, there is a modern building with a glass facade and a tall, white, rectangular tower. The sky is blue with some clouds. The entire cover has a dark red background with a subtle, repeating pattern of stylized floral or scrollwork motifs.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**The chinese 'sharp eyes' system
in the era of hyper surveillance:**
between state use and risks to
privacy

**O sistema chinês 'sharp eyes' na
era da hipervigilância:** entre o uso
estatal e os riscos à privacidade

Mateus de Oliveira Fornasier

Gustavo Silveira Borges

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023
**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

The chinese 'sharp eyes' system in the era of hyper surveillance: between state use and risks to privacy*

O sistema chinês 'sharp eyes' na era da hipervigilância: entre o uso estatal e os riscos à privacidade

Mateus de Oliveira Fornasier**

Gustavo Silveira Borges***

Abstract

This article studies contemporary digital hyper surveillance and the ways through which citizens' sensitive data are collected and analyzed for different purposes, contextualizing it in the sharp eyes system, originated in China. As a hypothesis, it is assumed that society is mediated by networked information and communication technologies (ICTs). However, within such a digital life data is collected about users, which can serve various purposes (sometimes beneficial, other times harmful to fundamental rights, especially about privacy). With this, a data-based surveillance society is configured, in which the ways of obtaining data are complex and based on the growing and increasingly elaborate use of algorithms, with risks that are not always known by users when granting online permissions. Specific objectives: i) to describe technological forms of surveillance based on personal and behavioral data generated in individuals' online communications; ii) to understand how States and private organizations use electronic data surveillance; iii) to comprehend the use of a high-tech surveillance system by the Chinese State, the Sharp Eyes system. Results: i) the current society is interconnected through ICTs that satisfy the needs of individuals, but they do not understand the complexity of the online permissions they grant, nor the destination of their personal data; ii) public and private organizations and institutions use surveillance in the most varied ways, and algorithms are used to obtain, organize and access such data, but this can jeopardize several values associated with fundamental rights — but the sensitive design to these values, whose binding force must be established through public policies nationally and internationally, can mitigate or even solve the problems associated with such risks; iii) the Sharp Eyes program, which aims to inspect 100% of public space and transform people, residents, into agents of China's surveillance networks, serves to reflect on the (hyper)risks that can be seen impacting fundamental rights related to privacy. Methodology: hypothetical-deductive procedure method, with a qualitative approach and bibliographic review research technique.

Keywords: privacy; surveillance; sharp eyes.

* Recebido em 02/09/2021
Aprovado em 23/09/2022

** Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com pós-doutorado pela University of Westminster (Reino Unido). E-mail: mateus.fornasier@unijui.edu.br.

*** Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com Pós-Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) com bolsa de pesquisa PNPd/CAPES. E-mail: gustavoborges@hotmail.com.

Resumo

Este artigo estuda a hipervigilância digital contemporânea e a forma pela qual os dados sensíveis dos cidadãos são recolhidos e analisados para diferentes propósitos, contextualizando-o no sistema *sharp eyes*, proveniente da China. Como hipótese, tem-se que a sociedade é mediada por tecnologias de informação e comunicação (TICs) em rede. No entanto, dentro de tal vida digital são coletados dados sobre os usuários, que podem servir a vários propósitos (às vezes benéfico, outras vezes, lesivos aos direitos fundamentais, principalmente sobre a privacidade). Com isso, configura-se uma sociedade de vigilância baseada em dados, na qual as formas de obtenção dos dados são complexas e baseadas no uso crescente e cada vez mais elaborado de algoritmos, com riscos que nem sempre são conhecidos pelos usuários ao conceder permissões online. Objetivos específicos: i) descrever formas tecnológicas de vigilância a partir de dados pessoais e comportamentais gerados nas comunicações online dos indivíduos; ii) entender como Estados e organizações privadas se utilizam da vigilância de dados eletrônicos; iii) compreender o uso de um sistema de alta tecnologia de vigilância por parte do Estado Chinês, o sistema *Sharp Eyes*. Resultados: i) a atual sociedade está interligada mediante TICs que satisfazem necessidades dos indivíduos, mas estes não entendem a complexidade das permissões online que concedem, nem o destino de seus dados pessoais; ii) organizações e instituições públicas e privadas valem-se da vigilância das mais variadas formas, e algoritmos são utilizados para obtenção, organização e acesso a tais dados, mas isso pode colocar em risco vários valores associados a direitos fundamentais — mas o design sensível a esses valores, cuja obrigatoriedade deve ser estabelecida mediante políticas públicas nacional e internacionalmente, pode mitigar ou até mesmo resolver os problemas associados a tais riscos; iii) o programa Sharp Eyes, que visa inspecionar 100% do espaço público e transformar pessoas, moradores, em agentes das redes de vigilância da China, serve para refletir sobre os (hiper)riscos que podem ser visto impactando direitos fundamentais relacionados à privacidade. Metodologia: método de procedimento hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: privacidade; vigilância; *sharp eyes*.

1 Introduction

The classification of current society as being a digital one is frequent due to the ubiquitous mediation of new information and communication technologies (ICTs) in social, economic and knowledge production/dissemination relations, which makes ICTs to be used, too, in new forms of surveillance (LUPTON, 2015, p. 2-189). Such technologies, moreover, have been playing a fundamental role in the globalization process as a phenomenon characterized by the wide circulation of people, ideas and habits — and which, although it has not historically started with technologies, has developed at high speed through them (DE MUL, 2015, p. 106).

In English, the term surveillance is derived from the French verb *surveiller*, which, in turn, is related to the Latin term *vigilare*. Such a word is linked to verbs such as “to look”, “to observe”, “to supervise”, “to control”, “to inspect”, “to monitor”, “to keep” or even “to follow” (MARX, 2015, p. 735-737). Many of the examples to understand contemporary ways of obtaining information are based on cognitive skills using technological artifacts such as software and automated processes. However, such technical means can also involve sophisticated forms of manipulation with seduction, coercion, deception, unambiguous information and other special forms of observation. Surveillance has thus become more elusive over time, and may be seen as more difficult to defeat than before, after all many forms are so ubiquitous that they are generally assumed to be omnipotent.

Surveillance can succinctly take place on human routine, on the unconscious “autopilot” and, often, even on the biological instinct of sensory receptors ready to receive information from anyone who is territorially close (MARX, 2016, p. 16). These notions allow one to distinguish two forms of surveillance, at least: a traditional one and a new one. Traditional surveillance relies on unattended senses, and is characteristic of pre-industrial societies. With the development of numerical and written languages, as well as the evolution of distinct forms of social organization involving larger political entities, more complex and systematic forms of surveillance emerged, based on counting, recording, interrogation, information, infiltration, confessions and the expanded use of tests (MARX, 2016, p. 17). With the emergence of the industrial society, new surveillance and communication tools emerged, which improved the senses and cognition.

Visual content is generally an element of surveillance, even when it is not the initial means of data collection, and the new surveillance can be defined as scrutiny of individuals, groups and contexts through the use of technological means to extract, infer or create information (MARX, 2016, p. 19-20). Examples of it can be found in computer profiles, which have large data sets, video cameras, data about genomic analysis, geo-positioning (GPS), electronic monitoring, pharmacological tests and monitoring made possible by social media and cell phones. The new surveillance is, therefore, more intensive and extensive, expanding the meanings, reducing operating costs, reaching more remote locations and relying predominantly on aggregating data and big data. Thus, there is less visibility of their operations, which directly involve the involuntary compliance of the individual (MARX, 2015, p. 735-736).

The new surveillance (omni)present nowadays is the scrutiny of individuals and groups, through the use of highly sophisticated technological means, which are capable of extracting information unprecedentedly. In this sense, the use of technical means to extract and create information implies the ability to go beyond what is naturally offered to the senses and minds or what is voluntarily reported. The big data industry establishes a system in society, a system in which the world and life are transformed or mediated by data, and this fact constitutes a fundamental paradigm shift (BERALDO; MILAN, 2019, p. 01). The nature of databases is inherent to any software, which basically performs data programming that can be divided into four operations (DE MUL, 2015, p. 106): adding, searching, transforming and destroying data (which can be sorted by insert, select, update and delete options). Together, these commands constitute the dynamics of database ontology.

In that sense, studying the interfaces between technology, (hyper)surveillance activities and fundamental rights (especially with regard to security and privacy) has great social relevance — and for Social Sciences in general as well — as it contributes to the unveiling of a transformation perhaps still little explored in capitalism today, based on knowledge of the behavior of internet users against their moral decision-making capacity and their privacy — as it is not up to the individual to choose whether to share such data or not, they concern facets of their way of being that go beyond the conscious, penetrating even into the realm of desires and personal unnoticed attitudes. Legally, such a study is relevant because it is focused on forms of social communication and economic generation that challenge constitutionally established norms in every democracy: respect for private life and contractual adherence. Every social network, application and/or website that captures data exposes its intentions in electronic adhesion contracts that are so long and complex that it becomes impossible, in a normal daily life, to have enough time and knowledge to understand such obligations. All that scenario threatens rights, and it is aggravated by the fact that technological tools are increasingly more necessary for the realization of life in society, economic/labor activities, entertainment, etc.

On the Chinese case, it is known that the issue of data is also relevant for that country as their big data industry market was valued around US\$ 2.5 billion in 2016 (LIANG *et al.*, 2018). On this issue, their government launched the Sharp Eyes program intending to connect public and private security cameras and integrate them into a national surveillance platform as well, including a facial recognition system enabled by AI to identify any citizen in order to promote greater protection (PANÍC, 2018). However, the issue of data

produced within that program crosses issues related to personal privacy and information security (LIANG *et al.*, 2018).

The main hypothesis of this research is that our society is mediated by (and, why not say, to a large extent, dependent on) networked information and communication technologies (ICTs): economic activities in general (supply of products, services, relationships of work and employment, etc.), education (and obtaining knowledge in general), interpersonal relationships, democratic procedures, conflict resolution... In short, practically everything that concerns life in society finds its virtual/digital correlate. However, within such a digital life — which, very significantly, reflects the personal behavior and sensitive data of users — data is collected about users, which can serve several purposes: sometimes beneficial to the users' interests; other times, harmful to their fundamental rights, especially with regard to their private lives. This sets up a scenario where a new form of surveillance gains space in society: surveillance based on data. Furthermore, the way to obtain data is complex, and is based on the growing and increasingly elaborate use of algorithms capable of collecting and organizing it — and the risks are not always known by users when granting online permissions when using applications or electronic devices.

In this sense, the general objective of this article, elaborated with case study method of procedure, qualitative approach, and literature review research technique, is to study contemporary digital surveillance, and how sensitive user data are collected and analyzed for different purposes. To achieve such a general objective, the article was divided into two sections. The first of them deals with the description of technological forms of surveillance based on personal and behavioral data generated in individuals' online communications. The second one, by its turn, seeks to understand how States and private organizations use electronic data surveillance. Finally, the third part studies the case of the “Sharp Eyes” Chinese surveillance system, which was highly developed in that social context, representing a serious threat to what is understood as the right to privacy.

2 Digital technologies and surveillance

The dynamics of databases is not necessarily digital: old telephone directories and printed indexes of the most varied natures are also ways of gathering, grouping and organizing data. However, digital databases are much more flexible, and easier to add information or delete it. In these media, data becomes increasingly essential for the repertoire of surveillance actions, through which several political disputes occur currently. Transforming data into data activism is a complex topic, in which data is defined based on their function or usefulness in people's lives; and the emphasis is on human/political destination, and not necessarily about its size (BERALDO; MILAN, 2019, p. 4). Currently, what is perceived is a sophistication in the ways of analyzing and operationalizing data so that they are used for specific purposes; in the same context, the technologies that collect data are capable of offering services to protect data and users (COWLS, 2018, p. 145).

Petzold (2015, p. 158) establishes notions about human algorithms, and how they are structured in “scaffolding”. Such a metaphor is attributed to the fact that scaffolding suggests something that is constantly linked to ideas of combination, adaptation and replacement — since scaffolding is used to build something, generally. Thus, the fundamental tools for the progress of these social structures are the changes brought about by technological evolution. With data automation through the dependence of algorithms, it is possible to understand that there is a combination of elements that can serve different systems and applications that can later be recombined in different possible ways in the virtual environment.

De Mul (2015, p. 107-108), on the other hand, considers that what preponderantly differentiates Web 1.0 from 2.0 is not its social characteristic — after all, the first virtual applications already had possibilities for online interpersonal conversation — but rather, the presence of software capable of generating pages

through database entries where each fragment is ready to be reassembled again, allowing numerous re-combinations and nested corrections; that is, Web 2.0 is based on data, not on pages. From these findings it is possible to understand that Web 2.0 operates through software processing rather than rendering files. Furthermore, in the era of big data, these databases are increasingly connected to each other and with connected data streams such as Google searches, social media interactions (Twitter, Facebook, Instagram, LinkedIn, Reddit, etc.) and online commerce. These big data-derived connections are tracked and used for real-time data mining and user profile configuration purposes by private and public organizations. From this same logic it can be inferred that, due to data from production processes, money transfers, GPS devices, surveillance cameras, biometric measurements and the use of smartphones and other locatable devices, a huge global database is being formed, and it will transform ways of life, work and thinking.

Such a scenario somehow includes numerous risk factors of the asymmetric infrastructure for data collection, a systematic distortion in data analysis and discriminatory ways in which the insights of algorithmic systems are deployed (COWLS, 2018, p. 145). Human language itself can be observed as a system of complex codes and, after all, it allows the continuity of productivity, which in its turn is equipped with technologies. Human algorithms also refer to impulses caused by current linguistic diversity, whose relationship with artificial languages is highly complex (PETZOLD, 2015, p. 160-162).

Language in the digital and technological context, as well as its translations, are capable of multiplying meanings, and also play significant roles in terms of the increase in the number of social networks available. However, there are several risks in this area, such as the delivery of unexpected results or economic uncertainties (PETZOLD, 2015, p. 166). The impact of databases is vast as well, since it is not limited only to the universe of computing, since they evoke acts in the material world. Examples of this are the biotechnological databases used for genetic engineering purposes, implementations in industrial robots and the profile detection system at airports, with the objective of identifying possible terrorists (DE MUL, 2015, p. 107). In theory, everything that can be identified through data becomes a control object of such databases.

Between human and computational power, such processes sometimes allow for an extension of the fundamentals of diversity, literally to new heights; but sometimes it triggers reverse effects (PETZOLD, 2015, p. 168). Digital media have resulted in new forms of participatory surveillance, as many websites and social networks offer users the opportunity to upload images, videos, files and textual information about themselves and others around them, for third parties to have access. The purpose of such platforms is in fact to keep such a content under the scrutiny of other people, thus fulfilling the desire to be seen, self-promotion and the sharing of information and observations about the other (LUPTON, 2015, p. 177).

Celebrities, politicians, and other public figures, are subject to constant monitoring (whether in public or private life), and the great facilitators of such an exhibition are not just the paparazzi — after all, anyone with a mobile device can instantaneously broadcast footage alive. In these cases, it is clear that there is an incidence of participatory synopticons linked to surveillance and its ways of operating. Human identity consists of several heterogeneous elements that often conflict with each other, and one express oneself in everyday interactions, through clothing, routines, and “likes”, and this denotes the construction of the individual’s “self-image” (DE MUL, 2015, p. 99-100).

All those who are currently users of social media can engage in self-surveillance practices (LUPTON, 2015, p. 178-179) — after all, they are able to manage the content they are going to publish and thus, consequently, to present a certain type of desired identity. Individuals in general can exert a high degree of relevance in social media in terms of the viewer’s gaze; great profiles with many followers, celebrities, and even world leaders, have control over the content they generate and disseminate on social networks; however, in contrast, they place themselves as objects of other people’s gaze, being targets of intense scrutiny derived from the notions of surveillance and synoptic observation.

When one works with the theme of technology and what emerged from it, given its wide scope for destinations, it may primarily seem that technology is not compatible with human empathy — which is considered a very human skill, and indeed there is no denying that computers are considered a true antithesis of empathic thinking, and this is capable of being reflected in our language (CRAIG; SEILER, 2016, p. 57).

When a person lacks empathy, he/she is usually described as a “robot” or “machine”, cold and calculating, after all empathy is part of what seems to be the concept of being human. On the other hand, an emotional computer may also be seen as an undesired thing, as it is known that computers are able to process data faster and perform calculations based on information for humans. Thus, human apprehension about computers capable of emulating the greatest human abilities may be considered a natural fact, so that they do not exceed our position of authority. Currently, self-tracking cultures have emerged in a sociocultural context, in which various reasons, discourses and technological practices that are converging with each other are based. In a way, this includes complex concepts such as self-knowledge, self-awareness and self-entrepreneurship (LUPTON, 2016, p. 113). Thus, a social and political environment is established in which the ability of digital technologies to monitor a growing variety of aspects of the human body, behaviors, habits and environments is disseminated in virtual environments through new surveillance technologies, which in turn are diversified.

Applications on mobile phones have been available on the market for over a decade already, and classically were presented by Apple in 2008 through its online store (App Store) and soon this feat was followed by Google’s app store (the Google Play). Today, each of these online stores offers millions of apps of the most diverse genres, with a wide variety of purposes and functions, and among them, health-related apps comprise a widely searched key category (LUPTON, 2019, p. 2). In that sense, children become increasingly data-powered through technologies such as mobile media, social media platforms and educational software, and data generated by these technologies is often used for surveillance or for monitoring and evaluating such technologies of those young people, by themselves or by others, which may include recording and evaluating details about appearance, growth, development, health, social relationships, mood, behavior, educational standards and assessments, among others (LUPTON; WILLIAMSON, 2017, p. 781).

For many users of such technologies, it is evident that biographical, embodied, interpersonal and situational elements of their lives provide a basis for the desire to closely monitor their behavioral aspects and the motivation to continue. Thus, it was evident for Lupton (2019, p. 7) in her field research that people who use automatic tracking practices are imbued with emotion, after all the pleasure and satisfaction resulting from these practices are essential to continue with them as part of their daily routines. In that same research, it was clear that such applications operate as ways for the agent to “feel more in control” and to better deal with risks, anxieties and fears and uncertainties about their future.

There are countless “smart” devices able to help the individuals to self-monitor in their daily lives; cars are currently able to monitor driving habits and drowsiness, alerting drivers, for example, if they are at risk of falling asleep at the wheel. Specific mattresses already monitor sleep patterns and body temperature; chairs can detect physical movement and “smart” shoes and clothing can record activities and other physical data (LUPTON, 2016, p. 105).

Moreover, “smart” residences already use sensors to monitor their users’ movements, and “smart meters” track household energy use. In fact, the term “smart cities” is often used to define data captured by smart objects located in public spaces and used for personal reasons in private areas; while “smart schools” use predictive learning analytics to profile data on individual students in many European countries to achieve certain educational purposes. With these points highlighted, it is evident that digital technologies as a whole are in growing expansion and are part of the daily routine of millions of people, even if they are not aware of it (LUPTON, 2015, p. 188). Such technologies are intimately linked to the social construction of the individual and their other relationships, whether they are loving, professional, family, with space and even with the environment.

3 On the use of data for surveillance by States

The use of data from government, security, commercial and even criminal agencies — so that such information obtained by automatic tracking can be mobilized for their own purposes — are classic examples of monitoring, which arrive in the hands of the private initiative or even ordinary individuals with the advent of new forms of screening, with only one smartphone in the hands (LUPTON, 2016, p. 114). Surveillance as such is not ontologically good or bad: context and behavior characterize it in one way or another (MARX, 2015, p. 734), and the same can be said to the concept of privacy. Context refers to the type of institution, organization, and its objectives, rules and expectations; and behavior refers to the type of behavior that expected — whether based on the law or in less formal cultural expectations.

Differences in surveillance contexts involving coercion (government), assistance (parents and children), contracts (work and consumption) and accessible and free personal data (personal and private in public) need to be considered — after all, surveillance is about a generic process which is typical of living systems with information borders, not only something restricted to governments, espionage or secrecy. And so, surveillance and privacy are not always opposed, being that the second one can be a means of ensuring the first. Despite the media attention to problems associated with inadequate surveillance (mainly by government) is present, there are also problems associated with failure to use surveillance when appropriate (MARX, 2015, p. 734).

There is much potential for vigilance by algorithms to undermine human values considered important for both end users and data holders (HAYES; VAN DE POEL; STEEN, 2020), such as privacy. And adverse privacy implications represent problems to be addressed during design, implementation and deployment and are not insurmountable challenges. This demonstrates the importance of values sensitive design (VSD) and incorporation of values within the design process. The challenge of designing algorithms that maximize their contribution to human evolution in the context of justice and safety without causing damage should not be lightly faced, but rewards are potentially large. Lives and properties can be protected if the design, implementation and deployment of algorithms is executed effectively and ethically. These challenges will not always be possible to be solved with mathematical solutions, as some problems require philosophical deliberation.

Studies on surveillance has had significantly increased attention through scholars after 9/11, although they have been through significant research interests since the 1950s at least; and has happened because of the greatest awareness of human rights and abuses caused by colonialism, fascism and communism as well as antidemocratic behavior even in democratic societies (MARX, 2015, p. 734-735). It should be noted that surveillance, particularly because of its íntimos involvement with States and their organizations, plays a significant role in private social. And its applications happen in different circumstances, and in this systematics it is necessary to understand that such a concept is propagated through different forms of power.

Control and domination are typical central goals for human surveillance with regard to protection or entertainment, and the authorities concerning to that logic and their power relations are intimately related to the ability of agents to collect and use data — after all, access and use of information are propior elements of democratic societies (MARX, 2015, p. 735-736). Scanned automatic tracking technologies promote a data surveillance culture (LUPTON, 2016, p. 102-103), and so, a distinction must be distinguished between the type of data surveillance realized for self-tracking and other forms of surveillance that use monitoring technologies. For example, several data surveillance activities monitor people in ways they do not know, such as cameras of closed internal television circuit, monitoring through people's movement sensors in public spaces, surveillance done national security agencies and even policing organs that use commercial data from Internet companies.

The potential of Big Data grows daily and, because of that, such a technology may now be used to map gangs in the US, due to past (and present) terrorist mapping (FERGUSON, 2017). Large-scale DNA databases, iris exams, photographs and several forms of biometrics can now exponentially capture more personal data. All these development techniques encouraged interest in Big Data policing. Although the underlying goal of collecting, cataloging and using data on criminal agents is as old as policing, new technological tools make this work increasingly easy and efficient. In turn, police and public administrators are increasingly interested in the possibilities of hi-tech surveillance, and this belief has generated enthusiasm, innovation and faith in data-oriented ways of future. Each of these factors increases the argument that data-oriented policing can help turn the page at a time of crisis in law enforcement. For police chiefs, Big Data policing offers an escape, a talk point to change the conversation from the past to the future. For the community, Big Data offers a more objective way to solve the very human problem of biased policing. For the media, it offers numerous news worthy of tinnitus on the futuristic policing analog to those in *Minority Report*. And for technologists, it offers a new world of opportunities and innovation.

The use of cybernetic technology generally implies an exchange, as well as the export of technology to several other countries. Thus, cybernetic surveillance technologies may be used in such a way that compromises human rights, especially the right to privacy and freedom of expression (KANETAKE, 2019a, p. 16). Cybernetic technology exportation may bring benefits or malefits, as intended for specific countries. A good example of that is the export of computers used to intercept private online communications. Such an artifact may serve the State, and thus police agencies are able to detect fraudulent transactions, and thus, to prevent organized crime. However, on the other hand, this same computer can also be used to suppress freedom of expression and the right of privacy of the intercepted ones (KANETAKE, 2019a, p. 2).

There are already several international guidelines, including UN guiding principles for business and human rights, which are expected to take account of human rights and carry out due diligence in human rights. Proposals about duty-based data export control have established an environment where various social sectors and stakeholders may dialogue about to what extent human rights can be accommodated in the export of control practices (KANETAKE, 2019a, p. 16).

Soon after the Arab Spring, the political climate in the European Union (EU) has led to legislative reforms with regard to better human rights risk management of ICT exports. In 2015 the European Parliament repeatedly denounced the need to regulate the export of human rights-sensitive cyber technology, and the proposal regulates the cross-border transfer of items that meet “civil and military purposes.” Within the EU, the export of double-use items was governed by the Council Regulation, 428/2009, of May 5, 2009, which is an integral part of the Common Committee of the European Union (KANETAKE, 2019b, p. 156).

In response to the Appeal of the European Parliament, the European Commission submitted, in September 2016, the proposal to reformulate the current dual-use regulation of the European Union. In short, the Commission proposal places human rights as one of the fundamental pillars of the dual use and control of data export. Its biggest hindrance, however, is in the fact that export control has basically developed to cushion military risks, especially in regard to what involves the proliferation of chemical, biological and nuclear weapons.

Legal instruments for data protection and user privacy are thought by legislators around the world, and they must enable individuals to have a legally supported solution for each violation of their right to privacy. Among these, it is still discussed the following problematic: to include or not a right to be forgotten in such a role; more specifically, the convenience of granting a right to oblivion, independently of any infringement of informational identity, thus giving individuals a prerogative to erase the traits of their past in order to prevent others from accessing it and knowing it (DURANTE; PAGALLO, 2014, p. 28).

4 'Sharp Eyes,' the (hyper)surveillance system in the Chinese context

In 2005, the Chinese government launched the *skynet* project to address urban public security needs by installing video surveillance equipment in public places such as traffic lanes and security checkpoints (WANG, 2021). Currently, China already has more than 200 million surveillance cameras spread across its territory. Since 2015, that surveillance system has had 100% coverage in Beijing (CUSTES, 2015), Shanghai and Guangzhou (WANG, 2021). Surveillance cameras detect and recognize pedestrians in real time, also identifying their age, gender and clothes. Technology can also identify vehicles. In addition, the system shows the matching level of an individual's image with personal information specified in the database in real-time. This tracking and recognition technology helps police officers find criminals (CHINA DAILY, 2017). The government project's slogan has become "20 million cameras protecting you, leaving criminals nowhere to hide" (WANG, 2021). The result is a decrease in the crime rate of 42.7% between 2012 and 2016 for eight types of crimes, including drug trafficking, theft and intentional bodily harm in China (YU, 2017). But this surveillance system is concentrated in large urban spaces, where funding and population density facilitate centralized surveillance (GERSHGORN, 2021).

Chinese Government started the implementation of a surveillance camera system with facial recognition in 2010, but it has been since from 2015 that the Sharp Eyes Project has been developed by the National Development and Reform Commission (QIANG, 2019). Its main objective is to implement ubiquitous surveillance in the country (ROLLET, 2018) — noting that, as of 2017, China already had 176 million cameras installed on its streets as part of the Skynet project (QIANG, 2019).

The term sharp is used in order to refer to the authoritarian implement as opposed to the so-called soft power. Its main characteristic is the acute/pervasive power of authoritarian regimes through manipulation techniques (WALKER; LUDWIG, 2017). Other researchers claim that the term refers to the phrase "people have penetrating eyes" by Mao Tse-Tung (GERSHGORN, 2021).

The novelty about the program was represented by advances in the learning algorithms for facial and vocal recognition — from which the code would be able to determine the sex of people in the frame of real-time monitoring cameras, in addition to recognizing characteristics of their clothes and vehicles, and the number of people in a given location (QIANG, 2019). In 2012, a public-private partnership project between the Chinese government of Anhui and the iFlytek company collected around 70,000 voice samples for tests carried out in 2017. The tests resulted in automatic detection of voices through individual phones and, according to Chinese government reports, they will be used for stability and counterterrorism purposes (HINCKS, 2017).

Despite the advances in technological preparation, only in 2015 the Chinese government started implementing Sharp Eyes (Xueliang) Project, as part of the 13th five-year plan for 2016-2020 (GERSHGORN, 2021). In order to be implemented, the selected location is divided into grids for organizational delimitation purposes; the place is then flooded by surveillance cameras made publicly available through the WeChat application to residents within pre-established boundaries so that a kind of self-surveillance and local monitoring is carried out.

To better illustrate, a Chinese article describes the implementation of the Sharp Eyes project in Pingyi County, popularly known as an unsafe area, that presented high crime rates, extreme poverty and lack of public safety: with the advent of the Xueliang project its about 1 million residents (and only 321 police officers) described enthusiastically their experiences about the opportunity to watch over their neighbors. One of the villagers reported that he noticed a manhole cover collapse; another noticed and denounced a suspicious marketing group meeting in a local building, among others (SHUJIN, 2016).

According to the Chinese government, in 2015, avoidable public safety cases in that city dropped by 48%, and people's satisfaction with the public safety environment greatly increased. The project is sup-

ported by surveillance cameras throughout the city, but instead of presenting only police and automated facial recognition algorithms monitoring, residents also have access through special TVs installed in their homes and smartphones, and when they see something suspicious, they should press a button to call the police. However, what is reported to the police by the Sharp Eyes program is not limited only to crime. The principle is to divide the city or town into a grid, and each square in the grid acts as its own administrative unit. However, depending on the needs of the city, the project may work differently, in adaptive manners (GERSHGORN, 2021).

In that intense scenario of surveillance and data collection, individuals are more exposed to violations of their fundamental rights; self-determination and free personality development suffer limitations when opposed to social and collective values derived from Confucian ideology/philosophy. So it is a next step in the history of regulating the right to privacy in China and the West.

The Chinese government has already announced in the 14th Five-Year Plan (2021-2025) that they ought to emphasize social governance to local municipalities through the network system, as well as build even more security projects, to "strengthen the construction of the prevention and control system for the safety public" (GERSHGORN, 2021).

Western news sometimes criticize the system on the grounds that it is used as a form of social control, an Orwellian nightmare to be feared for because of the massive amounts of data that individuals constantly generate, and for processing it to deliver a quantified score that creates an ideological vision, like a straitjacket for every Chinese citizen (JINWOO, 2017). On the other hand, in a survey conducted by The Washington Post in 2018 involving the opinions of 2,209 Chinese citizens and dozens of in-depth interviews about different types of social credit systems in China, it was found that the majority of Chinese approve that system. In total, 80% of respondents approve of the systems, with only 1% reporting strong or moderate disapproval. And only 1% believe that a national social credit system should not be implemented. Respondents (59%) also demonstrated strong confidence in the Chinese central government, reporting a desire for a unified and managed social credit system (CAGE, 2019). It is important to highlight that most of those in favor of this system belong to the group of wealthier and better educated urban residents, in addition to the elderly. Their justifications are embodied, first, in the increase in benefits that provide more advantages to the richest, such as quotas for buying cars without deposits and quick check-ins at hotels. Second, this group tends to perceive social credit systems less as an instrument of state surveillance and more as a means of improving quality of life and what they consider to be honest and law-abiding behavior in society (CAGE, 2019).

During a lecture at the China Development Forum in Beijing in 2018, the CEO and co-founder of internet giant Baidu, Robin Li, issued a controversial statement that the Chinese seem more willing to trade privacy for personal safety, convenience and effectiveness. Despite causing unrest (CHENYU, 2018), the Chinese public is generally pleased that their personal safety is assured, but at the same time, they are concerned about their privacy, according to an online survey conducted by People's Weekly (WANG, 2021). Citizens are challenging the legitimacy of the system, including in lawsuits over the excess collection and abuse of personal data through facial recognition and other forms of surveillance technology during the COVID-19 epidemic (HORSLEY, 2021).

But China still does not have complete and comprehensive regulations on information collection (WANG, 2021). In the country's Constitution, only the privacy of personal mail is protected (art. 40). However, the first Chinese Civil Code, enacted in 2020, deals with the protection of privacy in personality rights, defined in its art. 1.032 as, in addition to the non-disruption of private life, the "private information that one does not want others to be known". The following article of the Code, in its turn, prohibits any organization or individual from processing other individuals' personal information. And State bodies and regulated institutions that assume administrative functions must keep confidential the private and personal

information of natural persons known to them during the performance of their responsibilities, and must not unlawfully disclose or provide to third parties, according to article 1039 of the Code.

In an informational country, the Chinese government has an urgent need to fill the regulatory gaps about the issue of personal data gathering. Therefore, the first Personal Information Protection Act¹ is being drafted to regulate the collection, storage, use, processing, transmission, provision and disclosure (collectively, “handling”) of personal information by “organizations and individuals”. The drafts impose personal information handling requirements on companies and “state agencies” alike. Horsley (2021) asserts that the draft suggests that China is taking the protection of personal information seriously and establishing legal checks related to the government authority for common operations.

5 Conclusion

This article mainly aimed to study contemporary digital hypersurveillance and the way through which citizens’ sensitive data are collected and analyzed for different purposes, contextualizing it in the Chinese Sharp Eyes system.

The specific objective of its first section was, therefore, to describe technological forms of surveillance based on personal and behavioral data generated in individuals’ online communications. In this regard, it can be concluded that the current society is interconnected in its most diverse spheres due to digital technologies that serve as a means to satisfy the most diverse needs of individuals who communicate in such a social environment. And while users are often aware of the risks associated with using these devices, they don’t understand the complexity of such online permissions they grant, nor the destination of their personal data. Furthermore, “surveillance” is a terminology that did not emerge with the digitization of technologies, but was equipped with such an advent when expanded by such means. Not only security cameras and establishments are able to capture images and sounds, after all, applications and mobile devices are the most common among technological devices today.

The second specific objective of this work was to understand how States and private organizations use electronic data surveillance. Therefore, it was possible to conclude that public and private organizations and institutions use surveillance in the most varied ways — from government coercion, through forms of assistance and service provision, establishment of contracts, reaching access and processing of data provided free of charge in the public and private spheres. Algorithms are used to obtain, organize and access such data, but this can put several values associated with fundamental rights at risk, especially those associated with the privacy of individuals. A design sensitive to these values — a set of techniques for building and using such algorithms — can mitigate or even solve the problems associated with such risks. But the obligation of such techniques must be established through well-established public policies, not only internally, but mainly internationally, since such technologies are usually developed in some national scenarios, but are exported to several other countries, where often the constitutional values Constitutions can differ greatly.

Finally, the specific objective of the third section of its development was to understand the use of Sharp Eyes, a high-tech surveillance system used by the government of the People’s Republic of China. In this sense, the Chinese mass hyper surveillance system was built through preventive and repressive apparatuses for the existence and maintenance of public security — which can be considered the main fundamental value of Chinese society. For the Western World, this hyper-surveillance project may cause estrangement, even

¹ Chinese Personal Information Protection Law (PIPL) was enacted in September 2021 and brings personal information as subjects of protection, which are data that can be used to identify a specific person, but such data are not generalized (CAI; CHEN, 2022). Thus, PIPL can apply to Sharp Eyes related issues and surveillance camera issues as they deal with data that is strictly personal (such as physical appearance).

be associated with dystopian future scenarios. However, in the Chinese context, it is a current reality that is already in full implementation, that is, “surveillance” mechanisms are adopted by the government with the objective of seeking the collective security of Chinese citizens.

Thus, the “Sharp Eyes” program, which aims to inspect 100% of public space and transform people, residents, into agents of China’s surveillance networks, serves to reflect on the (hyper)risks that can be seen impacting fundamental rights related to privacy.

The results above confirm the hypothesis initially formulated. It is clear that a surveillance society is being configured based on data obtained in complex and algorithmic ways, which poses risks to fundamental rights, risks that are not always known to users who grant online permissions. However, there are possibilities for the development of public policies at the domestic and international levels, based mainly on the establishment of a design that is sensitive to values related to human rights. It is clear that this development is extremely complex — mainly due to the mismatch between the rhythms of technological innovation and the democratic establishment of regulatory policies — but this is the beginning of the discussion of possibilities for that.

References

- BERALDO, Davide; MILAN, Stefania. From data politics to the contentious politics of data. *Big Data & Society*, v. 6, n. 2, p. 1-11, 2019.
- CAGE, Monkey. *What do people in china think about ‘social credit’ monitoring?*. The washington post, 2019. Available at: <https://www.washingtonpost.com/politics/2019/03/21/what-do-people-china-think-about-social-credit-monitoring/>. Access on: 27 May 2021.
- CAI, Peiru; CHEN, Li. Demystifying data law in China: a unified regime of tomorrow. *International Data Privacy Law*, 2022.
- CHENYU, Liang. Are chinese people ‘less sensitive’ about privacy? *Sixth tone*, 2018. Available at: <https://www.sixthtone.com/news/1001996/are-chinese-people-less-sensitive-about-privacy%3F>. Access on: 27 May 2021.
- CHINA. *Civil Code*. 2020. Available at: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa3a-4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Access on: 27 May 2021.
- CHINA. *Constitution of the People’s Republic of China*. 1982. Available at: http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372964.htm. Access on: 27 May 2021.
- CHINA’S Skynet Project finds people in minutes. *China daily*, 2017. Available at: <http://www.chinadaily.com.cn/a/201712/12/WS5a2fa4f7a3108bc8c6727f5c.html>. Access on: 27 May 2021.
- COWLS, Josh. Privacy risks and responses in the digital Age. In: ÖHMAN, Carl; WATSON, David (org.). *The 2018 yearbook of the digital ethics lab*. Oxford: Springer, 2018. p. 113-148.
- CRAIG, Paul; SEÏLER, Néna Roa. Empathetic technology. In: TETTEGAH, Sharon Y; NOBLE, Safiya Umoja (org.). *Emotions and technology: communication of feelings for, with, and through digital media*. London: Elsevier Academic Press, 2016. p. 55-81.
- CUSTES, C. *Skynet achieved: Beijing is 100% covered by surveillance cameras, and nobody noticed*. Techinasia, 2015. Available at: <https://www.techinasia.com/skynet-achieved-beijing-100-covered-surveillance-cameras-noticed>. Access on: 27 May 2021.

DE MUL, Jos. database identity: personal and cultural identity in the age of global datafication. In: DE BEEN, Wouter; ARORA, Payal; HILDEBRANDT, Mireille (org.). *Crossroads in new media, identity and law: the shape of diversity to come*. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2015. p. 97-118.

GERSHGORN, Dave. *China's 'sharp eyes' program aims to surveil 100% of public space*. 2021. Available at: <https://onezero.medium.com/chinas-sharp-eyes-program-aims-to-surveil-100-of-public-space-ddc22d63e015>. Access on: 27 May 2021.

DURANTE, Massimo; PAGALLO, Ugo. Legal Memories and the Right to be forgotten. In: FLORIDI, Luciano. *Protection of information and the right to privacy: a new equilibrium?* Cham: Springer, 2014. p. 17-30.

FERGUSON, Andrew G. *The rise of big data policing: surveillance, race, and the future of law enforcement*. New York : New York University Press, 2017.

HAYES, Paul; VAN DE POEL, Ibo; STEEN, Marc. Algorithms and values in justice and security. *AI & Society*, 2020.

HINCKS, Joseph Hincks. China is creating a database of its citizens 'voices to boost its surveillance capability: report. *TIME*, 2017.

HORSLEY, Jamie. How will China's privacy law apply to the chinese state?. *Brookings Institute*, 2021. Available at: <https://www.brookings.edu/articles/how-will-chinas-privacy-law-apply-to-the-chinese-state/>. Access on: 27 May 2021.

JINWOO, K. Orwell s nightmare: China's social credit system. *The Asian Institute for Policy Studies*, v. 28, 2017. Available at: <http://en.asaninst.org/contents/orwells-nightmare-chinas-social-credit-system/>. Access on: 27 May 2021.

KANETAKE, Machiko. The EU's dual-use export control and human rights risks: the case of cyber surveillance technology. *Europe and the World: a law review*, v. 3, n. 1, p. 1-16, 2019a.

KANETAKE, Machiko. The Eu's export control of cyber surveillance technology: human rights approaches. *Business and Human Rights Journal*, v. 4, n. 1, p. 155-162, 2019b.

LIANG, Fan *et al.* Constructing a data driven society: China's social credit system as a state surveillance infrastructure. *Policy & Internet*, v. 10, n. 4, p. 415-453, 2018.

LUPTON, Deborah. *Digital sociology*. New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2015.

LUPTON, Deborah. The diverse domains of quantified selves: self-tracking modes and dataveillance. *Economy and Society*, v. 45, n. 1, p. 101-122, 2016.

LUPTON, Deborah. Data mattering and self-tracking: what can personal data do? *Continuum: Journal of Media & Cultural Studies*, 2019a.

LUPTON, Deborah. "It's made me a lot more aware": a new materialist analysis of health self-tracking. *Media International Australia*, v. 171, n. 1, p. 1-14, 2019b.

LUPTON, Deborah; WILLIAMSON, Ben. The datafied child: the dataveillance of children and implications for their rights. *New Media & Society*, v. 19, n. 5, p. 780-794, 2017.

LUPTON, Deborah; MICHAEL, Mike. 'Depends on who's got the data': public understandings of personal digital dataveillance. *Surveillance & Society*, v. 15, n. 2, p. 254-268, 2017.

MARX, Gary T. Surveillance studies. In: SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. (ed.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. 2. ed. Oxford: Elsevier, 2015. p. 733-741.

MARX, Gary T. *Windows into the soul: surveillance and society in na age of high technology*. Chicago: The University of Chicago Press, 2016.

- PANIĆ, Ilija. *China's all-seeing 'Sharp Eyes'*. 2018. Available at: <https://iljapanic.com/essays/china-sharp-eyes/>. Access on: 28 Aug. 2022.
- PETZOLD, Thomas. Human-algorithmic scaffolding *In*: DE BEEN, Wouter; ARORA, Payal; HILDEBRANDT, Mireille (org.). *Crossroads in new media, identity and the law: the shape of diversity to come*. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2015. p. 156-176.
- QIANG, Xiao. The road to digital unfreedom: president Xi's surveillance state. *Journal of Democracy*, v. 30, n. 1, p. 53-67, 2019.
- SHUJIN, Wang. 临沂“雪亮工程”：治安防控 群众真正参与进来. 2016. Available at: <https://archive.li/7gpbm>. Access on: 27 May 2021.
- WALKER, Christopher; LUDWIG, Jessica. From 'soft power' to 'sharp power': rising authoritarian influence in the democratic world. *National Endowment for Democracy*, 2017.
- WANG, Wendi. *Surveillance madness: the future of China?* Available at: <https://mfadt.parsons.edu/darkdata/surveillance-madness.html>. Access on: 27 May 2021.
- YU, Zhang. Facial recognition, AI and big data poised to boost chinese public safety. *Global times*, 2017. Available at: <https://www.globaltimes.cn/content/1070546.shtml>. Access on: 27 May 2021.
- 王淑静. 临沂“雪亮工程”：治安防控 群众真正参与进来了. China Peace, 2016. Available at: <https://archive.li/7gpbm>. Access on: 27 May 2021.
- 最高法打造“天网”破解执行难 去年615万老赖被“限行”. 中国网. Available at: https://www.creditchina.gov.cn/lianhejiangcheng/lianhejiangchenganliguiji2/201712/t20171221_103496.html. Access on: 27 May 2021.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

