

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

AUGUSTO TARRADT VILELA

**EFICIÊNCIA, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Uma análise
diante da retomada da execução provisória da pena pelo
Supremo Tribunal Federal**

**SÃO LEOPOLDO
2018**

Augusto Tarradt Vilela

Eficiência, processo penal e constituição federal: uma análise
diante da retomada da execução provisória da pena pelo
Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.
Área de concentração: Direito público.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy

São Leopoldo

2018

V699e Vilela, Augusto Tarradt
Eficiência, processo penal e Constituição Federal: uma análise diante da retomada da execução provisória da pena pelo Supremo Tribunal Federal / Augusto Tarradt Vilela -- 2018. 146 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy.

1. Direito penal. 2. Processo penal - Eficiência. 3. Execução provisória. 4. Constituição Federal. I. Título. II. Wedy, Miguel Tedesco.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL Mestrado

A dissertação intitulada: "**EFICIÊNCIA, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Uma análise diante da retomada da execução provisória da pena pelo Supremo Tribunal Federal**" elaborada pelo mestrando **Augusto Tarradt Vilela**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.

São Leopoldo, 18 de setembro de 2018.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Miguel Tedesco Wedy 

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck 

Membro: Dr. Fabio Roberto D'Avila 

À minha esposa, Tafate, companheira amorosa de todas as horas, parceira de todos os momentos. Obrigado por tudo.

Aos meus pais, Ana e Ari, amores incondicionais, sem vocês nada disso seria possível.

Ao meu eterno amigo Rogério Valim da Trindade, *in memoriam*, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy, pessoa de caráter indiscutível, exemplo de profissional, que muito mais do que um orientador de pesquisa, tornou-se um amigo, um conselheiro. Obrigado pelas contribuições, preocupações, pelos bons debates, pela amizade.

Agradeço ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, pelas contribuições realizadas ao trabalho, especialmente quando da qualificação, e por se dispor a avaliar esta pesquisa que se embebe, também, de seus estudos.

Agradeço ao Prof. Dr. Fábio Roberto D'Avila pela disponibilidade em participar da avaliação deste trabalho, honrando-me com seus conhecimento e experiência.

Agradeço a todos os professores do PPGD da Unisinos, pessoas que sempre estiveram abertas ao bom diálogo, à contribuição. Agradeço também à secretaria do PPGD, a Vera e ao Ronaldo, pela acolhida de sempre. Certamente são todos vocês que construíram esse programa que vem se consolidando cada vez mais como um dos melhores do país.

Agradeço, também, a todos amigos e colegas da Infisc, em especial Salomão Leizer e Fernando Lehen, por sempre estarem dispostos a contribuir com o trabalho, ainda que um pouco distante de suas áreas, pela amizade e pela compreensão em minhas ausências por força da pesquisa.

Agradeço aos amigos e colegas que o curso de mestrado da Unisinos proporcionou-me, sentirei falta desse convívio.

[...] A Carta da Bruzundanga, que começou imitando a do país dos gigantes, foi inteiramente obedecida nessa passagem, e de um modo religioso.

No que toca ao resto, porém, ela tem sofrido várias mutilações, desfigurações e interpretações de modo a não me permitir continuar a dar mais apanhados dela, a menos que quisesse escrever um livro de seiscentas páginas.

Lima Barreto.

RESUMO

Estabeleceu-se, em contexto internacional, também especificamente no Brasil, uma crise no direito penal derivada de diversos fatores, tendo muitos desses sido diagnosticados por Silva Sánchez na estrutura da chamada expansão do direito penal. Essa crise vem fazendo com que a população exija mais ingerência do direito penal na resolução dos conflitos sociais diários, afastando o caráter de intervenção excepcional do direito penal. O movimento capitaneado pela bandeira do combate à corrupção e à impunidade gerou efeitos no contexto social e, inclusive, atingiu juristas e, mais pontualmente, o Supremo Tribunal Federal, o qual passou, sob pressão, a pretender responder aos anseios da sociedade brasileira, em especial por razões de crise política. Os reflexos dessas exigências na Corte Constitucional podem ser verificados pela eficiência fornecida no âmbito da decisão proferida no *habeas corpus* n. 126.292/SP (e outras seguintes) que modificou o entendimento do Tribunal Supremo para permitir o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. No discorrer das decisões, é visível a presença da marca do pragmatismo e, até mesmo, do utilitarismo. Diante disso, pretende-se identificar o modelo de eficiência aplicado pela Suprema Corte nas decisões que viabilizaram a retomada do cumprimento provisório da pena e, diante da visão de eficiência de Wedy e da concepção de resposta adequada à Constituição Federal de Streck, constatar se a eficiência lá proposta está constitucionalmente adequada e, se não, qual é o modelo correto.

Palavras-chave: Eficiência. Processo penal. Execução provisória. Constituição Federal.

ABSTRACT

A crisis in criminal law derived from several factors was established, in a world order, also specifically in Brazil, and many of these were diagnosed by Silva Sánchez in the framework of the expansion of criminal law. This crisis has caused the population to demand more interference of criminal law in the resolution of daily social conflicts, removing the exceptional character of criminal law. The movement, captained by the banner of the fight against corruption and impunity, has generated effects in the social context, and even reached jurists and, more punctually, the Federal Supreme Court, which under pressure tried to respond to the aspirations of Brazilian society, in especially for reasons of political crisis. The consequences of these requirements in the Constitutional Court can be verified by the efficiency provided in the scope of the decision issued in habeas corpus n. 126.292/SP (and others) that modified the understanding of the Supreme Court to allow the condemnation to be served before the final sentence. In the elapse of decisions, the presence of the pragmatism and even of utilitarianism is visible. In view of this, it is intended to identify the efficiency model applied by the Supreme Court in the decisions that enabled the resumption of the provisional execution of the condemnation and, in view of the efficiency vision of Wedy and the concept of adequate response to the Federal Constitution of Streck, propose a constitutionally adequate and, if not, what is the correct model.

Key-words: Efficiency. Criminal procedure. Provisional execution. Federal Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ALGUMAS DAS CAUSAS E DOS EFEITOS DA CRISE DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO	14
2.1 A Expansão do Direito penal: fração das justificativas do direito penal da mitigação de garantias.....	17
2.2 Alguns Resultados Derivados da Expansão do Direito Penal.....	36
3 EFICIÊNCIA, PROCESSO PENAL E SUA CONCEPÇÃO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DIANTE DA RETOMADA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	54
3.1 A Eficiência	54
3.1.1 A Eficiência para o Utilitarismo	58
3.1.2 A Eficiência para a Análise Econômica do Direito (AED)	61
3.1.3 A Eficiência Penal no Supremo Tribunal Federal: considerações e críticas a partir das decisões que retomaram a execução provisória da pena	68
4 A EFICIÊNCIA COMO OTIMIZAÇÃO LEGÍTIMA NO PROCESSO PENAL E SUA ADEQUADA APLICAÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	96
4.1 A Resposta Adequada à Constituição Federal	96
4.2 Eficiência e a Hélice Tríplice como meio de Otimização Legitimadora no Processo Penal: uma necessária visão ontoantropológica de cuidado-de-perigo	102
4.3 A Eficiência como Resposta Adequada à Constituição Federal e a Presunção de Inocência: a retomada do cumprimento provisório da pena e a mitigação de garantias.....	109
4.3.1 A Garantia da Presunção de Inocência e o Processo Penal Constitucional: quando o Guardião Ofende a Coisa Guardada	109
4.3.2 Eficiência, Processo Penal e Constituição Federal: a resposta adequada no caso do cumprimento provisório da pena.....	112
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS.....	131

1 INTRODUÇÃO

O direito penal e processual penal vêm passando por uma real crise em sua atividade. Antes visto como *ultima ratio* do Estado, o direito penal passou a ser instrumento cada vez mais utilizado nas relações Estado-cidadão e, inclusive, entre concidadãos, ampliando sua esfera de atuação e gerando efetiva preocupação aos estudiosos do Direito. Isso decorre de fatores que constituem o que Silva Sánchez chamou de expansão do direito penal, fatos que fizeram com que a sociedade passasse a exigir a intervenção penal, por acreditar ser o meio adequado para resolução dos conflitos sociais. Entretanto, embora a visão expansionista do direito penal esteja efetivamente centrada na ampliação de tipos penais, identifica-se que sua origem produziu reflexos, inclusive, no direito processual penal.

Essa crise, especialmente produzida pela globalização e pela concepção de uma sociedade de risco, fez com que os cidadãos reduzissem seu nível de tolerância, não aceitando passar por situações comuns da vida, riscos inerentes ao ato de viver. A exigência por responsabilização por fatos derivados de situações alheias à vontade humana, o descrédito do Estado, entre outras causas fizeram com que, em uma visão orgânica da sociedade¹, sintomas fossem surgindo, tais como a criação de tipos penais de perigo abstrato, emprego de força própria para realização de justiça que acabam por concretizar, em realidade, verdadeiras injustiças, bem como a proposição de leis que contrariam a própria Constituição Federal e ofendem a estrutura do processo penal, conjuntamente com suas garantias.

O movimento que gerou essa crise, que não ocorre apenas no Brasil, transpassou o direito penal material, pois a população começou a exigir uma resposta eficiente do processo penal, instrumento esse que é o meio legitimador da intervenção estatal na esfera individual do cidadão. Essa eficiência exigida pela sociedade veste o manto do combate à corrupção, do fim da impunidade, da condenação célere dos indivíduos, da necessidade de prisões, nem que para isso haja a redução de garantias. A partir dessa visão social, o Estado viu-se pressionado a manifestar-se, tendo protagonizado esse movimento o próprio Supremo Tribunal Federal, o qual tomou para si o dever de rever alguns de seus posicionamentos,

¹ A partir da visão de Durkheim acerca da sociedade ser representada por um sistema orgânico nervoso, tem-se a visão de uma sociedade orgânica aquela em que os atos de todos refletem em todos os demais sujeitos.

especialmente quanto ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A eficiência, meio indissociável do processo penal, necessariamente teve de ser formulada no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal, por ser meio otimizador da legitimidade do Estado no processo penal, a forma com a qual o julgador decide, expondo seus motivos e a linha entre a causa e efeito da decisão, acaba por expor a eficiência lá aplicada. Essa demonstração é imprescindível, para que se possa identificar se os métodos aplicados no decorrer daquele processo penal encontram guarida na Constituição Federal, sob pena de haver a ilegitimidade no agir do Estado, situação severa em um Estado Democrático de Direito.

É nessa linha que surge o tema aqui proposto, a análise sobre a eficiência no processo penal, sendo delimitado a verificar qual a eficiência aplicada pelo Supremo Tribunal Federal nos casos que permitiram a retomada do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, se está adequada à Constituição Federal e, se não estiver, qual seria o modelo de eficiência a ela adequado. Portanto, justifica-se o presente estudo, pois estando a jurisdição relacionada com a verdade – consequentemente a (in)eficiência no processo penal também –, sendo essa verdade derivada da Constituição Federal e, havendo sua formação indevida, a legitimidade do Estado passa a ser questionável², o que faz exsurgir a imprescindibilidade de uma concepção de eficiência, no caso da pesquisa, especificamente quanto à retomada do entendimento do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

As questões que, então, devem ser respondidas ao longo do trabalho proposto são: a eficiência derivada dos fundamentos do Supremo Tribunal Federal no caso da retomada do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado é constitucionalmente adequada? Se não, qual a eficiência no processo penal está de acordo com a Constituição Federal?

Em primeiro momento, verifica-se que os fundamentos propostos a partir da decisão sob o *habeas corpus* n. 126.292/SP e seguintes que vieram a discutir o assunto do cumprimento provisório da pena, não estão em consonância com a Constituição Federal, isso porque há excesso de pragmatismo nas justificativas da

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 500.

retomada desse entendimento, prejudicando a ideia de eficiência para o processo penal. Assim, parece, de outro ponto, adequada a proposta realizada por Wedy³, em que propõe uma visão da eficiência como otimização da legitimidade no processo penal que busca congrega garantias e justiça. Para tanto, será utilizado, a fim de verificar a adequabilidade dos fundamentos do Supremo Tribunal Federal e a noção de eficiência de Wedy, a resposta adequada à Constituição Federal devidamente desenvolvida por Streck⁴, o qual utiliza princípios como parâmetros para nortear as decisões judiciais. Embora seja uma teoria da decisão, não se observam óbices em ser aplicada diante de uma teoria, sendo possível identificar se a eficiência proposta por Wedy está aos moldes da Constituição Federal e, de mesma forma (e essa inquestionável) se adequados estão os fundamentos externados pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, objetiva-se, com o fim dessa pesquisa, identificar se o Supremo Tribunal Federal, nas recentes decisões que autorizaram o cumprimento provisório da pena, aplicou no processo penal o conceito de eficiência em conformidade com a Constituição Federal. Para tanto, tem-se como objetivos específicos: (i) constatar algumas das causas geradoras da crise no direito penal e processo penal; (ii) diagnosticar alguns de seus sintomas, especialmente na realidade brasileira; (iii) avaliar a noção de eficiência para o presente estudo; (iv) realizar análise dos principais fundamentos da decisão proferida sobre o *habeas corpus* n. 84.078/MG, bem como destacar os principais fundamentos lançados no *habeas corpus* n.126.292/SP, na medida cautelar da ação declaratória de constitucionalidade n. 43/DF (e 44/DF), bem como no *habeas corpus* n. 152.752/PR; (v) aprofundar a compreensão sobre a resposta adequada à Constituição Federal proposta por Streck sobre o tema.

Destinou-se o primeiro capítulo para análise, a partir dos estudos realizados por Silva Sánchez⁵, das causas da expansão do direito penal, verificando os casos por ele propostos e pretendendo-se fazer uma identificação com alguns casos ocorridos na realidade brasileira, bem como, em sua segunda parte, verificar alguns

³ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

⁵ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

dos sintomas vertidos dessas causas. Nesse capítulo, o que se busca é apontar que existem sim situações que estão modificando a intervenção do direito penal e causando sérios impactos no processo penal, sobretudo quanto ao critério de eficiência.

No segundo capítulo, a pesquisa limita-se à conceituação de eficiência para o trabalho proposto, trata sobre a questão da eficiência como otimização da legitimidade do agir do Estado, bem como analisa a teoria do Utilitarismo com base nos conceitos de Bentham⁶ e a teoria da Análise Econômica do Direito por meio da teoria de Posner⁷, finalizando com o estudo documental dos julgados do Supremo Tribunal Federal, anteriormente referidos, para extrair a concepção de eficiência no processo penal lá aplicada.

O terceiro capítulo é destinado à análise da resposta adequada à Constituição proposta por Streck, fazendo-se uma análise do seu desenvolvimento e base epistemológica. Também se apura a visão de eficiência de Wedy, identificando seus conceitos básicos e, especialmente, o sentido da ontoantropologia do cuidado de perigo por ele empregado na eficiência no processo penal. Ao fim, confrontam-se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e aqui analisadas com a resposta adequada à Constituição Federal e a noção de eficiência que respeite as garantias.

Para o alcance dessa estrutura e seu resultado, utilizou-se do método fenomenológico-hermenêutico⁸ aliado a meios analíticos-descritivos, tais como a análise bibliográfica da doutrina específica do assunto e outras complementares, bem como da análise documental dos acórdãos proferidos pela Suprema Corte. Apenas para fins de esclarecimento, o emprego do referido método dá-se pela necessidade de demonstrar que não ocorrerá uma investigação externa, em que o sujeito investigador encontra-se completamente dissociado do objeto pesquisado. Neste estudo, o pesquisador está diretamente conectado ao objeto de análise, o qual acompanha e vivencia os reflexos da aplicação de uma eficiência duvidosa para a retomada da execução provisória da pena. A partir dessa visão é que a aplicação

⁶ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 4-68. (Os pensadores).

⁷ Principalmente: POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010. Além de: POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁸ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

do método fenomenológico-hermenêutico⁹ junto a elementos analíticos-descritivos passam a conceder forma e concretude à presente pesquisa, conectando seu resultado a uma realidade vivenciada. A atribuição de sentido surge com a aplicação do círculo hermenêutico, especialmente pela influência de Heidegger e Gadamer.

Na visão gadameriana de que o método permitiria alcançar uma validade universal e a verdade, Gadamer indagou se, efetivamente, haveria lugar nas ciências do espírito para o método¹⁰, já que as ciências de espírito não podem ser avaliadas de mesma forma que as da ciência da natureza. A verdade é que métodos comumente seguros acabam por não permitir o salutar desenvolvimento da pesquisa, por isso a importância do movimento do círculo hermenêutico, em que a pré-compreensão antecede a compreensão, a interpretação e a aplicação que se fornecerá aos resultados da pesquisa, em que o pesquisador estará diretamente envolvido.

Por derradeiro, em considerações finais, resguardar-se-á à retomada do problema, perpassando-se pelos itens estudados, lançando-se mão de críticas ao desenvolvido, inclusive com demais justificativas, tudo no real intuito de realizar o melhor desfecho possível à pesquisa.

⁹ STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: **Sobre a essência do fundamento**: conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 2, p. 64.

2 ALGUMAS DAS CAUSAS E DOS EFEITOS DA CRISE DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

O direito penal – substantivo e processual – vem passando por uma alteração social intrigante, uma nova forma de interpretar o delito, uma novel interpretação quanto à aplicação de medidas no processo penal, algo que não se resulta da evolução técnica do Direito, mas de mudança social que, forçosamente, vem ocasionando a supressão de garantias na expectativa de responder contundentemente à impunidade na sociedade brasileira – e até mesmo mundial –. A chamada “expansão do ‘novo’ Direito Penal” advém de diversas motivações, que podem ser observadas pelo abuso na proteção penal de bens jurídicos, o demasiado uso da prevenção e a orientação às consequências (abandonando-se a compreensão dos princípios da política criminal de igualdade e justa retribuição)¹¹.

Evidencia-se que essa alteração substancial no direito penal deriva-se de fenômeno global, emana da construção de uma sociedade permeada de medo, de temores de situações que nem sequer poderiam sofrer, causando um excessivo desejo de punição e redução de garantias, já que as garantias, antes valoradas como evolução protetiva aos abusos do Estado, passaram a ser vistas como óbice à condenação. Essa é uma referência importante para visualizar a relação entre a expansão do direito penal e a eficiência para o processo penal, pois a crise constituída pela expansão do direito penal refletiu na concepção de que um processo eficiente é aquele que produz condenações, enquanto, ao que se observa do presente estudo, está relacionada com a otimização do processo penal, conciliando garantias e justiça.

A sensação de medo possui diversos motivos, embasando-se, inicialmente, pela ocorrência da globalização, que foi importante acontecimento mitigador de desigualdades, sendo responsável pela construção de comunidades supranacionais que passaram a intervir em casos graves¹² - além de outros diversos benefícios, como a fixação de direitos mínimos em locais que desconheciam alguns deles -,

¹¹ CALLEGARI, André Luís. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 203-222.

¹² MEZZANOTI, Gabriela. **Direito, guerra e terror**: novos desafios do direito internacional pós 11 de setembro. São Paulo: Quartir Latin, 2007. p. 162.

contudo, esta mesma globalização lastreou a padronização, a compreensão de existência de direitos pré-definidos¹³, que podem ser absorvidos como fato importante e relevante quanto, por exemplo, à matéria de Direito Humanos, mas, também, permitem o choque de culturas e de valores de um Estado ao outro, sem que sejam, fatidicamente, compatíveis.

Soma-se a isso o efeito dilacerador da propagação de condutas criminosas, atos terroristas, *serial killers*, entre outros acontecimentos que não possuem alta probabilidade de ocorrência em determinados locais, mas em decorrência dessa divulgação mediática, ainda que do outro lado do globo, o impacto dessa notícia acaba por ser suficiente para que os cidadãos passem a sentirem-se inseguros, amedrontados, entre outros sentimento que causem instabilidade emocional (desnecessária)¹⁴.

A face obscura da globalização, chamada por Bauman de globalização “negativa”, outorgou a abertura da sociedade e, conseqüentemente, a expansão dos medos e anseios de uma comunidade internacional inteira. Ao permitir-se a concepção da “sociedade aberta”, derivada de uma seleta globalização do comércio, do capital, da vigilância, da informação, da coerção e das armas, do crime e do terrorismo, a sociedade compactuou com seus sintomas: “sociedades heterônomas e vulneráveis [...], horrorizadas por sua própria indefensabilidade e obcecadas pela segurança de suas fronteiras e das populações que vivem dentro delas”¹⁵. É como se houvesse o acúmulo de temores, pois sociedades que detinham receios em razão do motivo X, passaram a desassossegar-se com atos conseqüentes do motivo Y, os quais só ocorrem em outro local extremamente distante.

¹³ VILELA, Augusto Tarradt; VILELA, Tafate Viana Dias. Direito transnacional, estado contemporâneo e a crise da soberania: os reflexos na esfera penal. **Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate – AJDD**, [S.l.], ano 7, 13. ed. 2017. Disponível em: <http://www.reajdd.com.br/artigos/Revista_Ano%20VII_n13/10-AUGUSTO-MESTRANDO-ESTADUAL.pdf>. Acesso em: 23 de dez. 2017.

¹⁴ Importante referir que o que se quer expor é a inclusão de receios que não possuem condão com a realidade local. Isto é dizer que não se desconhece, por exemplo, que o Brasil é um dos países com mais casos de homicídios no mundo, segundo pesquisa do IPEA-FBSP (IPEA. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Atlas de violência de 2018**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2018). Contudo, o mesmo estudo não revela ocorrências como terrorismo, *serial killers*, mas outras causas. Mesmo assim, o Brasil tomou ações, como, a exemplo, a instituição da Lei de Terrorismo (Lei n. 13.260/2016). É a reação do Estado a algo que não retrata a realidade brasileira.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 126-127.

A globalização negativa, um dos fundamentos da crise de direito penal contemporâneo, torna-se ainda mais percuciente ao se verificar que a sociedade atual é uma das – se não a – mais segura da história do globo¹⁶. Dominada pela tecnologia, modernização e velocidade da informação, a atual sociedade possui mecanismos de segurança ultradesenvolvidos que impedem, em muito, riscos e danos. Todavia, como Bauman menciona, mesmo com tudo isso, em especial na Europa, a sensação do medo permanece a desenvolver-se e alimentar-se de maneira esplendorosa¹⁷.

Todo esse contraste também é fundamentado naquilo que Ulrich Beck chamou de “*sociedade del riesgo*”¹⁸. O autor desenvolveu, em seus estudos, a compreensão da modernização reflexiva, pois, contrário à ideia de uma evolução utópica, propôs uma perspectiva mais dura, o que chamou de “vulcão da civilização”. Consoante a teoria de Beck, o desenvolvimento, em especial o científico e industrial, expõe a sociedade a uma série de riscos que não podem ser evitados¹⁹. Assim, identifica-se que o risco está diretamente relacionado à evolução, ao desenvolvimento, fazendo com que, em realidade, o risco²⁰ modifique o planejamento social, inclusive refletindo no direito penal²¹, pois a sociedade de risco,

¹⁶ Necessário referir que Bauman, ao expor a concepção de sociedade mais segura, não se refere, tão somente, à concepção de proteção efetiva, mas de meios para alcançá-la. É evidente que crimes permanecem ocorrendo, que é preciso analisar cada sociedade em seu contexto – cidades ricas possuem, em regra, melhores meios de segurança que cidades pobres –, mas existem diversos meios que facilitam a comunicação de crimes, como o próprio telefone celular, câmeras, que previnem. Situação que não se via em épocas atrás. É nesse sentido que Bauman retrata a concepção de uma das sociedades mais seguras que já existiu.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 169.

¹⁸ Beck cunhou essa expressão demonstrando que diversas mudanças, a partir do período industrial, acabaram por modificar as relações sociais. Passou-se, então, a identificar que a atual sociedade, especialmente após Chernobyl, está inerentemente vinculada ao risco. (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 14). Nessa linha, observa-se que a sociedade aceitou a correr novos riscos para portar uma vida mais célere, confortável e prazerosa. Mesmo com o alto número de mortes no trânsito, permite-se a utilização de veículos automotores; ainda que se saiba que a *internet* possa ser meio perigoso para intimidade e proteção de informações sigilosas, além de cometimento de delitos cibernéticos, seu uso é essencial na atualidade. Estes são exemplos de que a sociedade expõe-se a riscos permanentemente para seu próprio desenvolvimento.

¹⁹ MENDES, José Manuel. **Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 23.

²⁰ Mendes refere que: “O risco é, para Beck, um estágio intermédio entre a segurança e a destruição, e a percepção dos riscos ameaçadores determina o pensamento e a ação. No risco o passado perde o seu poder de determinar o presente. É o futuro, algo que é construído, não existente, que constrói o presente, e os riscos são sempre locais e globais, assumindo uma dimensão transescalar”. *Ibid.*, p. 24.

²¹ No Brasil, por exemplo, é muito comum a utilização de prisões cautelares para evitar riscos, a fim de satisfazer a “ânsia de segurança do povo” (WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 127). Essa circunstância acaba refletindo

que acaba contribuindo para essa crise no direito penal, legitima um totalitarismo que antecipa ou impede perigos²², como adiante observar-se-á, sob o pretexto de evitar o pior.

As circunstâncias acima expostas acabam embasando, ou constituindo, o que se chama de expansão do direito penal, no qual Silva Sánchez define como uma tendência predominante, praticada pelos Estados, a criação de novos tipos penais, a flexibilização de garantias fundantes do direito penal e processo penal, a inovação de bens jurídicos, entre outros fatores²³ que, para o fim de analisar essa mudança no direito penal contemporâneo, serão observados e discutidos, no intuito de conceber quais os reais reflexos desta crise para a eficiência penal, a partir de decisões judiciais, já que esta crise só pode influenciar o universo jurídico penal em razão da permissão pelo Poder Judiciário.

2.1 A Expansão do Direito penal: fração das justificativas do direito penal da mitigação de garantias

Retomando a discussão quanto à globalização, analisando-se em um contexto expansivo do direito penal, a capacidade de interveniência da globalização no direito é exposta, de maneira clara, por Silva Sánchez, o qual estabelece discussão acerca das velocidades do direito penal, explicitando os motivos que levaram a sua expansão na sociedade, esses que não poderiam deixar de ser aquilatados, já que se propõe, neste primeiro capítulo, diagnosticar algumas das causas da crise do direito penal contemporâneo e seus reflexos.

Silva Sánchez, em sua teoria das velocidades do direito penal, elenca motivos que justificam a existência da expansão do direito penal e reconhece a globalização como meio multiplicador deles, isto é, um fator de propagação e suporte das causas que fundamentam a expansão. Para o autor, a globalização propulsiona a expansão

em um alto número de presos provisórios, representando, em 2016, 40% da população carcerária. SANTOS, Thandara (Org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Colaboração: Marlene Inês da Rosa et al. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 13. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2018.

²² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 88.

²³ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 28.

do direito penal, porque se constitui em um direito unificado, relativizador das garantias político-criminais, substanciais e processuais, e flexibilizador das regras da imputação, firmando uma estrutura menos garantista²⁴. Essas consequências são prognosticadas por Silva Sánchez em quatro constatações.

Primeira, há uma necessidade de resposta prática às demandas da globalização, na pretensão de se alcançar mais eficácia²⁵ na medida em que surgem as novas demandas. Contudo, esta pragmatização do direito penal e processual penal acaba por afastar a análise científica do Direito, focando-se em uma análise político-criminal, refutando a discussão intelectual, o que acaba por conflitar com a estrutura do próprio direito penal²⁶.

A segunda constatação está relacionada à natureza dos delitos. Enquanto se discute, localmente, a identificação e reprimenda de delitos passionais, a globalização alastrou a persecução penal quanto ao patrimônio. Os delitos levados a conhecimento de outras comunidades pelo fenômeno da globalização possuem cunho eminentemente econômico, delitos cuja estrutura jurídica ainda não possui clara condição de lidar, já que se distancia da visão clássica do direito penal²⁷ e, conseqüentemente, de sua persecução.

Responder, em termos punitivistas, às exigências da globalização é a terceira concepção do autor. Há uma ampla atuação para reequipamento jurídico-penal para que se reduzam as lacunas²⁸, o que se depreende pelo maior número de tipificação penal de condutas, tentando-se prever os atos que possam vir a ocorrer. Essa questão é geradora de temores aos indivíduos e ao próprio Estado, para que haja o

²⁴ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 97-98.

²⁵ Referente à concepção de eficácia e direito penal, dentro de um contexto do relacionamento entre direito penal e sociedade de risco, verifica-se o posicionamento de Hassemer, que expõe sua preocupação quanto ao emprego do direito penal para saciar a vontade social, implicando redução de garantias. O autor afirma que: *“Actualmente estamos viviendo una dramatización de la violencia y la amenaza. Ante esta situación se está elaborando una Política criminal que tiende a hacer del Derecho penal endureciéndolo y reestructurándolo, un instrumento de direccionismo estatal. En caso de necesidad se considera los principios que caracterizan nuestra cultura jurídica, no deben ser tenidos en cuenta o considerarse vigentes. El provecho que de ello se obtiene es escaso, los costes muy altos: a la larga un Derecho penal así concebido perderá su fuerza de convicción”*. HASSEMER, Winfried. **El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”**. Trad. Francisco Muñoz Conde. [S.l.], 1989. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4196/pg_183-200_penales15.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jul. 2018.

²⁶ SÁNCHEZ, op. cit., p. 98.

²⁷ Ibid., p. 99.

²⁸ Ibid., p. 99.

combate a essa nova criminalidade. Todavia, interessante identificar que o próprio autor reconhece que tal circunstância é discutível, já que, em regra, o cidadão possui mais receio da criminalidade comum, de rua (roubos, furtos, homicídios) do que a criminalidade derivada da globalização²⁹ que, como se observou anteriormente, possui maior relação com o crime patrimonial, especialmente o *white collar crime*.

Quarta e última constatação da globalização como causa agravante das circunstâncias que viabilizam a expansão do direito penal é a sobreposição do *common law* americano (estadunidense) a outros sistemas. Reconhece-se que já há incompatibilidades entre os sistemas jurídicos estadunidense e inglês, por exemplo, contudo, a situação torna-se ainda mais grave quando o primeiro sistema passa a influenciar comunidades herdeiras dos sistemas jurídicos de países da Europa continental, como é o caso brasileiro. Com isso, Silva Sánchez diagnostica que não é só o caráter punitivista que é derivado dessa globalização da qual há sobrepujamento do sistema estadunidense aos demais, mas, também, a desconsideração de valores locais, imprescindíveis para apuração do Direito³⁰.

Ao se observar as questões levantadas por Silva Sánchez quanto à globalização, tem-se que essa não se trata de fenômeno de impulso aos motivos que fundam a expansão do direito penal, como defende o autor, pois se reveste de motivo, elemento que embasa a própria expansão do direito penal, aumento de tipos, visão punitivista do direito, flexibilização de garantias. Constata-se que a globalização é um dos mecanismos que auxilia na estruturação do expansionismo, como a própria exigência de reprimenda a condutas que são inimagináveis de acontecer em determinada sociedade. O direito penal acaba tutelando algo que não condiz com a realidade de outras sociedades, fere os princípios da fragmentariedade e unidade lógica e intencional da dogmática³¹ penal.

A globalização acaba sendo mais impositiva quando se denota a construção de comunidades internacionais, em que Estados-Nação passam a integrar grupo que dispõe sobre determinadas normas, como se observa no caso da União Europeia, cujos países membros submetem-se imediatamente às normas, não

²⁹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 100.

³⁰ Ibid., p. 100-101.

³¹ Sobre o assunto: COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 12.

elaborando mecanismo interno para absorção da regra, isso porque há compreensão de que o princípio da primazia do direito comunitário sobrepõe-se ao princípio da supremacia da Constituição³² - não se adentrando na discussão teórica acerca da ponderação ou preponderância de princípios, porquanto apenas se está evidenciando o entendimento sobre os fatos expostos -. Nessa concepção, o regimento interno adere automaticamente à disposição internacional, tornando a norma, *in casu* sobre direito penal, válida e eficaz em território nacional.

Isso (repisa-se, no âmbito da União Europeia e comunidades semelhantes, já que no Brasil é preciso que haja norma interna para tanto) acaba gerando duas situações distintas: (i) a internacionalizações de padrões morais e valorativos que podem não fazer sentido para determinada sociedade e (ii) a garantia de direitos mínimos, cuja reivindicação histórica demonstra uma necessária universalização para elevação da dignidade da população³³. Tem-se, a partir dessa análise, que o segundo item deriva do fenômeno positivo da globalização, enquanto o primeiro, mais relevante ao presente estudo, é originado da já referida globalização negativa, geradora de medo e de imposição de valores incompatíveis com o de sociedades locais.

Claro que isso se observa quanto a países que se submetem imediatamente à criminalização de condutas derivadas de organismos internacionais. Ocorre que, novamente em razão da globalização, outras comunidades, as quais não fazem parte do bloco que realizou uma criminalização em massa de determinada conduta, passam a temer a conduta tipificada por países não próximos ou de cultura semelhante, incorporando ao sistema jurídico-penal a mesma norma, por pressão social e/ou política, já que houve disseminação do medo. Por esses motivos que se compreende que a globalização não é mero fenômeno de propulsão do expansionismo penal, senão causa própria desse, já que se encontra com os demais motivos trazidos por Silva Sánchez, como se observará a seguir.

O autor traz, como uma das causas para expansão do direito penal, “os novos interesses”, no qual retrata uma mudança na pretensão de tutela do direito penal. O

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 284-285.

³³ VILELA, Augusto Tarradt; VILELA, Tafate Viana Dias. Direito transnacional, estado contemporâneo e a crise da soberania: os reflexos na esfera penal. **Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate – AJDD**, [S.l.], ano 7, 13. ed. 2017. Disponível em: <http://www.rajdd.com.br/artigos/Revista_Ano%20VII_n13/10-AUGUSTO-MESTRANDO-ESTADUAL.pdf>. Acesso em: 23 de dez. 2017.

direito penal passa a tutelar bens jurídicos diversos do tradicional em razão das mudanças da sociedade, outros bens perdem a essencialidade para o direito penal e há uma tendência protecionista aos chamados bens jurídicos supraindividuais. Silva Sánchez aqui coloca que a sociedade evolui e com ela conceitos também, reconhecendo a possibilidade de uma expansão razoável do direito penal, o problema é que esta expansão, na prática, vem tornando-se desarrazoada, como sói ocorrer na criminalização de condutas que nem sequer lesionam um bem jurídico³⁴.

Também se evidencia o “efetivo aparecimento de novos riscos”, no qual se identifica que, nos termos do parágrafo anterior, há uma modificação na sociedade, sua modernização para alcançar uma maior segurança, bem-estar e conforto acabou produzindo reflexos de risco. Este risco é procedente da ação humana de outros concidadãos que estão a frente do manejo dos novos mecanismos tecnológicos, submetendo os demais (consumidores, tomadores de serviço, entre outros) aos riscos de suas atividades. Essas ações, em razão do desenvolvimento tecnológico e pela forte competitividade do mercado, acabaram por produzir uma marginalização de determinados indivíduos, gerando nos outros (os não marginalizados) a sensação de risco – seja patrimonial, seja pessoal –. Soma-se a isso que a tecnologia também acabou por viabilizar o cometimento de novos delitos, isso porque há um novo campo de atividade criminosa, o que o autor chama de “ciberdelinquência”, na qual se percebe a fácil atuação de organizações criminosas e o emprego de tecnologias nas empreitadas. Inobstante a isso, tem-se, ainda, a submissão à falha, isto é, além da criminalidade dolosa, praticada por pessoas e organizações intencionalmente, a sociedade passa a contar com condutas não dolosas, nas quais pessoas, ao manusearem instrumentos tecnológicos, passam a cometer “falhas técnicas”, levando-se a uma nova interpretação do risco, se estes devem ser vistos como penalmente relevantes ou socialmente aceitos³⁵.

Seguindo nessa linha, o autor expõe que a “institucionalização da insegurança” é outra causa da expansão penal, a utilização de substâncias cujos efeitos nocivos ainda não se conhecem e seus futuros reflexos causam incertezas

³⁴ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33-35.

³⁵ Ibid. p. 35-37.

na comunidade³⁶. Os riscos não estão apenas relacionados às decisões que os geram, mas às que o distribuem, questionando-se sua obscuridade, ainda que levada a público. Essa situação finda na alta interação individual de níveis desconhecidos, constituindo-se a sociedade em um conceito complexo, já que a profunda “correlação das esferas de organização individuais” pode produzir efeitos lesivos, gerando as referidas incertezas, o que amplia o entendimento da necessidade de manutenção e criação de delitos de perigo, afastando-se a imprescindibilidade de lesão e resultado na norma penal, por serem insatisfatórias³⁷.

Ainda acrescenta Silva Sánchez que a “sociedade pós-industrial e europeia é uma sociedade que expressa a crise do modelo do Estado do bem-estar social”, porquanto a competitividade, geradora de “desemprego ou marginalidade – especialmente juvenil – irredutíveis, de migrações voluntárias ou forçadas, de choque de culturas”³⁸, produzem aumento da violência nas relações individuais, proporcionando medo entre indivíduos, impactando na elevação da sensação de medo.

³⁶ Neste ponto, importante referir a pesquisa de Engelmann, o qual tem debruçado-se sobre o tema das nanotecnologias, elementos que são adequadamente possíveis de serem considerados nas substâncias expressas por Silva Sánchez como elementos da causa da institucionalização da insegurança na sociedade. E este ponto é preciso referir, em sua pesquisa, Engelmann assevera o seguinte quanto às novas substâncias, em específico à nanotecnologia: “Outro ponto importante a ser investigado: os riscos. Eles existem e estão sendo destacados por pesquisas científicas publicadas em revistas qualificadas de diversas áreas, relacionadas a diversos nanomateriais como os nanotubos de carbono e a nanop prata. Esse último é um dos nanomateriais engenheirados (aqueles produzidos a partir da ação humana) mais comuns usados em produtos para o mercado consumidor. Tem uma relevante atividade antibactericida e baixo custo, aspectos que não estão recebendo a devida atenção pelos fabricantes ou, pelo menos, a esse ‘detalhe’ não aparece em nenhum rótulo ou material de divulgação. A nanop prata, por exemplo, é utilizada na linha branca de eletrodomésticos, bebedouros, aparelhos de ar condicionado e outros itens de uso e contato diário do consumidor”. (ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um exemplo de inovação e os reflexos jurídicos no cenário da pesquisa e inovação responsáveis (responsible research and innovation) e das implicações éticas, legais e sociais (ethical, legal and social implications). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 234-235). Frisa-se que o autor, em mesmo artigo, reitera a importância da evolução social quanto a estes novos elementos, mas, também, que deve haver necessária regulamentação e controle dos seus riscos. Percebe-se que a pesquisa de Engelmann concretiza a preocupação com a utilização de substâncias que não possuem clareza em seu emprego. Isso, para o direito penal, acaba por causar instabilidade na segurança, fazendo com que, novamente, passe a ocorrer exigências por parte da população para que o direito penal interfira, gerando efeito antecipativo da intervenção penal, cultura que acabou sendo aplicada à antecipação da execução da pena.

³⁷ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37-39.

³⁸ Ibid., p. 39-40.

Nessa causa apresentada pelo autor, faz-se imperioso acrescentar a atual questão da imigração, já que se tem observado os efeitos dela em locais como a Europa e – como reflexo de outra das causas, entendida aqui como causa, a globalização – no Brasil. Não poucas são as notícias³⁹ que demonstram o terror e o medo, seja por parte de nacionais, seja pelos imigrantes, que circulam pela rede internacional de informações. O conflito multicultural, a ameaça do desemprego, faz com que massas ainda maiores acabem sendo marginalizadas e o medo tome mais densidade. Há evidências de que alguns países vêm utilizando-se de criminalizações para evitar ou expulsar imigrantes, a fim de reduzir os impactos do medo causados pelos motivos já explicitados aqui. A *crimmigration*⁴⁰ demonstra que as imigrações em massa ocorridas recentemente são um dos robustos meios de concretização da institucionalização da insegurança, já que esses países, por meio de seus atos, mostram não saber agir diante da situação, reforçando os receios do cidadão comum, e convalidando em verdadeiro excesso pela criminalização do ato de imigrar, deixando de ser uma mera relação de “ignorância”, para partir a um direito penal do autor, no qual a pessoa é julgada pelo que é, não pelo que fez⁴¹.

Persistindo nos apontamentos de Silva Sánchez, a “sensação social de insegurança” é outro fator constitutivo da expansão do Direito Penal, talvez o mais importante para realidade contemporânea. Nela, observa-se que diversas

³⁹ No intuito de evidenciar as notícias, cita-se: THE GUARDIAN view on migration to Europe: changing routes, unchanged principles. **The Guardian**, Londres, 28 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/aug/28/the-guardian-view-on-migration-to-europe-changing-routes-unchanged-principles>>. Acesso em: 12 dez. 2017. MISHRA, Pankaj. How the new immigration is shaking old Europe to its core. **The New York Times**, New York, 14 set. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/14/books/review/crisis-of-multiculturalism-in-europe-rita-chin-immigration.html>>. Acesso em: 26 dez. 2017. BUARQUE, Daniel. Pesquisa revela alta rejeição a refugiados e imigrantes no mundo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 ago. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/08/1801673-pesquisa-revela-alta-rejeicao-a-refugiados-e-imigrantes-no-mundo.shtml>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

⁴⁰ Utilizado por Stumpf, o termo serve para identificar a criminalização da imigração por determinados países. A autora refere, na p. 381 de seu artigo, que: “*The ‘crimmigration’ merger has taken place on three fronts: (1) the substance of immigration law and criminal law increasingly overlaps, (2) immigration enforcement has come to resemble criminal law enforcement, and (3) the procedural aspects of prosecuting immigration violations have taken on many of the earmarks of criminal procedure. Some distinctions between immigration and criminal law persist and shed light on the choices our system has made about when and how individuals may be excluded from the community.*” STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power. **American University Law Review**, [S.l.], v. 56, n. 2, p. 367-419, dez. 2006. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1274&context=aulr>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

⁴¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco” e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um modelo de direito penal do autor. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45-90.

circunstâncias que integram esta causa são vistas diariamente e tem gerado grande impacto na repressão punitivista e na mitigação de garantias do indivíduo. O autor, neste ponto, passa a identificar a existência da denominada “sociedade acelerada”, na qual há um excesso de mudanças repentinas, céleres, resultando em dificuldades de adaptação e produzindo anseios no cidadão, como a “falta do curso das coisas”. O ser-humano já não consegue controlar sua rotina, não consegue manter-se atualizado, porquanto a dinâmica da sociedade ultrapassa limites inexplicáveis⁴². Essa falta de assentamento, de controle por parte do ser-humano, acaba por gerar uma instabilidade e a sensação de que tudo foge ao seu controle, consubstanciando ainda mais a sensação do medo, pois a falta de controle produz reflexo direto no não conhecimento dos resultados, não se encontrando respostas no próprio agir do Estado, que também permanece desorientado quanto ao assunto da imigração.

Agrega-se a isso a dificuldade de “obter uma autêntica informação fidedigna”⁴³, isto é, em razão da tecnologia, do amplo acesso à rede mundial de computadores, a propagação de informações incorretas, falsas, são de altíssima circulabilidade, o que leva ao indivíduo a duvidar das informações que o alcançam. Esse fenômeno é bem identificado nas chamadas *fake news*, propagadas, especialmente pela rede mundial de computadores, as quais vêm tomando mais espaço no cotidiano da atual sociedade, atraindo a atenção, inclusive, de autoridades, tendo em vista o alastramento de informações graves e falsas disseminadas. Em um contexto internacional, a Alemanha, por exemplo, tem pretendido aplicar multas⁴⁴ a redes sociais que não praticarem medidas de combate às *fake news*, em razão da disseminação de notícias fabricadas. Outro exemplo é o impacto gerado nas eleições estadunidenses de 2016, na qual, consoante pesquisa realizada pelo BuzzFeed News, o compartilhamento de notícias falsas em redes sociais superou as notícias de origem “confiáveis” (grandes veículos de informações), alcançando, as 20 primeiras *fake news*, um total de 8.711.000,00 de compartilhamento, reações e comentários na rede social *facebook*, contra

⁴² SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40-41.

⁴³ Ibid. p. 42.

⁴⁴ ANSA. Alemanha pode impor taxa a redes sociais contra *fake news*. **IstoÉ**, São Paulo, 13 mar. 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/alemanha-pode-impor-taxa-a-redes-sociais-contrafake-news/>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

7.367.000,00 das notícias oriundas das principais empresas jornalísticas dos Estados Unidos da América (*The New York Times*, *NBC* e *Washington Post*)⁴⁵.

Para o Brasil, as *fake news* têm impactado ainda mais na questão da sensação de insegurança. Imagens divulgadas de pessoas supostamente cometendo delitos, vídeos compartilhados fora de contexto, notícias fabricadas e populistas geram revolta na população, sensação de impunidade, levando a população a praticar crimes de alta gravidade, como o caso do assassinato de Fabiane Maria de Jesus que, em razão de uma falsa notícia, fora julgada pela comunidade onde residia como praticante de “magia negra” e assassinada por seus vizinhos⁴⁶. Por força de acontecimentos como esse, fora proposto o Projeto de Lei no Senado Federal n. 473/2017⁴⁷, o qual visa responsabilizar penalmente aqueles que divulgarem notícias sabidamente falsas e que possam vir a influenciar a informação à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral e ao interesse público. Em verdade, a falta de credibilidade do noticiário também acaba por influir na real propagação dessas *fake news*, a sociedade, especificamente a brasileira, acaba por não conseguir mais distinguir se a notícia é verdadeira, tendenciosa ou falsa, resultando na propagação daquilo que de fato atinge o emocional do ser-humano (raiva, paixão, alegria, etc.).

Mantendo-se na esteira da “sensação de insegurança” de Silva Sánchez, identifica-se a instabilidade emocional-familiar, essa que se verifica a partir da procura demasiada dos grupos econômicos por empregados solitários, uma vez que a ausência da família facilita na dedicação ao trabalho. Contudo, este perfil de indivíduo, cada vez mais procurado e encontrado na sociedade, sofre com a perplexidade da relatividade – há uma desorientação pessoal –, refletindo na perda de referências valorativas-objetivas, isto é, constitui-se uma sociedade sem

⁴⁵ SILVERMAN, Craig. This analysis shows how viral fake election news stories outperformed real news on facebook. **BuzzFeed News**, Toronto, 16 nov. 2016. Disponível em: <https://www.buzzfeed.com/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook?utm_term=.tgmrXV0wX&utm_medium=email&utm_campaign=News%20-%201117%20Thursday&utm_content=News%20-%201117%20Thursday%2BCID_b4842d954d8996072e2ffb08fbaf79a9&utm_source=BuzzFeed%20Newsletters#.narZ9aWNo>. Acesso em: 26 dez. 2017.

⁴⁶ D'AGOSTINO, Rosanne. Três anos depois, linchamento de Fabiane após boato na web pode ajudar a endurecer lei. **G1**, São Paulo, 01 abr. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/e-ou-nao-e/noticia/tres-anos-depois-linchamento-de-fabiane-apos-boato-na-web-pode-ajudar-a-endurecer-lei.ghtml>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

⁴⁷ NOGUEIRA, Ciro. **Projeto de lei do Senado Federal n. 473/2017**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/material/131758>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

“princípios generalizáveis” em que tudo é adstrito ao pragmatismo do caso ou à solução consensual⁴⁸.

Por meio da perplexidade da relatividade, passa o agente a “ser-estar” em um ambiente de “dessolidarização estrutural”, em que o interesse individual passa a preponderar, estabelecendo o individualismo de massas, deixando-se de considerar a sociedade como uma comunidade de pessoas envolvidas, mas sim um aglomerado de indivíduos, cada um com seu desejo, seu interesse particular. Essa nova realidade gera o sentimento de solidão, produtor da sensação de insegurança⁴⁹, pois o estar só é contra a natureza humana.

Outra relevante circunstância é a “experiência com o mal”, que viabiliza a sensação constante do medo. O autor refere que as guerras ocorridas no mundo, tanto as que deixaram vestígios como as que ainda se sentem em razão da proximidade e, especialmente, com o terrorismo, permitem a ampliação do medo e da angústia. Adiciona-se a este ponto o fato da redução de outras catástrofes comuns (as de nível natural) em razão da elevada tecnologia em aparelhamentos que se desenvolveu para prevêê-las, afastando-se o sentimento trivial de receio com algumas questões e agravando uma “sensibilidade a riscos”⁵⁰. O ser-humano, em razão de muitas mudanças sociais, já não está disposto a sofrer os riscos comuns de estar vivo, a dor não pode ser sentida, a frustração deve ser ignorada, circunstâncias que afetam o próprio viver, sensações próprias do “estar-vivo”, motivam a sociedade a exigir por mais criminalizações, por um processo penal mais direto, sem muitas garantias (ou, até mesmo, sem garantias).

É inexorável a participação dos meios de comunicação na configuração da sensação de medo. Por viabilizar a dinamicidade na informação, a mídia acaba propagando situações que reproduziriam a “realidade local”, concedendo a impressão de que aquilo que se transmite está próximo ao (tel)espectador, situação que viabiliza o temor do que ocorreu em ponto contrário do globo, causando, além do medo propriamente dito, a sensação de impotência, impulsionado pela dramatização da própria mídia⁵¹, fortalecendo-se o sentimento de que todo o mal que está sendo reportado ao receptor da notícia não pode ser evitado. Percuciente

⁴⁸ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42-43.

⁴⁹ Ibid., p. 43-44.

⁵⁰ Ibid., p. 45-47.

⁵¹ Ibid., p. 48.

diagnóstico Silva Sánchez faz em sua análise, algo que cotidianamente vem tornando-se mais presente, quanto à participação das instituições públicas nessa divulgação⁵².

É sabido que cada vez mais as mídias sociais estão sendo utilizadas pelas autoridades e instituições públicas, inclusive de segurança. Divulgação de vídeos de prisões, relatos de autoridade de segurança pública indignadas com o Judiciário, discursos de reprimenda por pessoas que vestem a farda do Estado vêm sendo disseminadas na *internet*, isso, conseqüentemente, ainda que não seja a pretensão, finda por propagar o medo de que aqueles atos criminosos estão acontecendo próximo ao cidadão, de que os agentes de segurança pública não confiam no Judiciário, o que acaba por fornecer o incentivo à justiça da revolta, ao desejo de justiça pelas próprias mãos. O conjunto de fatores definidos na “sensação de medo” faz com que a população exija uma resposta do Estado, notadamente do direito penal⁵³, já que todos os outros meios aparentam ser ineficazes ao combate à insegurança e à impunidade.

Permanecendo na linha do autor, é preciso apurar uma outra situação que deve ser abrangida pela “sensação do medo”, são os chamados discursos de ódio que vêm tomando cada vez mais espaço em discussões, especialmente virtuais. Grupos que se identificam com determinada ideologia e desprezam outros grupos acabam cometendo atrocidades por meio de palavras, legitimando o discurso do fácil combate a determinadas escolhas, ações, características, enfim, preciosismos que acabam por identificar determinado grupo, inclusive por políticos, parlamentares. O discurso de ódio pende a estigmatizar, eleger um inimigo (ou um grupo), por condição própria dele, fundando-se em uma segregação⁵⁴, vulgarizando a discriminação e o desejo de criminalização de determinados grupos (homossexuais, feministas, por exemplo).

⁵² SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 49.

⁵³ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁴ A abordagem realizada pelos autores do mencionado artigo dá conta de demonstrar os reflexos do discurso de ódio inclusive praticado por parlamentares e, ao fim, concluem que, quanto à estrutura conceitual, que: “A complexidade do fenômeno do discurso do ódio localiza-se na possibilidade de existir uma variedade de formas de manifestação e de tipos diferentes de ódio, que indicam a dificuldade da construção de um padrão conceitual para o problema”. SHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015.

Partindo-se para outro ponto da expansão do direito penal, a análise da “configuração de uma sociedade de sujeitos passivos” perpassa pela concepção de que o Estado atual possui muitos membros passivos (beneficiários, desempregados, pensionistas, etc.), pessoas que não possuem uma determinada atividade na sociedade, enquanto as classes ativistas (empreendedoras, dinâmicas e ativas), que fortaleceriam a concentração de capitais, são cada vez menores, levando à perda de muito de seu espaço, de seu prestígio na sociedade. Esse aumento de sujeitos passivos faz com que a noção de “risco permitido”⁵⁵ acabe por retroceder, pois as pessoas desejam, cada vez mais, mitigar o chamado risco permitido, com características de “restrição progressiva das esferas de atuação arriscada”, um dos motivos que tem incentivado a responsabilização por ações arriscadas. Por mais, tem-se também que essa redução do parâmetro de risco permitido gera, inclusive, a queda no aceite de fatos fortuitos, situações produzidas pelo azar, convertendo a concepção de que estes acidentes, na verdade, são injustos, acionando-se, novamente, o Estado mediante o direito penal⁵⁶.

Inclusive a ocorrência de desastres naturais passa a ser injustificável para a população, a sociedade parte em procura de um culpado para responsabilizá-lo pelos fatos ocorridos, agravando-se essa situação pela circunstância de que não se tolera, de forma comum, que a vítima possa ter contribuído para o ilícito ou,

⁵⁵ A ideia de risco permitido é centrada na concepção de que existe um risco tolerável no viver. A sociedade passa a estabelecer limites, elencando condutas toleráveis e intoleráveis. O grande problema para o direito penal e processual penal contemporâneo é que está ocorrendo uma redução considerável desta tolerância, circunstância que se acrescenta como uma das causas de expansão do direito penal – não exposta por Silva Sánchez, mas reconhecida por este trabalho –, já que a intolerância, seja de cunho social, racial ou com determinados atos, é consubstanciada por grupos seletos. Aí que exsurge um debate bem delineado por Luhmann ao expor sua preocupação com o “termostato” do risco: *“También las ciencias sociales han descubierto el problema del riesgo. Antropólogos de la cultura, de la sociedad, politólogos saben que la valoración y la aceptación del mismo no es únicamente un problema psíquico sino fundamentalmente social. Así, la conducta individual o se adecua a las expectativas socialmente mantenidas por los grupos de referencia relevantes o bien responde a procesos de socialización específicos – sea a favor o en contra del criterio socialmente admitido. El trasfondo de esta posición radica en una mejor comprensión del alcance del problema del riesgo inspirado ante todo en los problemas tecnológicos y ecológicos de la sociedad moderna. La pregunta relevante a este respecto se ocupa de saber quién o qué decide si (y en qué horizontes objetivos y temporales) un riesgo en tanto tal ha de ser considerado o no. A las ya conocidas discusiones sobre el cálculo, percepción, valoración y aceptación del riesgo, se suma ahora la problemática sobre la selección de riesgos, problemática que no trata de la causalidad, sino sobre la posibilidad de que los factores sociales puedan dirigir el citado proceso de selección”*. LUHMANN, Niklas. El concepto del riesgo. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). **Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo**. Trad. De Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 123-172.

⁵⁶ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 52-57.

simplesmente, que fatores diversos possam ter concorrido para o resultado lesivo (azar), reforçando a necessidade de que terceiro seja responsabilizado pelo fato danoso. “A vítima sempre se pergunta por um responsável, ainda que seja certo que às vezes a resposta correta é que ‘ninguém é responsável’”⁵⁷.

É significativo ponderar que esse fator acabou por distorcer a compreensão do fenômeno da imputação. Elemento que é nitidamente aquilatado como instrumento técnico, passou a ser adotado como de moral, a fim de satisfazer a sociedade na responsabilização de terceiros por fatos ocorridos quando nem mesmo se pode evidenciar um nexos causal entre a omissão do imputado e o fato consumado, é a mutação de conceitos de dogmática penal em política criminal.

Silva Sánchez segue seu diagnóstico apontando como uma das causas a “identificação da maioria com a vítima do delito”. Na sociedade contemporânea, observa-se uma alta tendência da sociedade identificar-se com a vítima, há uma histórica solidarização⁵⁸ geradora do desejo de “justiça”, na qual se busca a penalização do indivíduo delinquente. Isso demonstra, na forma que o autor expõe, que o Código Penal acaba sendo visto como se mera Carta Magna do autor do delito fosse, firmando a tese de Von Liszt⁵⁹. Entretanto, é imperioso reconhecer que se trata também de meio protetivo da vítima, na qual se autoriza, por meio do princípio da legalidade, a responsabilização daqueles que ofendem a integridade de determinado indivíduo e/ou de direito coletivo. Malgrado, deve ser interesse da vítima e da sociedade como um todo que os preceitos técnicos do direito constitucional e penal sejam respeitados para apuração do delito. Pondo-se em igualdade à vítima de forma irracional, a comunidade tende a aceitar a flexibilização de garantias, a mitigação de direitos e jargões como “quem não deve, não teme” propagam-se de forma incontrolável. Quando a lei é aplicada injustamente, mesmo àquele que possui culpa, todos saem lesados.

⁵⁷ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 57-60.

⁵⁸ Sobre essa solidarização, Vianello e Padovan retratam a concepção de “vitimização por procuração”: *“Per spiegare tale distorsione nella percezione sociale del rischio associato al crimine, si è parlato di “vittimizzazione per procura”, quella di cui sono vittime i conoscenti, gli amici, i parenti, quella di cui si sente parlare attorno a noi”*. VIANELLO, Francesca. PADOVAN, Dario. **Criminalità e paura**: la costruzione sociale dell’insicurezza. [S.l.], 1997. isponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267821965_Criminalita_e_paura_la_costruzione_social_e_dell%27insicurezza>. Acesso: 29 jul. 2018.

⁵⁹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 64-68.

O autor passa a identificar, também, que a pena é utilizada, inclusive, como meio de compensação ao sofrimento da vítima, porquanto a sociedade coloca-se na posição de amenizadora da dor do ofendido, por não ter evitado o fato delituoso, possuindo uma dívida com a vítima que é adimplida com o castigo ao autor do delito. A realidade exposta por Silva Sánchez acaba coincidindo substancialmente com a brasileira, pois reafirma que, em razão do momento no qual a criminalidade econômica é a principal discussão da doutrina e a atividade dos tribunais é transcendida por força do efeito da mídia de massa, é compreensível que a comunidade passe a colocar-se como vítima em potencial, fazendo-se com que determinados riscos não se amoldem ao conceito de “risco permitido”⁶⁰. A pontuação realizada pelo autor torna-se ainda mais clara quando se analisa a discussão proposta por Hume⁶¹ – autor que escancara o envolvimento das paixões no agir do ser-humano –, a qual se centra na questão do prazer na relação humana. Dá-se receptividade àqueles aos quais agradam o indivíduo, aos que despertam o desejo de troca de papéis.

No passo desse entendimento, é perceptível que a sociedade brasileira sempre estigmatizou a criminalidade de massa (crimes contra pessoa, contra o patrimônio, contra a vida) e alarmava-se com os *white collar crimes*, apontando-os como meios de impunidade – mesmo quando a esses era aplicada a lei devidamente –. Todavia, ao invés de ter ocorrido uma elevação na aplicação de garantias e direitos àqueles praticantes de “crimes comuns” (os quais seriam praticados pelo cidadão comum em uma visão simplista), a pressão social fez com

⁶⁰ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 68-70.

⁶¹ O ponto colocado por Hume demonstra que o ser-humano identifica-se com aquilo que o satisfaz, que permite uma empatia profunda, na qual se autorizaria, inclusive, estar no lugar deles. O fato é que, pragmaticamente falando, ninguém deseja estar no lugar do autor de um delito, o ser-humano possui por excelência acreditar ser bom, motivo pelo qual, ao analisar a relação vítima e autor do delito, a sociedade coloca-se a julgar o autor, não a vítima. Não há apreço por aqueles que cometem delitos, não se deseja estar na posição deles, ainda que se saiba que o delito é inerente à própria estrutura social. Hume expõe essa relação de prazer na relação humana em diversos pontos de sua obra, mas, em especial, refere: “Nada é mais evidente do que qualquer pessoa atrair a nossa afeição ou expor-se à nossa má-vontade em proporção com o prazer ou incômodo que recebemos dela e que as paixões vão exatamente a par das sensações em todas as suas mudanças e variações. Todo aquele que possa, pelos seus serviços, a sua beleza ou a sua lisonja, encontrar o meio de se tornar útil ou agradável a nós, está seguro da nossa afeição; pelo contrário, aquele que nos prejudicar ou desagradar nunca deixa de excitar em nós cólera ou ódio. Quando a nossa própria nação está em guerra com outra, detestamos todas as pessoas desta nação [...]”. HUME David. **Tratado da natureza humana**. Tradução de Serafim da Silva Fontes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.p. 397.

que, a partir de casos em concreto como o Mensalão e a Lava-Jato, a relativização de garantias e direitos passasse a encontrar, também, os praticantes de delitos econômicos, ignorando o fato de que a supressão de direitos e garantias de um, afeta a de todos.

As explicações de Silva Sánchez direcionam-se ao encontro da atual discussão brasileira sobre a redução da “maioridade penal”, por exemplo, reforçando o autor que o fenômeno da identificação da maioria com a vítima chega a alcançar a chamada “criminalidade infantil”⁶². A legislação repressiva deste tipo de criminalidade é reduzida, haja vista que outras circunstâncias são levadas em consideração, como a capacidade de compreensão do indivíduo, seu amadurecimento e, principalmente, a corresponsabilidade social, em que a sociedade possui parte substancial de responsabilidade no envolvimento de um jovem em um crime. Malgrado, ao que se observa, esta situação não se caracteriza como causa, propriamente dita, da expansão do direito penal, mas sim resultado dela.

Outra causa de expansão do direito penal apresentada pelo autor é o “descrédito de outras instâncias de proteção” que, no Brasil, possui ainda maior relevância, seja pela “cultura judicial”⁶³ estabelecida, seja pelas crises política e econômica agravadas no período de 2016 a 2017. Para o autor, os motivos anteriormente postos por ele não são suficientes para explicar a expansão do direito penal em si, pois haveria a possibilidade de expansão de outros mecanismos de proteção de bens, como a própria ética social, o direito civil e o administrativo. Contudo, em razão da descredibilidade, limitação ou inexistência destas outras instâncias, o direito penal passa a ser o responsável pela resposta às outras causas.

O autor explica que quanto à ética social, ao utilizar-se de trechos de Ortega y Gasset, houve uma perda consistente da compreensão de deveres. O cidadão acreditou constituir-se em ser de ilimitados direitos e sem deveres, isso independentemente de ideologia, inclusive partidária⁶⁴. No Brasil, torna-se ainda mais evidente esta crise, já que se observa uma crise de identidade de posicionamento político-moral de partidos, pessoas, numa contínua busca pelo poder. Não é difícil constatar partidos que se denominam de ideologia de direita

⁶² SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 73-74.

⁶³ A referência a cultura judicial diz respeito ao excessivo acionamento do Poder Judiciário pelos cidadãos e instituições, bem como ao ativismo decisionista praticado pelo Judiciário.

⁶⁴ SÁNCHEZ, op. cit., p. 75-76.

agirem como de esquerda, assim como o contrário, tão somente na busca pelo trono. Há uma ausência de ética social, de compromisso de uns com outros, consigo mesmo, gerando uma ausência da democracia participativa (principalmente fiscalizatória), causando o fenômeno da “cessão da cidadania”, isto é, o cidadão repassa ao Estado ou às autoridades as responsabilidades inerentes à cidadania, como é o atual depósito de confiança ao Poder Judiciário, o qual tudo deve resolver, pois a população não se movimenta para pressionar suas autoridades políticas⁶⁵.

Quanto ao direito civil, Silva Sánchez aponta que, com o desenvolvimento da condição de segurado, passou-se a aceitar bem o dano, banalizando-se o dano a uma restituição coberta por uma instituição, além da tendência à padronização que o direito indenizatório passou a adotar⁶⁶. Essas exposições demonstradas pelo autor identificam a necessidade de apuração do caso em concreto e da devida responsabilização daquele que comete diretamente o ilícito, a lesão. Primeiro, porque o seguro arcará com uma possível indenização, a qual não penalizará diretamente o autor do fato, causando sensação de injustiça pela mera reparação e não penalização; segundo, porquanto os tribunais acabam por padronizar esta reparação, não se compulsando mais o caso em concreto, criando-se um sistema de enunciados⁶⁷ inalteráveis, gerando, continuamente, o senso de injustiça por não avaliação do caso.

Referente ao terceiro e último ponto do descrédito em outras instâncias, o autor afirma que o direito administrativo⁶⁸, em razão de sua burocratização e elevado envolvimento corruptivo, deixa a desejar quanto à sua credibilidade perante os

⁶⁵ Essa ausência de compromisso ideológico permite que, por exemplo, haja a unificação de entendimentos político-partidários, fortalece a posição do Poder Judiciário, inclusive nas ações inadequadas, em que concede interpretação diversa a termos constitucionais. Como a população já acredita que “todos os políticos são iguais”, passa a depositar sua confiança no Judiciário, que vem sobrepondo-se aos demais Poderes.

⁶⁶ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 77-79.

⁶⁷ Streck, um dos principais críticos aos enunciados, defende veementemente a impossibilidade de utilizá-los para permitir uma padronização do direito, para Streck, os enunciados “Laboram com conceitos sem as coisas. Os conceitos antes dos casos” (STRECK, Lenio Luiz. A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo? **Conjur**. São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>>. Acesso em: 04 jan. 2018). E ainda reforça “que os enunciados antecipam sentidos antes de se deparar com os fatos”. (STRECK, Lenio Luiz. Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do direito. **Conjur**. São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>>. Acesso em: 04 jan. 2018).

⁶⁸ Em uma análise posta por Silva Sánchez, tem-se que sua referência não reflete o direito administrativo em sua forma ampla, mas sim o praticado de fato pela Administração Pública, sem intervenção judiciária. Mecanismos de ações elaboradas pelo Executivo, inclusive Legislativo, de fiscalização e penalização.

cidadãos, transmitindo uma concepção de que apenas acomodados serão agraciados por sua intervenção⁶⁹. Embora a posição do autor adegue-se perfeitamente à realidade brasileira, é preciso considerar mais uma circunstância: a falência do direito administrativo no Brasil e, especialmente, sua limitação.

Diferentemente do que ocorre em outros países, o Brasil possui uma estrutura frágil de seu sistema legal-administrativo. Além dos pontos elencados pelo autor, é comum que a autoridade administrativa brasileira não possua uma imparcialidade, seja tendente a buscar benefícios para a própria Administração, gerando desconfiança no cidadão. Mais, em razão da cláusula constitucional aberta da inafastabilidade jurisdicional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o direito administrativo passa a tomar forma frágil, não possuindo palavra determinante, algo que em uma democracia que vise um direito penal mínimo é negativo. Contudo, tendo em vista a característica das vias administrativas do Brasil, a cláusula aberta, na maioria das vezes, acaba sendo a mantenedora da justiça. Assim, por esse fraquejar das outras instâncias, sua descredibilidade, o direito penal passa a ser o único meio, ainda, visto como obstaculizador da injustiça e da impunidade, permitindo que se amplie cada vez mais para suprir as necessidades não satisfeitas por outros institutos.

Segue Silva Sánchez colocando como causa da expansão os “gestores atípicos da moral”, estes que se diferenciam por atuação de grupos que buscam a responsabilização de determinados movimentos ou atos por meio do direito penal. O autor faz uma intrigante crítica ao apontar que grupos que combatiam o antigo gestor atípico da moral (grupos burgueses) passaram a ter influência e a reivindicar a criminalização de condutas, exemplifica com os pacifistas – que pretendem criminalizar a propagação de ideologias violentas –, grupos antidiscriminatórios – que buscam a criminalização de ideologias racistas ou sexistas –, as Organizações Não-Governamentais (ONGs) – que em geral protestam contra a violação de direitos humanos em outras partes do mundo⁷⁰.

É perceptível que o autor não critica a criação desses grupos, tampouco que não seja necessária a responsabilização daqueles que cometem os atos pelos quais os referidos grupos são adversos, mas avalia o abuso do direito penal para isso.

⁶⁹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 79-80.

⁷⁰ Ibid., p. 80-82.

Inclusive, segue ele afirmando, que a criminologia crítica – antigamente fundada em uma teoria abolicionista – acabou por se reinventar em uma prestadora de novos processos de criminalização. Isto é, os grupos que sempre propugnavam por um direito penal mínimo aduzindo que a coação produzida pelo direito penal é inútil e nociva, passaram a clamar por mais direito penal⁷¹. Não se pode deixar de dizer que há aqui reflexo da causa anteriormente apontada por Silva Sánchez, já que há uma espécie de quebra de ética moral. Os grupos contradizem-se ao afirmar que determinada conduta deve ser evitada, mas quando os atinge, exigem que seja tratada da mesma forma que dos atos que combatem. Há um paradigma ideológico (ou oximoro, dependendo do ângulo de visão crítica).

“A atitude da esquerda política: a política social-democrata na Europa” é outro caso de expansão do direito penal. Conforme o autor, na Europa, houve uma real mudança na atuação da esquerda, pois enquanto a direita persistia em um discurso conservador de maior segurança, mais atuação do Estado, a esquerda lutava pela minimização da interveniência estatal, redução, inclusive, do poder punitivo. Contudo, por força do discurso de “lei e ordem na versão da esquerda”⁷², esta passou a exigir a criminalização de condutas relacionadas ao crime de colarinho branco, isto é, a esquerda foi uma das propulsoras da expansão do direito penal, embora sua tentativa fosse de equilibrar a penalização da classe pobre à rica, algo que para o autor não se desconhece, a utilização do direito penal deveria ser revista para isso.

O caso torna-se ainda mais claro no contexto contemporâneo brasileiro em razão da guerra política tracejada entre os dois polos (direita e esquerda), no qual ora pende-se ao garantismo, ora ao punitivismo. Isto é, se determinada autoridade vinculada à direita sofre processo criminal ou é preso, a direita afirma que as garantias constitucionais devem ser aplicadas, inclusive a presunção de inocência, enquanto a esquerda alarma na mídia a gritos de impunidade e necessidade de justiça. Ocorre que este panorama é visto, também em posições contrárias, quando a autoridade é esquerdista, o que acabou gerando uma dupla face punitivista além das já referidas (tipificações de delitos encabeçados pela esquerda). A crítica não paira sobre a reprovabilidade de atos praticados por determinadas classes, mas sim

⁷¹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 83-84.

⁷² Ibid. p. 84-89.

o manuseio do direito penal para alcançar resultados em todos os lados. Se é um direito penal mínimo que se defende, este deve ser aplicado a todos, e não a determinada parcela da população.

O papel da esquerda política é fundamental, não só para o direito penal, mas para o Estado como um todo, pois é pela atuação da esquerda junto à direita que há harmonia ideológico-política da Nação. Se ambos começarem a agir de forma idêntica, o Estado acaba perdendo sua popularização, sua diversidade, há uma espécie de política única, que ora pende para esquerda, ora para direita, mas sempre com a mesma linha gestora.

O último ponto trazido por Silva Sánchez é “um fator colateral: o gerencialismo”, o autor direciona a causa da expansão do direito penal também à ideia de que o direito penal passou a ser o gerenciador das resoluções. As medidas de negociação, desformalização, ideias de privatização, afastaram o real caráter do direito penal⁷³. Entretanto – motivo pelo qual não se aprofundará tanto este ponto –, o fundamentado pelo autor é, em parte, causa de expansão do direito penal, porquanto grande fração dos elementos tidos pelo escritor como causa de expansão, parece, em realidade, resultado da expansão.

O ponto principal que deve ser analisado como causa é, de fato, “o desconhecimento da população sobre o processo penal”⁷⁴, hodiernamente evidencia-se a manifestação popular no sentido de “quem não deve, não teme”, o que seria comum em uma concepção de que o princípio do *in dubio pro reo* seria devidamente concretizado no âmbito do processo penal, contudo, na prática, observa-se a necessidade do réu fazer prova de sua inocência, mesmo quando ausentes elementos acusatórios para prosseguimento do processo. E este fenômeno de desconhecimento do direito penal, do processo penal, resulta na falsa compreensão de que há um funcionamento do sistema e, inclusive, este funcionamento deveria ser mais restrito, mais duro. Essa falta de amparo com a realidade consubstancia-se pelo desconhecimento da própria Constituição Federal, eixo central do direito penal e processual penal. Como se pode depreender da pesquisa realizada pelo

⁷³ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 89-96.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 93.

DataSenado⁷⁵, publicada em outubro de 2013, na qual foram ouvidas 811 pessoas de regiões diversas do Brasil, as quais responderam a algumas perguntas, dentre elas “Como você avalia seu nível de conhecimento sobre a atual Constituição brasileira?”, sobre essa questão 5,3% referiram ter alto conhecimento; 50,8% possuíam conhecimento médio; 35,1% afirmaram ter baixo conhecimento; 7,8% aduziram ter nenhum conhecimento; e 1% não soube ou não quis responder.

Analisando esta pesquisa, verifica-se que 93,7% da população possui conhecimento de conceito máximo “médio” da Constituição Federal, o que, na prática, a porcentagem deve ser superior, já que não houve aplicação de teste para apuração real do conhecimento. Esses dados certamente levam a identificar que a falta de conhecimento da Norma Maior reflete, necessariamente, nas de cunho infraconstitucional e, especialmente, nas teorias do direito (no caso, o penal).

Feitas as análises das causas da expansão do direito penal, a partir da leitura de Silva Sánchez, comparando com questões locais do Brasil, é nítido que o direito penal transmutou-se em um atalho para sociedade, o qual se acredita resolver, milagrosamente, os problemas inerentes a ela, não se admitindo mais um risco mínimo de nela se viver, tampouco o envolvimento pessoal do cidadão para resolução por outras formas.

Este atalho empregado especialmente no direito penal, passou a ser utilizado, também no processo, relativizando garantias processuais, gerando sintomas no Estado Democrático de Direito passíveis de serem irreversíveis. Assim, o próximo subcapítulo destina-se a diagnosticar alguns resultados derivados da expansão do direito penal, para melhor identificar os impactos no direito penal, no direito processual penal, no Estado Democrático de Direito como um todo.

2.2 Alguns Resultados Derivados da Expansão do Direito Penal

É fenômeno naturalístico que toda causa gere algum sintoma, e isso não é diferente na esfera jurídica, tampouco na política. A expansão do direito penal, ao se incrustar na cultura contemporânea do direito penal – como se pôde observar, não só do brasileiro –, produziu resultados que acabam por tolher direitos e garantias do cidadão, capitaneadas tanto por técnicos, autoridades, como pelos próprios

⁷⁵ SENADO FEDERAL. DataSenado. **25 anos da Constituição Federal**. Brasília, DF, [2013]. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/brasileiros-reconhecem-importancia-da-constituicao-cidada>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

cidadãos, justamente pela falta de conhecimento, desses últimos, sobre a legislação, sobre o direito como um todo (uma das causas apontadas para expansão). Como a sociedade não admite mais sofrer riscos próprios da convivência com outros iguais, o direito penal está sendo manipulado para reduzir, ao máximo, esse risco, não se dedicando mais – ou apenas – aos crimes de dano, em que a norma penal prevê a lesão a determinado bem jurídico e, para tipificação deste delito, deve ter o agente ofendido o bem juridicamente resguardado pela tutela penal, passando a proteger, demasiadamente, os delitos de perigo, isto é, a mera existência de exposição ao risco do bem já é passível de reprimenda penal.

Aqui, então, surge o primeiro sintoma a ser analisado, a imersão jurídico-penal do direito nos tipos de perigo. Por força da incontrolável modernidade, produtora da necessidade de segurança, o risco passa a ser avaliado de forma ainda menor, já que a sociedade tornou-se intolerante⁷⁶ com atos próprios de sua institucionalização. Entretanto, se se realizar análise correlata ao que coloca Durkheim, se a sociedade é similar ao sistema nervoso do organismo animal⁷⁷, pode-se concluir que o direito penal seria o último remédio a ser prescrito e aplicado. Dessa forma, a utilização abundante dos crimes de perigo, seria como empregar sempre e abusivamente o remédio mais severo para prevenção da doença, o que causaria outros sérios sintomas deletérios ao organismo.

⁷⁶ Repisa-se, nos termos do que fora defendido anteriormente, que a intolerância sempre realizou atrocidades no âmbito do Estado, da sociedade. Embora se reconheça que um povo demasiadamente tolerante acaba por se tornar seu algoz – ao passo que aceitará tudo que lhe for imposto –, uma sociedade intolerante acaba por realizar verdadeiras caçadas históricas e modelagens inadequadas, como se verifica com a redução de compreensão de risco permitido. As pessoas não se sujeitam mais a ouvirem o que não desejam, querem responsabilizar aqueles que as contrariam; o conflito entre crianças na escola deixou de ser algo da normalidade na educação para se tornar disputas judiciais. A intolerância possui efeitos funestos para sociedade, tendo Voltaire tido a oportunidade de elencar diversos apontamentos de autoridades sobre a necessidade do tolerar e os abusos do intolerar. Ao final, o autor ainda ressalta, no capítulo XV de sua obra, ao tratar sobre testemunhos contra a intolerância, que “[...] certamente não existe qualquer vantagem em perseguir aqueles que não partilham de nossa opinião e em provocar seu ódio contra nós. Há, portanto, repito mais uma vez, um absurdo na intolerância. Porém, poderá ser dito, aqueles que têm interesse em perturbar as consciências não são absurdos. [...]”. VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2011. p. 89.

⁷⁷ O autor realiza análise de condutas sociais a partir da divisão do trabalho, reconhecendo a existência de um direito cooperativo, o qual gera efeitos cíclicos no âmbito de uma sociedade. Isto é, a produção de um trabalhador autoriza o consumo por outro, que por sua vez trabalha em outro setor para consumir. Assim, se houver uma falha em algum dos setores, necessariamente haverá um prejuízo aos outros, circunstâncias que permitiu o escritor a concluir que “Em definitivo, esse direito tem na sociedade um papel análogo ao sistema nervoso do organismo. De fato, este tem por tarefa regular as diferentes funções do corpo, de maneira a fazê-las concorrer harmonicamente; ele exprime assim, naturalmente, o estado de concentração a que chegou o organismo, em consequência da divisão do trabalho fisiológico”. DURKHEIM, Émile. **A divisão social do trabalho**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 105.

Os crimes de perigo, que vêm sendo cada vez mais adotados, em especial no Brasil, são resultados de uma estratégia universal da antecipação⁷⁸, denominação realizada por Wildavsky. O autor destaca que, na atualidade, há duas estratégias universais genéricas para se alcançar a segurança desejada, a (i) *resilience strategy* e a (ii) *anticipation strategy*, inclusive capazes de serem aplicadas por diversas formas vivas⁷⁹. A *resilience strategy* – na tradução de Beriain como *capacidad adaptativa* – ocorre quando o sistema atua primeiro e, ao se deparar com o erro, o corrige, adquirindo segurança e experiência, já a *anticipation strategy* – *anticipación* – é o mecanismo oposto, o sistema tenta evitar, previamente, as ameaças tidas como hipotéticas e não permite experimentos sem garantias prévias contra o erro. Beriain⁸⁰, ao analisar o estudo de Wildavsky⁸¹, reafirma que este depreende que a utilização da estratégia da antecipação viabiliza a criação de novos riscos e impede a análise de “oportunidades de benefícios” que derivam do risco a ser assumido.

Contudo, a utilização descomedida dos delitos de perigo acaba por incitar – a já reconhecida – crise no âmbito das ciências criminais (total ou global). Anteriormente ao final do século XIX, a dogmática jurídico-penal era reconhecida como a única ciência na esfera penal, todavia, após este período, houve uma evolução teórica sobre o tema, em que as ciências criminais constroem-se pela junção da dogmática jurídico-penal – a qual detém o dever puramente jurídico, normativo e dogmático no direito penal – e outras duas ciências auxiliares, da

⁷⁸ Aqui, em um dos primeiros efeitos da crise contemporânea do direito penal, embora esteja diretamente relacionado com o direito penal material, observa-se o caráter da antecipação, fenômeno retomado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com a execução provisória da pena. Os efeitos antecipativos vêm sendo altamente aplicados no âmbito do Direito e acabam por contrariar dispositivos constitucionais, como adiante observar-se-á. Ainda, não se pode desconsiderar que os crimes de perigo, especialmente abstrato, prejudicam em muito a concepção de defesa dentro do próprio processo penal, concretizando uma mitigação de garantia processual, como a ampla defesa, uma vez que a concretude do fatos passa a não existir, e a defesa deve ficar restrita a hipóteses.

⁷⁹ WILDAVSKY, Aaron. **Searching for safety**: social theory and social policy. Londres: Routledge, 2017. Documento disponível para Kindle.

⁸⁰ BERIAIN, Josetxo. El doble sentido de las consecuencias perversas de la modernidad. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). **BERIAIN. Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo**. Trad. de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 07-29.

⁸¹ A análise exposta por Beriain torna-se ainda mais visível ao compulsar o seguinte trecho escrito por Wildavsky: “*I stress the counterintuitive implications of anticipation as a strategy for securing safe because this should guard us (and policy makers as well) against the facile conclusion that the best way to protect people is always to reduce in advance whatever hypothetical risk may be imagined, rather than enable people to cope in a resilient fashion dangers when, as, and if they manifest themselves. Are we better of doing nothing unless we are absolutely certain it is safe, or are we better of doing as much as we can ruling out only high probability dangers that we can effectively prevent and relying otherwise on our ability to deal with harms as day arise?*” WILDAVSKY, op. cit.

política criminal – incumbida da definição de estratégias de controle social da criminalidade – e da criminologia – destinada ao estudo empírico da criminalidade⁸².

Na contemporaneidade, denota-se que houve a dilatação de uma autonomia entre as esferas constituintes das ciências criminais, não estando mais a dogmática jurídico-penal no centro delas, algo que – de toda forma – não demonstra uma efetiva contrariedade ao sistema penal. Entretanto, a preocupação paira na transposição⁸³ da política criminal, essa que além de responsável por estabelecer as estratégias de controle social da criminalidade, passa a influenciar fortemente o próprio direito penal.

Essa circunstância acaba refletindo na condução da estratégia político-criminal na concepção antecipativa do direito penal, como já referido, causando uma preocupante reação duvidosa quanto à legitimidade dos delitos de “pôr-em-perigo”⁸⁴, legitimidade suspeita por autorizar tipos penais que restringem direitos fundamentais, “porquanto a sua concreta realização se relaciona com a justa distribuição do *jus puniendi*”⁸⁵.

Evidencia-se que os delitos de perigo possuem dicotomia dogmática, porquanto se dividem em tipos de perigo em concreto e abstrato. Os delitos de perigo em concreto possuem a característica de coibir condutas que coloquem o bem jurídico-penal, efetivamente, no raio de ação da conduta perigosa (efeito *ex ante*) e cuja probabilidade de dano ao bem é alta (efeito *ex post*)⁸⁶. Já os delitos de perigo abstrato não exigem a existência de um bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa, tampouco, conseqüentemente, requer alta probabilidade de dano ao bem jurídico, mas sim uma “possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico”⁸⁷, que é determinada anteriormente, em forma hipotética. Não se desconhece que há validade na existência dos crimes de perigo (abstrato, em concreto, ou outros que a doutrina vem fundamentando), mas que seu uso deve ser

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 1, p. 20.

⁸³ Dias aponta que a política criminal tornou-se transdogmática, transpositiva e trans-sistemática, passando a agir no padrão crítico tanto do direito constituído, quanto no direito constituendo. *Ibid.*, p. 35.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 568.

⁸⁵ COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 568.

⁸⁶ D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 110.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 112-113.

moderado e, imprescindivelmente, deve demonstrar uma relação com a proteção a um bem jurídico com dignidade penal⁸⁸.

Por força da expansão do direito penal, por suas causas, o abuso no emprego de delitos de perigo, especialmente o abstrato, reveste-se de um “*standard* de segurança artificialmente elaborado pelo legislador”⁸⁹. Assim como a norma pode ser utilizada para proteger bens difusos, acaba, também, tornando-se ação arbitrária do gozo político que, pela preponderância da política criminal – sem cooperação com a dogmática jurídico-penal –, finda por permitir a tipificação de condutas muitas vezes penalmente irrelevantes, sem um bem jurídico penal digno de tutela. Essa antecipação na penalização influencia a estrutura do processo penal, em que restrições de defesa acabam sendo reduzidos, fazendo com que a ampla defesa, constitucionalmente prevista, passe a ser de difícil emprego, porque os tipos penais já não tratam mais de condutas praticadas, mas de situações hipotéticas, há uma espécie de inversão do ônus probatório – também por força da estratégia da antecipação –, em que o réu deve fazer prova da inexistência daquele “perigo abstrato”.

É possível identificar esse reflexo no processo penal, por exemplo, no caso do delito de gestão temerária de instituições financeiras (previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986). O referido tipo penal é delito de perigo, não havendo a necessidade de concretização de qualquer dano para a responsabilização do agente, ocorre que essa circunstância acaba prejudicando o acusado na concretização da ampla defesa, pois não se tem ao certo qual seria o risco lá tutelado, o que seria essa gestão temerária. Mais, caso o agente tivesse praticado o ato temerário em sua gestão e tenha gerado benefícios, pois o risco é próprio do mundo dos negócios, o gestor não seria responsabilizado, enquanto o mesmo gestor que praticou a mesma conduta padeceria⁹⁰. Contudo, o que se percebe é a necessidade do réu demonstrar que o ato não foi temerário, ao contrário da acusação, pois, em regra, embora crime de perigo, grande parte dos processos derivam de condutas que geraram prejuízo, tendo o réu ter de demonstrar que o

⁸⁸ COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.641.

⁸⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assim. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 130.

⁹⁰ PHILIPPSEN, Eduardo Gomes. Gestão temerária – a conduta do administrador de instituição financeira em face das normas regulamentares. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 34, fev. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/duardo_philippsen.html>. Acesso em: 20 ago. 2018.

risco sofrido e o ato praticado estavam dentro da normalidade da administração, ainda que a acusação prenda-se apenas ao prejuízo. Novamente há a redução de garantias no processo penal, já que não se leva concretude à denúncia oferecida contra o réu. Os delitos de perigo passaram a abrir a conduta, tendo o acusado ter de se defender de circunstâncias hipotéticas, e não mais concretas.

Outro resultado derivado da expansão do direito penal é o abuso das teorias utilitaristas e da análise econômica do direito no âmbito penal. Teorias que se estabelecem entre a busca da felicidade da maioria e a maximização da riqueza social acabaram por tomar força em razão da falta de empatia e o aumento da intolerância. Como não se observa mais o réu como uma pessoa em sua condição – já que os cidadãos não possuem relação empática com ele –, o direito penal passa a ser utilizado com o fim de buscar a vontade da maioria, seja produzindo um suposto prazer com a penalização em massa, seja reduzindo custo por meio do direito penal, alavancando uma suposta riqueza.

O utilitarismo, teoria liderada por Bentham, assume que a base do sistema é norteada pelo princípio da utilidade, o qual se consiste em “construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”⁹¹. Bentham edificou a concepção de que a sociedade é colocada à sujeição de dois senhores, o prazer e a dor, este senhorio delimita o agir da humanidade, suas decisões, seus hábitos. O termo utilidade, então, detém a carga axiológica de prazer, vantagem, bem, felicidade, necessariamente também pode ser valorada pela inexistência de dor, do mal, do dano. Isso pressupõe dizer que se o interesse da comunidade estabelecerá este conceito de felicidade, aquele indivíduo que tiver conflito de interesse estará sob o manto da infelicidade⁹². O utilitarismo, então, define-se pela soma do interesse de determinados grupos (uma maioria) que passam a impor o que é bom e ruim, o que deve ou não deve, sempre na busca pelo prazer “comum”.

Nesse ponto, o utilitarismo passa a tomar cada vez mais força nos mecanismos penais, evidenciando-se como reflexo da expansão penal, já que a comunidade passa a estabelecer, em uma tendência moralista, que o direito penal deve ser interventor ao máximo, ampliando-se os tipos penais, especialmente os de

⁹¹ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril cultural, 1979. p. 04-68. (Os pensadores).

⁹² Ibid., p. 04-68.

perigo, e reconhecendo a preponderância do interesse da comunidade sobre o do indivíduo réu em processo penal. A penalização é desejável.

Não se está dizendo que o utilitarismo deriva da expansão do direito penal, mas sim que aquele fenômeno passa a possuir maior influência e força nos sistemas jurídico e social, unindo-se a elementos próprios da análise econômica do direito, a partir da própria expansão, já que a concepção do “‘eu’ com o ‘outro’”⁹³, no direito penal contemporâneo, não vem sendo aplicado ao réu do processo penal, circunstância que facilita, ainda mais, a aplicabilidade do utilitarismo no âmbito penal.

Curioso, também, faz-se a verificação do espaço que circunstâncias próprias da análise econômica do direito, na esfera do direito penal substantivo e processual, como a eficiência, vêm tomando.

A análise econômica do direito, capitaneada por Posner, possui uma linha semelhante ao utilitarismo⁹⁴, ocorre que ao invés de se buscar o prazer, a felicidade de uma maioria, foca-se na maximização da riqueza, na “eficiência econômica” que, para o direito e pela teoria, constitui-se “como elemento preponderante para a verificação da legitimidade jurídica”⁹⁵. Uma das essenciais diferenças entre a Análise Econômica do Direito (AED) e o utilitarismo de Bentham é a crítica que Posner realiza a esse, na qual se extrai – apesar de reconhecer a importância da utilidade para a economia – que o utilitarismo baseia-se na busca por algo indefinido, isto é, a felicidade. O bem de uma comunidade, então, é conceituado por um seletivo grupo, talvez em sua maioria ou de mandantes, não havendo exatidão em sua identificação⁹⁶.

⁹³ COSTA, José de Faria. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). In: COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 76.

⁹⁴ Compreende-se, para fins dessa pesquisa, que a Análise Econômica do Direito, em verdade, é uma teoria utilitária, pois emprega mesmos mecanismos que o utilitarismo de Bentham, apenas com a diferença de almejar resultados financeiros, mas em nome de um bem maior. Essa concepção torna-se ainda mais patente quando da modificação da AED posneriana, quando o autor passa a reconhecer o pragmatismo.

⁹⁵ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 90.

⁹⁶ Posner, ao realizar duras críticas a Shavell's, compulsando um dos exemplos do referido autor, mencionou a importância do utilitarismo para a economia, contudo, também conduziu seu raciocínio para as arbitrariedades desse: “*It is an example of how a commitment to utilitarianism can lead one astray. Utility is a useful concept in economics but the idea that a society should strive to maximize utility (and whose utility? – just members of the society, or foreigners too, or maybe, as the classical utilitarians thought, animals too? – and what about unborn generations?) cannot be taken seriously once one actually starts to think about it*”. POSNER, Richard A. A review of Steven Shavell's “Foundations of Economic Analysis of Law”. **Journal of Economic Literature**, [S.l.], v. 44. n. 2. jun. 2006. p. 405-414. Disponível em: <<http://www-jstor-org.ez101.periodicos.capes.gov.br/stable/30032254>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

Posner estabelece que a AED consubstancia-se em uma real teoria da justiça, tanto distributiva quanto corretiva, criticando fundamentações contrárias apresentadas por Dworkin e Kannedy sobre a fonte do direito nas relações comerciais serem externas à maximização da riqueza⁹⁷. Contudo, evidencia-se que a AED parece bem aplicável, realmente, às atividades negociais, pois quando se depara com fatos que não envolvem, ao menos diretamente, transações econômicas, finda por se assemelhar ao utilitarismo⁹⁸.

A população, então, direciona – sem o devido conhecimento – suas pretensões à aplicação do utilitarismo e da análise econômica do direito, acreditando que a “felicidade” definida por uma “maioria” e a maximização de um bem-estar social, concretizada pelo não dispêndio de recursos com o sistema penal, é o melhor caminho para aplicação do direito penal. Essa frágil concepção acabou tomando proporções astronômicas, autorizando mecanismos atípicos no direito penal brasileiro, como mecanismos negociais, privatizações de penitenciárias e reduções de garantias contrárias à própria Constituição Federal.

Exemplo disso é o Projeto de Lei n. 4.850/2016⁹⁹, denominado de “As 10 medidas contra a corrupção”, um reflexo dos efeitos da expansão do direito penal, arquétipo da imersão de autoridades, técnicos, nas concepções leigas, antíteses da Constituição Federal em sua grande parte. O referido projeto fora apresentado por meio popular, mas sua iniciativa derivou-se de membros do Ministério Público Federal, os quais apresentaram medidas à sociedade sob pretexto de combater a corrupção, tendo a população aderido à ideia. Embora algumas das propostas apresentadas sejam

⁹⁷ POSNER, Richard A. Utilitarismo, economía y teoría del derecho. **Estudios Públicos**, Santiago de Chile, n. 69, p. 234, 1998. Disponível em: <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183632/rev69_posner.pdf>. Acesso em 20 jan. 2018.

⁹⁸ GOLDMAN, Diego H. Análisis económico del derecho penal y derecho penal liberal: confluencias y bifurcaciones. **Revista Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 38, n. 104, p. 13-74, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5208/6275>>. Acesso em: 31 maio 2018.

⁹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 4.850, de 2016**. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis n. 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. 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 nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A04B7230F10F489F98BE357FB84CC043.proposicoesWebExterno2?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>. Acesso em: 21 jan. 2018.

realmente propícias e adequadas¹⁰⁰, em sua maioria há um grupo de medidas violentas, deslegitimadoras do processo penal, do direito penal, do próprio Estado.

Para que se possa ter a amplitude deste projeto, algumas das medidas serão analisadas e debatidas, levando-se em consideração as medidas mais gravosas e relacionadas ao trabalho proposto.

A primeira medida a ser analisada é a proposta de tipificação do delito de enriquecimento ilícito, que consiste em responsabilizar criminalmente – e este é o grande problema – o funcionário público que não justifique a disparidade excessiva de seu patrimônio com os seus rendimentos. A ideia, se vista superficialmente, parece ser justa e adequada, mas, em verdade, permeia-se em irregularidades jurídicas. O Brasil não é o primeiro país a pretender a criminalização desta conduta, Portugal, por exemplo, tentou em diversos momentos consolidar este tipo penal, entretanto, acertadamente, sua Corte Constitucional¹⁰¹ impediu o prosseguimento da tipificação quando questionada, por controle preventivo de constitucionalidade, sobre sua viabilidade. Esta tentativa foi habitual nos países que compõem a União Europeia, mas são poucos os Estados que firmaram essa possibilidade – para que não se diga nenhum –, já que o tipo penal do enriquecimento ilícito, meramente pela existência de patrimônio desproporcional ao rendimento do funcionário público, não protege bem jurídico penalmente relevante¹⁰², além de obstaculizar, como decidiu o Tribunal Constitucional português, a presunção de inocência do cidadão.

¹⁰⁰ Medidas como a *accountability* nos tribunais e a responsabilização de partidos políticos e do chamado “Caixa 2” são medidas, conforme expõe Wedy, de importante relevância para o debate no atual momento histórico. WEDY, Miguel Tedesco. A constituição, eficiência e garantias nas dez propostas do MPF contra a corrupção. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2016. p. 169-179.

¹⁰¹ O Tribunal Constitucional de Portugal, ao ser questionado pelo Presidente da República sobre a constitucionalidade do tipo de enriquecimento ilícito, decidiu ser inconstitucional o tipo, na forma apresentada, uma vez que o tipo presumia a responsabilidade penal do cidadão tão somente por existir diferença patrimonial excessiva incompatível com o percebido formalmente. Para a Corte, o tipo afrontaria diretamente o princípio da presunção de inocência, especificamente o postulado do ônus probatório acusatório, porquanto o réu deveria provar que adquiriu o patrimônio de forma lícita, liberando a acusação de fazer a prova da ilicitude dos valores excedentes constituintes do “enriquecimento ilícito”. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 179/2012**. Consulente: Presidente da República Portuguesa. Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa. Lisboa, 04 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html?impressao=1>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹⁰² CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Coimbra, ano 21, n. 2, p. 267-321, abr./jun. 2011.

Essa tentativa de implementação do mencionado tipo penal é apenas mais um resquício de quanto o utilitarismo e o abuso da compreensão de eficiência (econômica) podem perturbar o direito penal, pois a pretensão é tão e exclusivamente penalizar aqueles que estariam recebendo valores além do que seria sua renda formal, mas ao invés de permitir esta responsabilização por meio adequado, realizando a persecução penal do crime originário do ilícito, pretendeu-se fazer com que todo o funcionário público justificasse, em processo penal, seus rendimentos. Mais “útil”, mais “eficiente”. Essa medida convalida a onda de violações à presunção de inocência, levando essa noção equivocada de eficiência para dentro do processo penal, produzindo o efeito da inversão do ônus probatório, em que os acusados teriam de demonstrar que seus bens foram adquiridos a partir de patrimônio lícito, afastando a responsabilidade da acusação.

Seguindo nessa linha, tem-se a medida de redução de recursos penais, a qual buscou o projeto inviabilizar a propositura de recursos sobre determinadas decisões, inclusive com penalidade de multa ao réu, e mitigar a aplicabilidade do *habeas corpus*. Na proposta, o Ministério Público Federal apresentou questões como a permissão ao magistrado em não conhecer de recursos meramente protelatórios, indo contrário ao que preconiza a discussão atual de um Estado Democrático de Direito que é a redução do arbítrio do juiz¹⁰³. Veja-se que não se tem como delimitar o que é um recurso “protelatório”, já que o processo penal é a instrumentalização da irresignação daquele que sofre a persecução penal, daquele que passará a ter sua liberdade cerceada. Não se pode tratar dessa forma mecanismos que estão diretamente relacionados com a ampla defesa, com o duplo grau de jurisdição. Se os requisitos objetivos e subjetivos recursais estão preenchidos, o recurso deverá ser conhecido¹⁰⁴. Isso sem discutir a supressão de direitos e garantias que foram conquistados – e esta é uma das grandes

¹⁰³ Streck há muito vem diagnosticando a necessidade de restrição do discricionário na jurisdição. O autor faz severa crítica ao juízo discricionário, expondo que: “Defender que a decisão jurídica pressupõe um juízo discricionário de um juiz que, com seu livre convencimento, pode decidir a partir de sua consciência, é esquecer que estamos desde sempre inseridos num mundo em que as significações se dão intersubjetivamente. Logo, a jurisdição não pode ser compreendida numa escolha personalista. Ao contrário, deve ser entendida como um processo que requer responsabilidade política [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro Carta n. 1. 1. ed. São Leopoldo: Edição do autor, 2017. p. 25.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. Mudanças no sistema recursal: só esqueceram de combinar com a constituição.... **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, n. 277, p. 12-14, dez. 2015.

preocupações – por um estatuto processual penal de cunho ditatorial, que estão sendo mitigados em época democrática.

A pretensão de reduzir as possibilidades de cabimento do *habeas corpus* é, ao que se observa, uma das mais gravosas medidas buscadas pelo Projeto de Lei n. 4.850/2016, orquestrado pelo Ministério Público Federal. A medida – retirada do projeto após grande mobilização de juristas – violentava o remédio constitucional, que pode ser considerado o mais importante mecanismo protetivo contra arbitrariedades do Estado. O *habeas corpus* é um dos instrumentos mais poderosos no âmbito da esfera jurídica-constitucional, propulsor da liberdade e do combatente à ilegalidade¹⁰⁵. Ao realizar restrições ao *writ* elencando seis causas em que não haveria possibilidade de seu emprego, o MPF pretendeu desequilibrar a relação processual em causa própria¹⁰⁶. Um autoritarismo que pouca irresignação teve entre os cidadãos leigos, mas que, por muito esforço de outros técnicos, foi afastada, por enquanto, de discussão.

O instituto da prescrição penal também se tornou alvo das propostas do Projeto de Lei n. 4.850/2016. Criação de mecanismos de suspensão da prescrição, inclusive extinção da prescrição retroativa a partir da pena em concreto são algumas das propostas referentes ao assunto do “tempo em direito penal”. A prescrição, em especial no direito penal, existe por alguns motivos, mas um deles torna-se mais patente: o direito à paz jurídica¹⁰⁷. O Estado possui um limite para realizar sua persecução penal e para executar a pena de um cidadão, período devidamente estabelecido por lei e que deve respeitar o princípio da razoabilidade, da razoável duração do processo. No atual contexto dos mecanismos de persecução do Estado, parece que os meios para se evitar a prescrição são mais exitosos, eficazes, do que os de outrora, quando foram estabelecidos os prazos prescricionais. Hoje, o Poder Público conta com procedimentos eletrônicos, integração de sistemas públicos,

¹⁰⁵ Faria Costa ilumina o tema acerca do *habeas corpus* ao apontar que este instrumento não é mera afirmação da justa atividade do poder judicial, mas meio para a corroboração de um “irreduzível direito fundamental de liberdade”, que, ao ser preconizador da busca de um direito irreduzível, deve-se compreender o remédio, também, assim. Segue, ainda, reforçando que o cessar da violação do direito fundamental à liberdade – preconizado pelo *habeas corpus* – não é “só retoricamente honrar o direito fundamental da liberdade, é outrossim inequívoca e materialmente expressão de um acto de justiça”. COSTA, José de Faria. *Habeas corpus* (ou a análise de um longo e ininterrupto “diálogo” entre o poder e a liberdade). In: COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 54-55.

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury. Mudanças no sistema recursal: só esqueceram de combinar com a constituição.... **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, n. 277, p. 12-14, dez. 2015.

¹⁰⁷ Sobre a discussão acerca do direito penal e o tempo: COSTA, op. cit., p. 184-187.

central de coleta de dados dos cidadãos, equipamentos avançados para realização de perícias, há gritante contrariedade aumentar ou empregar ferramentas suspensivas das prescrições quando todo o maquinário público encontra-se em alta vantagem.

Mais, estranha-se o fato de o Poder Público, responsável pelo real abarrotamento do sistema judicial¹⁰⁸, ser o preconizador da busca pela mitigação da prescrição penal, responsabilizando aquele que pratica seus atos com prazos peremptórios dentro do instrumento processual, enquanto o Estado desrespeita prazos e evita a busca por sanções por isso. A fim de alinhar esta questão especificamente ao processo penal, tem-se o movimento para redução de recursos, ligado à discussão da prescrição, bem como da mitigação do prazo para suas apresentações. Mesmo a defesa, e inclusive a acusação, tendo de apresentar seus recursos dentro do prazo sob pena de intempestividade, ainda que o Código de Processo Penal traga diversos prazos para cumprimento pelos julgadores (como o prazo de 10 dias para prolatar a sentença quando convertidos em memoriais as alegações finais), em regra, não o cumprem, ficando semanas, meses e, até mesmo, anos o processo pendente de sentença, sem qualquer penalização ao membro do Judiciário. A verdade é que a prescrição é, em sua grande parte, causada pela morosidade e ociosidade da máquina pública, mas quem deve pagar por isso é o acusado.

Essas medidas discutidas acima, bem como outras como o vilipêndio às nulidades processuais, o abuso das prisões cautelares, a possibilidade da utilização (inconstitucional) de provas ilícitas, entre outras, tão somente se suportam por força do senso comum, é a atécnica do direito tomando forma na medida em que as autoridades submetem-se a desejos populistas e contrariam a Carta Política na busca de uma eficiência penal não comprovada em nome de suposto combate à corrupção. É indispensável compreender que “[...] o mais correto, o mais justo, é lutar contra a corrupção, mas não transformar as garantias em um inimigo”¹⁰⁹. É

¹⁰⁸ DOTTI, René Ariel. Prescrição e impunidade: responsabilidade pública. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, n. 277, p. 14-16, dez. 2015.

¹⁰⁹ WEDY, Miguel Tedesco. A constituição, eficiência e garantias nas dez propostas do MPF contra a corrupção. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2016. p. 169-179.

patente que houve um sério deslize na condução do projeto “10 medidas contra a corrupção”, extraído do expansionismo penal.

Na continuidade dos reflexos derivados da expansão do direito penal, observa-se um grande alargamento dos mecanismos negociais no processo e direito penal, sob a ótica de uma certa eficiência, contendo seus prós e contras¹¹⁰. Iniciou-se já com a transação penal (prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (insculpida no art. 89 da Lei n. 9.099/95), ambos institutos que viabilizam certa “negociação” no âmbito do processo penal, permitindo que o réu assumira algumas responsabilidades, por determinado prazo, para ser beneficiado com a extinção da punibilidade.

Embora existam muitas discussões acerca da transação penal e da suspensão condicional do processo, há inclinação maior para a delação premiada – intitulada pela Lei n. 12.850/13 como “colaboração premiada” –, pois diferentemente dos meios de negociação antes citados, desenvolveu maior força no sistema jurídico atual e está diretamente relacionada ao utilitarismo e à análise econômica do direito, isso porque seu viés é eminentemente de facilitar a apuração de ilícitos penais, poupando recursos públicos e buscando reaver valores desviados, isso tudo diante da negociação com autores de delitos, causando temor, inclusive, em países de cultura aproximada, como Portugal, pelo mau emprego e abusos do referido mecanismo de negociação¹¹¹.

A colaboração premiada, fenômeno derivado do *plea bargaining* próprio da cultura estadunidense, possui o mesmo caráter, em primeiro momento, dos meios de acordo processual penal comuns, a antecipação da pena, contudo, em um norte mais gravoso. As negociações no âmbito do processo penal são, de fato, meios de relativização das garantias processuais penais, isso porque inviabiliza a produção escoreta da justiça penal, muitas vezes submetendo o colaborador a assumir o compromisso negociado por medo, pois a colaboração premiada acaba por desequilibrar a relação processual¹¹², viabilizando que a acusação – muitas vezes o próprio julgador – utilize-se de instrumentos coercitivos, como a prisão, para extrair

¹¹⁰ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 173 f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, p. 133-171, jul. 2017.

¹¹² WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 213-231, 2016.

um acordo, circunstância que resultou na elaboração do Projeto de Lei n. 4.372/2016¹¹³, que estabelece a impossibilidade de homologação da colaboração premiada quando o colaborador estiver preso.

A utilização inadequada desse procedimento pode ocasionar significativos problemas ao direito penal, à justiça criminal, porquanto proceder à prisão de cidadão aliciando-o com a colaboração premiada que resultará em benefícios (incluindo-se a soltura), acaba por promover o incentivo à inverdade, a dizer aquilo que a autoridade firmatária do acordo deseja ouvir. Isto é, há uma semeadura de justiça forçada, sob a alegação de uma eficiência contraproducente ao sistema, expandindo-se espaços de consenso no âmbito da justiça criminal, forçando a relativização das garantias fundamentais¹¹⁴. Todavia, esse fenômeno negocial vem sendo cada vez mais pugnado pelo senso comum, pela vontade popular e albergada por autoridades da esfera jurídica e política, uma vez que a recuperação de valores que teriam sido desviados é alta¹¹⁵ e fornece a sensação de efetivação da justiça, contudo, a eficiência tratada dessa forma, possui o cunho meramente econômico-utilitária, podendo ser incompatível com o direito penal e com o valor de justiça.

A colaboração premiada passa a ter similitude com a natureza da antecipação da execução da pena, isso porque tornou-se instrumento de atalho, que, novamente, permite a antecipação da constituição do instituto processo penal. Na colaboração premiada se outorga a construção antecipativa do processo, em que ao invés de se recorrer aos instrumentos em toda sua amplitude, com a produção de provas em audiência, elaboração de perícias, viabilidade de contraditório, opta-se por tomar por válido o exposto por um colaborador, afastando-se a necessidade de alguns

¹¹³ DAMOUS, Wadih. **Projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 4.372, de 2016**. Altera e acrescenta dispositivo à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 que "Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016>. Acesso em: 28 jan. 2018.

¹¹⁴ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e acordos no processo penal: crítica às tendências de expansão da justiça negociada no Brasil. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 4, n. 6, p. 06-08, 2014.

¹¹⁵ A colaboração premiada vem sendo estudada, como já referido, com forte influência da Análise Econômica do Direito. Exemplo disso é a constante legitimação da colaboração premiada pela eficiência econômica, que demonstra a recuperação de ativos por parte de operações, como a Lava Jato, conforme se observa na obra: FONSECA, Cibele Benevides da; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio Cesar de. **A colaboração premiada compensa?** Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago. 2015. p. 23. (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td181>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

instrumentos processuais. Já na execução provisória da pena, tem-se a pretensão de antecipar os efeitos da culpa¹¹⁶, a fim de atalhar a cadeia recursal, perdendo-se por conveniência direitos e garantias, como adiante poderá ser observado.

É importante ressaltar que não se desconsidera a eficiência de mecanismos negociais no âmbito do processo penal, principalmente em se tratando do caráter econômico desses acordos – seja financeiro ou temporal para o próprio processo –, malgrado, é imprescindível que se detenha o conhecimento dos limites que devem ser impostos a este instituto e da racionalidade que deverá ser enfrentada¹¹⁷. É certo que o direito penal não pode agir ignorando outros sistemas como a economia, porém, mais certo ainda que não será a economia que ditará às regras ao direito, especialmente o penal, porque não se trata de riqueza – em seu mais amplo aspecto –, mas sim de justiça humana.

Nessa linha de economicidade, outro ponto da expansão do direito penal, por força da concepção utilitária e econômica, vem prejudicando, e muito, o processo e direito penal, a desformalização dos atos processuais. A cada circunstância mais se observa a ausência da formalidade nos atos processuais, o Judiciário vem desvinculando a necessidade da forma para validade e para perfectibilização dos atos jurídicos, afastando-se, cada vez mais, a compreensão das nulidades na infundada justificativa de que para reconhecê-las deve haver prejuízo à defesa do cidadão, relativizando, assim, garantias inerentes à ampla defesa, ao contraditório e exaltando a visão solipsista do julgador, ao ponto que forma é aquilo que ele deseja e, portanto, nulidade também.

A forma para o direito penal substantivo e processual sempre foi uma garantia extremamente importante à manutenção de direitos e ao respeito ao devido processo legal, tanto é que sempre se considerou a desformalização como uma

¹¹⁶ O Supremo Tribunal Federal acabou criando um outro grande problema. Ao permitir a execução provisória da pena, deixou de tratar sobre a antecipação dos efeitos da condenação. Sabe-se que da condenação não se deriva apenas a prisão ou a pena substituída, mas, também, outros efeitos, como a suspensão de direitos políticos, proibições de contratar com a Administração Pública, entre outros efeitos. Observa-se, por exemplo, pelo ocorrido no caso Lula, em que o Comitê de Direitos Humanos da ONU recomendou que o Brasil permitisse Lula de concorrer às eleições, mesmo preso, até que sejam encerradas as discussões processuais. UNITED NATIONS. Humans Rights. Office of the high commissioner. **Information note on Human Rights Committee**. [S.l.], 2018 Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23464&LangID=E>>. Acesso em 20 ago. 2018). Não se tem clareza, se aquele que cumpre a execução provisória da pena também padece com outros efeitos da condenação de imediato. O STF deverá se debruçar quanto a isso.

¹¹⁷ WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 213-231, 2016.

característica do direito penal do inimigo, principalmente por força da terceira velocidade¹¹⁸, teoria há muito rechaçada pelo ordenamento jurídico-constitucional em razão da própria estrutura protetiva, isso porque a Carta Magna reforça a proteção jurídica do cidadão que sofre com os efeitos de processo ou investigação criminal, circunstância essa que a desformalização desconstitui, porquanto não fornece a devida proteção jurídica-processual¹¹⁹.

Sabe-se que na medida em que a sociedade contemporânea desenvolve-se, de forma complexa e muito célere, mecanismos desformalizadores são comuns de serem evidenciados, a fim de reduzir a burocracia e otimizar a atividade pública e, neste ponto, a desformalização soa como interessante¹²⁰, contudo, o afastamento da forma tomou tamanha proporção que provas vêm sendo relativizadas, situações, inclusive, propostas nas primeiras “10 medidas” apresentadas pelo Ministério Público Federal que propunha a possibilidade de aceitação de provas ilícitas em determinados casos, desconstituindo toda instrumentalidade da compreensão de prova.

É nesta visão que se verifica que os reflexos da expansão do direito penal, advindos de uma aplicação incisiva do utilitarismo e da análise econômica do direito são deletérios ao direito penal, à estrutura de matiz ontoantropológica. A forma é o escudo defensivo na relação processual-penal, é “[...] garantia. Forma é limite de poder [...]”¹²¹. A desformalização do direito penal e processual vem tomando cada vez mais espaço, integrando parte da crise do direito penal contemporâneo e já apontada há tempo por

¹¹⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cândia. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 92.

¹¹⁹ MÜSSIG, Bernd. Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio: algunas tesis. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: IBdeF, 2006. v. 2, p. 371-390.

¹²⁰ Hassemer e Munõz Conde fazem algumas referências à desformalização como tendência, expondo elementos como a maior atenção aos interesses da vítima e a atividade diferenciada do ato de legiferar. Embora se compreenda como necessária a proteção aos interesses da vítima, discorda-se que a desformalização seja o caminho para tanto, ao contrário, a formalização do direito penal e processual penal constitui garantia maior de ação da própria vítima, por consignar seus interesses e acompanhar de forma adequada o julgamento de seu agressor, inclusive como fiscal para evitar que circunstâncias como a prescrição possam ocorrer. Mais ainda, os autores tratam acerca da nova missão de legislar, em que os legisladores, por força da modernidade, acabam por restabelecer normas penais mais genéricas e que isso é possível, devendo haver uma limitação. Outro ponto que se diverge, uma vez que justamente pela modernidade e existência de viabilizar os atos praticados, é preciso que o direito penal seja ainda mais restritivo em seus preceitos normativos, a fim de evitar flexibilização de princípios constitucionais protetivos como o da legalidade e o da reserva legal. HASSEMER, Winfried. MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989. p. 174-175.

¹²¹ LOPES JR, Aury. Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal. **Conjur**, São Paulo, 05 set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal#_edn2>. Acesso em: 28 jan. 2018.

Franco¹²², que em 1997 acusou que a construção dessas “[...] novas tendências desfiguram o Direito Penal cuja legitimação está vinculada ao estrito respeito aos princípios consagrados formalmente na Constituição Federal [...]”.

Enfaticamente, os elementos apresentados neste capítulo demonstram algumas das causas e dos efeitos derivados da expansão penal, fornecendo uma nova roupagem ao direito penal e processual, tornando-o mais suscetível a outros atores do sistema, como a economia, recaindo sobre a impactante relativização de garantias conquistadas após as superações de muitos impasses. Todavia, mais do que isso, vê-se a sobreposição do senso comum perante o agir técnico, levando autoridades, principalmente aquelas voltadas à esfera do direito, a renderem-se, buscando uma concepção de eficiência que, em uma primeira análise, não comporta os valores produzidos e tratados pelo direito, em especial o direito penal e processual.

A jurisdição, aquela que deveria reequilibrar a situação jurídica, fornecendo segurança ao jurisdicionado, acaba por se embrenhar em um dificultoso labirinto, ignorando a voz da doutrina e buscando legitimar-se pelo clamor popular, produzindo decisões ainda mais moralistas do que técnicas, não se construindo na solidificação constitucional de uma real eficiência do direito processual penal e da própria jurisdição. A eficiência que se vem construindo e, agora sim, especialmente quanto ao processo penal, em que se busca otimizar a legitimidade do Estado, vem sendo questionada, uma vez que vem trazendo elementos aparentemente incompatíveis com o processo penal, com o direito penal e, sobretudo, com a Constituição Federal.

Essa incompatibilidade, derivada da exigência de uma eficiência que vilipendia garantias com a pretensa finalidade combate à corrupção e ao crime, para reduzir a criminalidade e consolar a sensação de impunidade¹²³, deve ser fortemente analisada, para que se construa uma eficiência constitucional no processo penal. Nesse sentido, o próximo capítulo centrar-se-á em discutir o conceito de eficiência, especificamente na visão do utilitarismo, da análise econômica do Direito e nos julgados do Supremo Tribunal Federal que reconduziram o entendimento sobre o

¹²² FRANCO, Alberto Silva. Novas tendências do direito penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 5, n. 56 esp., p. 2, jul. 1997.

¹²³ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegância Juris, 2016. p. 293.

cumprimento provisório da pena ser constitucionalmente aceito, para orientar à resolução do problema aqui proposto.

3 EFICIÊNCIA, PROCESSO PENAL E SUA CONCEPÇÃO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DIANTE DA RETOMADA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Os motivos e as causas expostos anteriormente servem para identificar, de fato, algumas das características da crise em que o direito penal passa, como circunstâncias que vêm modificando o interesse social e o agir da população, do Estado e, especialmente, do Judiciário. Essas questões estão fazendo com que a população exija do Direito um novo agir, em grande parte ao arrepio da própria Constituição Federal, fazendo com que se construa um novo processo penal, uma nova forma de viabilizar a legitimação do Estado em exercer o *jus puniendi*, utilizando-se de mecanismos incompatíveis com garantias, com a própria concepção de eficiência, a qual deve ser analisada devidamente ao ser aplicada ao processo penal.

A partir dessa influência protagonizada pela globalização, é preciso identificar, em primeiro momento, o que se tem por eficiência, sua epistemologia diante da estrutura do Direito, e como o Supremo Tribunal Federal, especificamente no caso que viabilizou a retomada da execução provisória da pena, está manifestando os critérios de eficiência no processo penal. Para tanto, passar-se-á a diagnosticar os dois principais conceitos de eficiência derivados da Análise Econômica do Direito (AED) e do Utilitarismo, além, é claro, da avaliação dos recentes julgados do STF sobre o tema execução provisória da pena.

3.1 A Eficiência

A eficiência é termo eminentemente trabalhado pela economia, é das ciências econômicas que se aprofundou a análise de fenômenos que viabilizam uma eficiência do mercado, desde produtividade a índices que permitam computar o alcance de resultados e o atingimento eficaz dos métodos empregados. Portanto, é preciso reconhecer que a economia contribuiu fortemente para a busca de melhores resultados, tanto é que seus conceitos foram absorvidos pelo Direito, seja na constituição das instituições públicas, produzindo análises eficientes do trabalho desenvolvido pelo setor público – inclusive sendo eleito como princípio pelo art. 37

da Constituição Federal –, seja pela influência na jurisdição, em que se reconheceu critério de eficiência econômica no âmbito das instituições jurídicas¹²⁴, por exemplo.

Essa conceituação de eficiência econômica partiu de algumas grandes teorias, sendo as principais retratadas por Cooter e Ulen. Os autores definem que a eficiência econômica pode ser identificada pela produtividade, sendo essa atividade considerada produtiva (i) quando não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando determinada combinação de insumos de custo menor; (ii) quando não é possível obter mais produção utilizando a mesma combinação de insumos e, por último, destacam a teoria do (iii) *Pareto efficiency*, que define que a eficiência ocorre quando uma pessoa alcança um estado melhor, sem prejudicar outra pessoa¹²⁵.

A teoria sobre eficiência que acabou consolidando-se por muito tempo fora de Pareto, contudo, como diagnostica Nieto, na realidade, quase todas as negociações ocorrem com disparidade, isto é, com o desenvolvimento de prejuízo a uma determinada pessoa para que outra possa prosperar. Dessa forma, constatando-se essa situação, os economistas passaram a avaliar a possibilidade de os “ganhadores” compensarem adequadamente os perdedores¹²⁶. Diante dessa faticidade, os economistas Kaldor¹²⁷ e Hicks¹²⁸ propuseram a teoria da compensação social, a qual se dispõe a realizar o cotejo analítico das modificações dos estados das coisas, tanto para ganhadores, quanto para perdedores, objetivando alcançar a compensação aos perdedores com uma adequada melhoria social, não realizando o efetivo contraste compensatório àqueles preteridos na relação negocial¹²⁹.

Com a evolução das teorias econômicas, especialmente a intitulada de “princípio Kaldor-Hicks”, que é aplicada até os dias atuais, Posner passou a

¹²⁴ Sobre o tema: TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 33, n. 103, p. 197-209, set. 2006.

¹²⁵ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016. p. 13-14.

¹²⁶ NIETO, Rafael Mery. Notas sobre análisis económico del derecho: una mirada desde América Latina. **Revista de Derecho y Humanidades**, Santiago, n. 10, p. 121-140, 2004. Disponível em: <www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17022/17745>. Acesso em: 31 maio 2018.

¹²⁷ KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, [S.l.], v. 49, n. 195, p. 549-552, set. 1939. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2224835>>. Acesso em: 31 maio 2018.

¹²⁸ HICKS, John R. A “value and capital” growth model. **The Review of Economic Studies**, [S.l.], v. 26, n. 03, p. 159-173, jun. 1959. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2295744>>. Acesso em: 31 maio 2018.

¹²⁹ NIETO, op. cit., p. 121-140.

aprofundar a Análise Econômica do Direito (AED)¹³⁰, amplamente aplicada no sistema *common law* estadunidense, a fim de encontrar, na economia, a resolução de demandas que advinham do Direito, produzindo, conseqüentemente, reflexos no sistema jurídico brasileiro por sua importação.

Todavia, embora a eficiência venha sendo tratada efetivamente pela economia, a filosofia já havia proporcionado elementos que auxiliaram na construção de um conceito de eficiência, especialmente pela teoria do Utilitarismo, com estudos proporcionados por Bentham¹³¹, em que, a partir de suas pesquisas, permitiu-se identificar que eficiente, em apertada síntese, é a decisão que gerasse o prazer e afastasse a dor.

Ambas teorias serão devidamente analisadas no presente estudo, contudo, faz-se necessário, ainda, realizar consideração de que a eficiência, aqui, deverá ser analisada como “*criterio de legitimación de la intervención penal*”¹³², sendo imperioso destacar que o meio legitimador para ingerência do direito penal são dois: (i) a lei, a qual deverá determinar o fato que possua dignidade penal¹³³, respeitando o preconizado no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e (ii) o processo penal, instituído por lei, meio que legitima o agir do Estado na persecução penal¹³⁴,

¹³⁰ Visão importante é a levantada por Olsson quanto à AED como um todo, não especificamente de Posner: “A Análise Econômica do Direito (*‘Law and Economics’*) pode ser classificada como uma proposta de funcionalismo social de matriz econômica” e segue: “Em um sentido prático, a perspectiva funcionalista passa a se importar com os resultados alcançados e com a maneira de otimizá-los. E o raciocínio custo-benefício e a eficiência (e outros critérios de aferição), se tornam parametrizadores relevantes. Essas ferramentas, advindas da Ciência Econômica (e das modernas teorias de Administração), servem como mecanismo de aferição (de eficiência, de efetividade, de eficácia) e de verificação de possibilidades”. OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 30-33.

¹³¹ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril cultural, 1979. p. 04-68. (Os pensadores).

¹³² A eficiência como critério de legitimação da intervenção penal está relacionada à questão do resultado da gestão no processo penal. Portanto, é preciso que se reconheça como essa gestão é realizada para derivar seus resultados, legitimando o Estado a utilizar o *jus puniendi* por meio do instrumento legitimador do processo penal. Sobre “*el criterio de legitimación de la intervención penal*”, afirma Widow: “*En la actualidad, la orientación a los efectos de las normas aparece como un nuevo criterio de legitimación, que ha comenzado a operar ante las transformaciones del Estado contemporáneo, para hacer frente a la crisis de los criterios tradicionales de justificación de las decisiones públicas. Se entiende que las posibilidades de intervención del Estado deben estar respaldadas por los resultados de su gestión. Y si esto es así en general, con mayor razón en relación con el Derecho penal, dado que constituye la forma más intensa de intervención estatal*”. (WIDOW, María Magdalena Ossandón. Eficiencia del derecho penal: el caso de los delitos contra el medio ambiente. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. 24, p. 379-394, 2003.

¹³³ Sobre dignidade penal, já referido: COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 568.

¹³⁴ VILELA, Augusto Tarradt. A posição do interrogatório no rito da lei de drogas e sua (in)compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ e STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 124, p. 105-121, out. 2016.

também devidamente protegido constitucionalmente pelo art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, sendo relevante, para o presente estudo, o meio legitimador do processo penal. E é por isso que se afirma que a eficiência é fenômeno indissociável do processo penal, pois a otimização da legitimidade da intervenção penal é intrínseca ao processo, é imposto pela Constituição Federal quando essa estabelece o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a eficiência no agir do Estado, entre tantos outros ônus impostos ao Estado para autorizar o emprego do *jus puniendi*.

Seguindo, então, essa linha de que a eficiência é um instituto otimizador, necessita-se identificar e distinguir os conceitos de eficiência e eficácia para seara jurídica¹³⁵. A eficiência, como mencionado, é o meio otimizador do procedimento para se alcançar o fim/objetivo de determinado processo, é nela que se avaliará conceitos estratégicos para que os meios empregados na construção do processo – aqui se identifica o processo penal – alcancem seu objetivo. A eficiência, portanto, “[...] é a intenção da melhor ou da máxima realização dos objetivos naquele contexto circunstancial em referência aos efeitos aí possíveis”¹³⁶. Já a eficácia, por sua vez, está relacionada à “capacidade de atingir ou realizar os fins/objetivos através dos meios ou instrumentos mobilizáveis”¹³⁷. A eficácia, em modo simplificado, é a capacidade geral de se atingir o resultado, sem se observar os meios efetivamente empregados ao caso concreto, sendo aplicável a qualquer instrumento funcional, enquanto a eficiência compulsa os meios aplicados na situação concreta para se alcançar os objetivos/finalidades.

A questão que exsurge, então, é a posta por Wedy, o qual refere que “quando se fala em eficiência, é muito comum falar-se em indicadores de resultado, de

¹³⁵ Apenas para fins de elucidação, vale referir o conceito de eficiência e eficácia para a administração, área que se detém ao estudo da eficiência e eficácia. De acordo com Chiavenato: “[...] Eficácia é uma medida do alcance de resultados, enquanto eficiência é uma medida da utilização dos recursos nesse processo. Em termos econômicos, a eficácia de uma empresa refere-se à sua capacidade de satisfazer uma necessidade da sociedade por meio do suprimento de seus produtos (bens ou serviços), enquanto a eficiência é uma relação técnica entre entradas e saídas. Nesses termos, a eficiência é uma relação entre os recursos aplicados e o produto final obtido: é a razão entre o esforço e o resultado, entre despesa e a receita, entre o custo e o benefício resultante”. CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 155.

¹³⁶ NEVES, António Castanheira. O funcionalismo jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade. In: NEVES, António Castanheira **Digesta**: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 232.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 232.

desempenho, de objetivos, de metas. Mas como transmutar tal realidade para o direito penal de forma equilibrada e refletida? Será isso possível?”¹³⁸.

Os estudos apresentados pelo autor demonstram que sim, é possível levar a eficiência ao processo penal, expondo que, embora o conceito clássico de eficiência seja derivado da economia, interpretá-la como caráter unicamente econômico é mitigar seu conceito, como, também, seria simplista tão somente importar institutos das ciências econômicas para o âmbito das ciências jurídicas¹³⁹. Destarte, a concepção de eficiência não pode ser afastada simplesmente por possuir um cariz econômico, devendo ser observada dentro dos limites de cada instituto, no caso em tela, a eficiência na esfera do direito processual penal. Por essas questões que se é preciso aprofundar as concepções de eficiência mais relevantes para o Direito, a fim de viabilizar sua melhor aplicabilidade para o direito penal e processual penal.

3.1.1 A Eficiência para o Utilitarismo

O Utilitarismo foi, pode-se assim dizer, desenvolvido por Jeremy Bentham¹⁴⁰, autor que passou a quebrar conceitos quanto ao direito tradicional, criticando trabalhos realizados por Blackstone. Em sua primeira obra intitulada “Um fragmento sobre governo”, Bentham passa a tratar sobre o aperfeiçoamento do Direito, expondo que esse teria condições de evoluir e buscar, com mais efetividade, sua real finalidade¹⁴¹.

Contudo, é em sua principal obra, intitulada “Uma introdução aos princípios da moral e da legislação”, que Bentham, então, passa a diagnosticar a existência do Princípio da Utilidade, e lança sua clássica concepção de que a natureza passou a sujeitar o homem ao domínio de “dois senhores soberanos: a dor e o prazer”. Estes

¹³⁸ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 96.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 90.

¹⁴⁰ Outro autor referencial que aprofundou a concepção de utilitarismo foi John Stuart Mill. Bentham e Mill compartilharam estudos, desenvolvendo a teoria do utilitarismo, a qual refletiu na visão radical filosófica. (PICOLI, Rogério Antonio. Utilitarismo, Bentham e a história da tradição. **Existência e Arte – Revista Eletrônica do Grupo PET**, São João Del-Rei, ano 5, n. 5. jan./dez. 2010. Disponível em: <https://ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/existenciaearte/Edicoes/5_Edicao/utilitarismos_bentham_e_a_historia_da_tradicao_rogerio_picoli.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2018). Entretanto, para o presente trabalho, analisará o trabalho realizado por Bentham, autor que mais longe foi no aprofundamento do utilitarismo.

¹⁴¹ ROSA, Christian Fernandes Gomes da. Jeremy Bentham e a constituição do conceito de direito no pensamento moderno. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 14, n. 20, p. 297-310, 2010. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/257>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

dois “seres” norteiam o comportamento humano, pois nossos atos estariam destinados a buscar o prazer e a escapar da dor. Com isso, Bentham afirma que o Princípio da Utilidade reconhece essa situação e a coloca como fundamento do sistema, no qual o objetivo consistente é “construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”¹⁴².

Explicitamente, o Princípio da Utilidade é conceituado por Bentham como:

[...] princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cuja o interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo¹⁴³.

Entretanto, é de extrema relevância identificar que Bentham não defende que a ação do agente que busca o prazer e afasta a dor deva ser aquilatada de maneira individual, isto é, não se permite que cada um aja por si, isso porque se deve levar em consideração o “interesse da comunidade”, que será constituído pela soma do interesse dos indivíduos¹⁴⁴. Este filtro que viabilizaria a concepção de um interesse da comunidade surgiria pela lei, sendo o fenômeno reconhecido pela aplicação do princípio da harmonização artificial dos interesses, em que o legislador, ao produzir a lei, necessariamente está construindo um meio de alcance da felicidade para toda a comunidade¹⁴⁵.

Bentham, embebendo-se da sua concepção utilitária, realiza uma análise breve sobre os reflexos na punição (explanação mais próxima ao direito penal e processual penal que o filósofo elabora). O autor refere que o caracterizador da lei é o aumento da felicidade global da coletividade, devendo reduzir, por consequência, tudo aquilo que mitiga a felicidade. Todavia, a aplicação de pena é um mal e, se se seguir o princípio da utilidade – que norteia a concepção de que se deve evitar o mal –, a pena só poderá ser aplicada para evitar um mal maior ainda¹⁴⁶. Avaliando essa análise de Bentham, Wedy expõe que a visão proposta por Bentham não pode ser

¹⁴² BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril cultural, 1979. p. 04-68. (Os pensadores).

¹⁴³ Ibid., p. 04-68.

¹⁴⁴ Ibid., p. 04-68.

¹⁴⁵ ROUANET, Sergio Paulo. Dilemas da moral iluminista. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 496.

¹⁴⁶ BENTHAM, op. cit., p. 04-68.

tida como economicista¹⁴⁷, porquanto o prejuízo maior referido pelo filósofo não possui cariz econômico, mas de bem-estar e de bem-viver¹⁴⁸.

O apontamento explicado por Wedy toma ainda mais forma ao se observar que Bentham reafirma que sua concepção de homem “*es la de un ser que anhela la felicidad, tanto en el éxito como en el fracaso [...]*”¹⁴⁹. Ao tratar sobre a riqueza considerada em seu valor, Bentham assevera que os conceitos de riqueza e valor explicam-se entre si, pois para que algum item possa ser levantado a um montante de riqueza, deverá possuir valor e, para possuir valor, necessita ter alguma utilidade. Dessa forma, se um item não possui utilidade, não pode ser considerado com valor e, portanto, não se reconhece como riqueza¹⁵⁰. Por conseguinte, tem-se que levando à análise que Bentham toma como útil aquilo que traz felicidade ao interesse da comunidade, determinados atos podem levar em consideração circunstâncias que não maximizam a riqueza (verificando a visão economicista), mas tão somente a felicidade, não podendo haver confusão entre a visão econômica do direito para a utilitária.

Assim, analisando as constatações traçadas por Bentham e importando-as para a visão processual penal, é perceptível que o processo penal seria utilizado para legitimar o Estado a penalizar condutas que gerariam um mal maior ainda do que a própria pena. Veja-se que se o objetivo do utilitarismo é aplicar meios que maximizem a felicidade, sendo o instrumento a norma, a lei poderia prever circunstâncias que violariam outros tantos princípios (como o princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo), simplesmente porque há constituição de um interesse da comunidade. Dessa forma, a visão utilitarista poderia afastar aplicação de garantias conquistadas, por mera concepção de maximização de utilidade estabelecida por uma maioria e sem critério algum. Entretanto, há um ponto importante a ser levado em consideração na visão utilitária, Bentham reconhece a lei

¹⁴⁷ A punição, para Bentham, deve passar por uma análise inicial que não contempla, necessariamente, uma visão econômica. Observa-se que o autor coloca como possível de punição tão somente o ato pernicioso, circunstância que deve ser levada em conta pelo desejo do interesse da comunidade. Apenas após essa verificação inicial, conforme aponta Wedy (WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 113), é que se adentraria na verificação dos requisitos de caráter econômico, em que Bentham afirma que não deverá ocorrer punição. BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril cultural, 1979. p. 04-68. (Os pensadores).

¹⁴⁸ WEDY, op. cit., p. 135.

¹⁴⁹ BENTHAM, Jeremy. **Escritos económicos**. Trad. Francisco J. Pimentel. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1965. p. 03.

¹⁵⁰ Ibid., p. 90.

como meio de estabelecer o interesse da comunidade no agir permanente¹⁵¹ (que tenha continuidade, situação que se amolda o processo), isso leva a depreender que o magistrado, no exercício de sua jurisdição, não poderia contraria-la, sob pena de afrontar o princípio da utilidade.

3.1.2 A Eficiência para a Análise Econômica do Direito (AED)

A Análise Econômica do Direito, aprofundada por Posner¹⁵², é reconhecida como eficientista, sendo integrante de uma “teoria da justiça”, embora o autor não refira expressamente como teoria da justiça, pois se refere à “*moral theory*”, uma rearticulação das teorias contratualistas¹⁵³. O autor estadunidense possui dois estágios teóricos, o primeiro derivado dos estudos expressos na obra *Economics of Justice* e *Economic analysis of law*, nessas primeiras obras, Posner focava-se na maximização da riqueza como meio de eficiência. Posteriormente, já nos anos de 1990, o autor passa a adotar um novo tom, afastando-se da construção da maximização da riqueza e partindo para uma visão pragmática do Direito, época em que surgem as obras *The problems of jurisprudence*, *Overcoming law* e *Law, pragmatism and democracy*¹⁵⁴.

Posner, em início de seus estudos, direcionou a teoria da Análise Econômica do Direito para a visão de maximização de riqueza, fazendo duras críticas ao Utilitarismo que, em sua visão, é repugnado pelos filósofos morais, pois suscita “invasões explícitas da liberdade individual, seja em nome da felicidade dos animais, da felicidade do ‘monstro utilitário’ de Nozick, ou sobre as especulações de Bentham

¹⁵¹ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril cultural, 1979. p. 04-68. Especificamente p. 64. (Os pensadores).

¹⁵² A Análise Econômica do Direito possui diversos segmentos, tendo muitos estudiosos aprofundado seu estudo, entretanto, o foco central para a presente pesquisa é a AED liderada por Richard Posner, um dos teóricos que popularizou a teoria. Sobre os demais autores clássicos, destacam-se: Aaron Director, Ronald Coase, Guido Calabresi e Gary Stanley Becker.

¹⁵³ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Org.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. Republicado: Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RIDB), Lisboa, n. 1, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 31 maio 2018.

¹⁵⁴ SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 02, p. 210-226, maio/ago. 2016. Disponível em: <www.seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/6040/3711>. Acesso em: 30 maio 2018.

[...]”¹⁵⁵. Posner reforça que a substituição do utilitarismo pela riqueza é positiva, ainda que seja imperfeita, porquanto se funda em um modelo de transação voluntária de mercado, envolvendo um respeito “às escolhas individuais maior do que se vê no utilitarismo”¹⁵⁶.

A maximização da riqueza, apontada por Posner como eficiência para AED¹⁵⁷, arranca de uma concepção monetária, havendo o envolvimento entre a justiça e a alavancagem da riqueza¹⁵⁸, implicando uma distribuição inicial de direitos individuais, como vida, trabalho e liberdade, mercados livres que permitem a realocação periódica para outros usos, um sistema de recursos legais para dissuadir e retificar o atropelo de direitos, e um sistema de moralidade pessoal para reduzir os custos de transação do mercado¹⁵⁹.

Nesse primeiro momento de sua teoria, Posner faz referências ao Direito Penal, demonstrando sua relação à maximização da riqueza e propondo exemplos práticos para compreensão do que depreende:

Essa discussão é importante para saber se a utilidade que um ladrão obtém de seu furto deveria ser levada em conta no planejamento de um sistema eficiente de penas. Se todos os frutos fossem meras transferências pecuniárias coercivas em cenários de baixos custos transnacionais, a utilidade para o ladrão não mereceria consideração, pois furtos assim não geram riqueza. Mas nem todos os furtos são dessa espécie. Consideramos o exemplo anterior, da pessoa que está perdida na floresta e invade uma choupana desocupada para roubar comida de que precisa para sobreviver. O custo de uma negociação com o proprietário seria proibitivo e o furto é maximizador de riqueza, já que comida, em um sentido estritamente econômico, vale mais para o ladrão que para o dono. Isso não significa que o ladrão não deva sair impune (podemos querer puni-lo para nos certificarmos de que ninguém roubará, exceto se o ato for maximizador da riqueza, isto é, se render para o ladrão um ganho maior que o prejuízo da vítima), mas apenas que a pena deveria ser estipulada de modo a coibir-se o furto, exceto quando este for maximizador da riqueza. Do contrário, se o furto jamais tivesse valor

¹⁵⁵ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010. p. 79.

¹⁵⁶ Ibid., p. 79.

¹⁵⁷ Ibid., p. 244.

¹⁵⁸ SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 02, p. 210-226, maio/ago. 2016. Disponível em: <www.seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/6040/3711>. Acesso em: 30 maio 2018.

¹⁵⁹ NIETO, Rafael Mery. Notas sobre análisis económico del derecho: una mirada desde américa latina. **Revista de Derecho y Humanidades**, Santiago, n. 10, p. 121-140, 2004. Disponível em: <www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17022/17745>. Acesso em 31 maio 018.

social, o único limite para a intensidade da pena seria os custos de sua execução¹⁶⁰.

Nesse ponto, Posner, então, faz uma breve análise sobre a questão do Direito Penal, questionando, no âmbito das sociedades primitivas e origens do sistema de justiça, qual seria a razão, por exemplo, do Estado responsabilizar penalmente um indivíduo por ter ferido outro. Em primeiro momento, sua análise parte para a concepção de que o Estado forneceria uma espécie de serviço de segurança ao cidadão, sendo esse ofendido, deveria se responsabilizar aquele que praticou a ofensa, entretanto, descarta essa hipótese, por reconhecer que para tanto existiria o sistema compensatório¹⁶¹, o qual poderia ser aplicado. Surge, então, a explicação econômica para que haja esse ato, a qual seria a lógica de que homicídios e lesões sofridos pelos súditos – ressalta-se que a análise realizada por Posner é quanto às sociedades primitivas – geram ao soberano custos, inclusive com a perda de arrecadação, produzindo conseqüente redução de riqueza¹⁶².

Embora o autor ressalte que se está tratando de sociedades primitivas, é importante identificar que há, em sua teoria, a relação de sua explicação com a criação do sistema penal, em que teria sido criado para “internalizar essa externalidade”¹⁶³, demonstrando, então, que o sistema penal seria apenas um meio de viabilizar a maximização da riqueza. Posner assevera, após sua análise, que:

É mais fácil, contudo, explicar o grande valor da eficiência para a sobrevivência da sociedade no mundo primitivo do que fazê-lo em relação ao nosso mundo. As sociedades eficientes são mais ricas que as ineficientes (esse é o significado de eficiência) [...] ¹⁶⁴.

Sendo assim, se a eficiência é, para Análise Econômica do Direito, a maximização da riqueza, dever-se-ia reconhecer que o direito penal e, conseqüentemente, o processo penal são meios empregados tão somente para

¹⁶⁰ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. De Evandro Ferreira e Silva, revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010. p. 80-81.

¹⁶¹ O sistema compensatório, para Posner, é a aplicação da responsabilidade civil, por exemplo, em que um indivíduo compensa o dano causado por meio de alguma medida reparatória.

¹⁶² POSNER, op. cit., p. 242-243.

¹⁶³ Importante referir que o termo “externalidade” é utilizado na economia para explicar os efeitos dela derivados a terceiros. Isto é, Posner, nesse momento, afirma que o Direito Penal é utilizado, na visão econômica, para absorver esses efeitos externos e responsabilizar aqueles que o produzem. Ibid., p. 243.

¹⁶⁴ Ibid. p. 243.

autorizar a maximização da riqueza do Estado, possuindo um fim eminentemente econômico.

A teoria de Posner, em sua primeira fase, passa por uma forte crítica, especialmente proferida por Dworkin, esse que afirma que a teoria da maximização da riqueza não é capaz de representar um componente do valor social, compreende Dworkin que há problema de circularidade da maximização da riqueza na tentativa de produzir um sistema de direitos.¹⁶⁵

Embora Posner rechaçasse as críticas que sofria, a partir dos anos de 1990, passa a modificar a base central de sua teoria, a começar desse momento, sua teoria centra-se no pragmatismo¹⁶⁶, em que o autor defende que, nos *hard cases*, os magistrados devem alcançar, em seu julgamento, um resultado razoável, não havendo a necessidade de comprovação concreta da certeza. Sua teoria passa a reconhecer a objetividade como atributo político e cultural, não tendo caráter epistemológico das decisões legais. É nesse momento que o processo jurídico, para Posner, passa a ser sem formalidades, funcional, imerso na política e sem caráter legalista, naturalista e cético, mas não cínico¹⁶⁷.

Com a reformulação de sua teoria, Posner reconhece que o valor objetivado na AED está vinculado à ideia do bem-estar social, sendo circunstância de agregação do índice de utilidade produzido por cada agente de determinada sociedade, por força de motivos derivados da razão política, jurídica ou social¹⁶⁸. Em razão dessa nova perspectiva, a Análise Econômica do Direito passou a se

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, [S.l.], v. 9, n. 02, Change in the common law: legal and economic perspectives, p. 191-226, mar. 1980.

¹⁶⁶ Posner realiza uma análise entre o pragmatismo filosófico e o cotidiano. Ao passo que faz sua fundamentação, inclina-se favorável ao pragmatismo cotidiano, o qual é “[...] a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos”, o autor ainda, quanto às duas visões do pragmatismo, refere que: “É bem verdade que o pragmatismo, do tipo filosófico ou cotidiano, e seja o primeiro ortodoxo ou não ortodoxo, não possui limites morais. Mas vejo isso não como uma crítica, mas como um passo essencial para reenfocar a teoria legal e política. O pragmatismo nos ajuda a ver que o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial, é só isso – um sonho. Se a ação política for para ser restringida, isso tem que ser por fatores psicológicos, profissionais e institucionais em vez de por uma conversa que leve a um consenso moral e político. Devemos aceitar a pluralidade irreduzível de metas e preferências dentro de uma sociedade moralmente heterogênea como a dos Estados Unidos, e prosseguir a partir desse ponto”. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 38-43.

¹⁶⁷ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2.ed. México: FCE, 2007. p. 37-38.

¹⁶⁸ BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito kaldor-hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, DF, v. 02, n. 01, p. 27-45, jan./jun. 2016.

aproximar ainda mais do Utilitarismo de Bentham, havendo, em determinadas situações, a confusão entre o bem-estar da AED e a felicidade do Utilitarismo¹⁶⁹. A teoria econômica neoclássica parte para consideração de que agentes socioeconômicos racionais detêm preferências para satisfazerem suas necessidades, a partir de níveis de utilidade em situações concretas e específicas¹⁷⁰

Posner não é o único, dentro da teoria econômica, que almejou o Direito Penal, Becker desenvolveu estudos em que afirmava que aquele que comete delitos, responde a incentivos, sejam eles negativos, sejam eles positivos, sendo que o volume de delitos praticados influencia na realocação de recursos privados e públicos para o controle da aplicação da lei, fazendo com que se tenha de investir mais com o sistema judiciário, segurança pública e privada, políticas de prevenção ao delito, sistema penitenciário, entre tantos outros pontos¹⁷¹.

Nieto ressalta que Becker afirma que a eleição entre a prática de condutas legais e ilegais está associada, para o autor do delito, entre outros fatores, à probabilidade de ser preso, condenado e castigado, influenciando ao cometimento ou não de determinado delito. A pena atribuída ao delito cometido, os rendimentos provenientes do ilícito e, em geral, outros fatores como sua disposição ao cometimento do delito¹⁷², a verdade é que, sobre eficiência, pouco se abordou na teoria de Becker¹⁷³.

¹⁶⁹ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 97.

¹⁷⁰ BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito kaldor-hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, DF, v. 02, n. 01, p. 27-45, jan./jun. 2016.

¹⁷¹ Becker, em sua pesquisa, realiza estudo sobre o impacto econômico do crime e apresenta alguns desses em uma lista de custos a qual pode ser dividida da seguinte forma: “*the relations between (1) the number of crimes, called ‘offenses’ in this essay, and the cost of offenses, (2) the number of offenses and the punishments meted out, (3) the number of offenses, arrests, and convictions and the public expenditures on police and courts, (4) the number of convictions and the costs of imprisonments or other kinds of punishments, and (5) the number of offenses and the private expenditures on protection and apprehension [...]*”. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, [S.l.], n. 76, n. 2, p. 169-217, mar./abr. 1968. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/259394>>. Acesso em: 31 maio 2018.

¹⁷² NIETO, Rafael Mery. Notas sobre análisis económico del derecho: una mirada desde américa latina. In: **Revista de Derecho y Humanidades**, Santiago, n. 10, p. 121-140, 2004. Disponível em: <www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17022/17745>. Acesso em: 31 maio 2018.

¹⁷³ O único ponto em que Becker realmente trata sobre eficiência, é quando refere que: “*The conclusion that “crime would not pay” is an optimality condition and not an implication about the efficiency of the police or courts; indeed, it holds for any level of efficiency, as long as optimal values of p and f appropriate to each level are chosen*”. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, [S.l.], n. 76, n. 02, p. 169-217, mar./abr. 1968. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/259394>>. Acesso em: 31 maio 2018.

A concepção de eficiência fornecida por Posner, em sua grande aplicabilidade, não é equivocada, há grande produtividade se aplicada ao meio institucional, da administração em si, da gestão de recursos, ocorre que a eficiência como circunstância otimizadora da legitimidade de aplicação do direito penal pelo Estado não pode absorver essa conceituação, porque a finalidade do direito penal não é a mesma da economia. Inclusive, é preciso reavaliar o próprio posicionamento de Posner ao referir que sociedades mais ricas são mais eficientes, pois países como o próprio Brasil, são um dos maiores arrecadadores do mundo, todavia, um dos que possui maior índice de homicídios também, demonstrando que mesmo possuindo uma forte arrecadação que, em tese, potencializaria sua maximização da riqueza, permanece ineficiente.

Aprofundando a análise de Posner, Wedy esclarece que a função do direito penal, sob aspecto da teoria da AED, é criar custos adicionais para as condutas ditas ilícitas quando outros meios de responsabilização não suprissem sua necessidade, procurando atingir a eficiência. Wedy prossegue clareando que, para a AED, “quanto maior o preço (penas), menor o número de bens agredidos ou de delitos praticados. O aumento das penas ou o aumento da probabilidade de imposição de pena (redução da impunidade) diminuiria o número de delitos praticados”¹⁷⁴.

Wedy, ainda, diagnostica, a partir da obra de Santos Pastor, quais as críticas que fazem reconhecer a AED como se suposto utilitarismo fosse, afirmando que as críticas são:

1) A eficiência dos sistemas sociais, entre eles o jurídico, é importante, fundamental até; 2) a eficiência é um dentre vários valores que inspiram as organizações das sociedades e com frequência haverá de sucumbir ante a superioridade de outros valores; 3) a eficiência seria o valor social maximizado; 4) a análise dos efeitos das normas não tem por que limitar-se a meros termos de eficiência, mas também deve compreender outros valores relevantes, como a equidade e a justiça¹⁷⁵.

Tem-se, então, que a AED passa a aproximar-se do Utilitarismo significativamente, alinhando os conceitos de eficiência do bem-estar e da felicidade. Ocorre que essa visão do bem-estar, derivada de uma eficiência meramente

¹⁷⁴ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 99.

¹⁷⁵ Ibid., p. 98.

econômica, de acordo com Rosa e Marcelino Jr, acaba por relegar a segundo plano as garantias fundamentais¹⁷⁶, circunstância que se agrava no processo penal, em que a preservação de garantias deve estar ainda mais consagrada, já que são as limitações do agir do Estado.

A eficiência derivada da Análise Econômica do Direito acabou influenciando o Direito Penal ocidental, que por força da necessária resolução célere exigida pela população, passou a utilizar de estratégias preventivas, como a antecipação de risco por meio dos delitos de perigo¹⁷⁷. Entretanto, há mais ainda a que se preocupar, como será possível verificar doravante, o bem-estar social, produção da maximização da riqueza da AED, acabou inundando o processo penal, permitindo que o Judiciário, abusando da referida teoria, acabasse por decidir buscando a aprovação popular, ignorando os preceitos legais e constitucionais, inexistindo aquilo que inicialmente Posner pretendeu, que fora desenvolver uma teoria que não fosse meramente discricionária como o Utilitarismo.

A teoria – que se sabe não ser universalista, já que Posner deixa expresso que sua análise ocorre sobre o *common law* estadunidense – que, para o direito penal, visava realizar a análise de “*costo social del delito*”¹⁷⁸ fora transmutada para viabilizar o descarte da norma para que o Judiciário pudesse interpreta-la conforme o “bem-estar” por eles compreendidos, circunstância incompatível com o Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição Federal, sendo um dos motivos fundamentais que impede a aplicabilidade da eficiência econômica como critério de legitimação do direito penal e sua otimização.

Em uma concepção processual penal, na visão pragmática de Posner, o juiz poderá otimizar o processo consoante compreender, levando em considerações a razoabilidade e questões políticas e culturais, o que permitiria a abertura do processo e mitigação da legislação. Assim, seria legítimo que o Judiciário pudesse sobrepor sua decisão às garantias, em nome de uma defesa social, desde que se identifique como adequada (política e culturalmente) e razoável. Entretanto, não se pode desconsiderar

¹⁷⁶ MARCELINO JR., Julio Cesar. ROSA, Alexandre da. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direito fundamentais**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 118.

¹⁷⁷ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 98.

¹⁷⁸ GOLDMAN, Diego H. Análisis económica del derecho penal y derecho penal liberal: confluências y bifurcaciones. **Derecho penal y criminología**, Bogotá, v. 38, n. 104, p. 13-74, 2017. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5208/6275>>. Acesso em: 31 maio 2018.

que Posner faz uma análise sobre a estrutura jurídica do *common law* estadunidense, isto é, o Judiciário construirá a fonte direta do Direito, diferentemente do que ocorre do Direito brasileiro, cuja base é a lei, a qual todos estão subordinados.

3.1.3 A Eficiência Penal no Supremo Tribunal Federal: considerações e críticas a partir das decisões que retomaram a execução provisória da pena

A eficiência possui diversos modos de aplicabilidade, tendo se observado duas principais teorias que tratam sobre a eficiência, uma derivada do Utilitarismo e outra da Análise Econômica do Direito. A partir deste tópico analisar-se-á a interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto à eficiência no processo penal. Para tanto, serão selecionados casos notoriamente conhecidos, que, inclusive, modificaram posicionamento antigamente consolidado pela Corte Suprema quanto à execução antecipada da pena. A mudança jurisprudencial quanto à viabilidade da antecipação da execução da pena no processo penal fora recentemente retomada e, para tanto, será imprescindível a análise das decisões proferidas no *habeas corpus* (HC) n. 126.292/SP e nas ADCs n. 43 e 44, essas duas últimas que, até o momento da análise desses julgados, tiveram apenas decisões sobre pedidos liminares, bem como sobre outras decisões que possam vir a contribuir para a compreensão do retorno desse entendimento¹⁷⁹.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, desde 2009, havia consolidado o entendimento, por meio do HC n. 84.078/MG¹⁸⁰, de relatoria do Min. Eros Grau, de que o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado seria considerado inconstitucional, por afrontar o art. 5º, inciso LVII¹⁸¹, e o art. 1º, inciso III¹⁸², ambos da

¹⁷⁹ Para tanto, também é necessário referir que a análise contemplará as decisões predominantes (que permitiram a retomada do cumprimento provisório da pena) e, especificamente, aquelas que trouxeram os argumentos centrais, como nos votos guias e de ministros que acompanharam. Como se tratam de diversos atos judiciais e extensos, seria impróprio tratar de todos os votos proferidos em todos os acórdãos, inclusive pela repetição das fundamentações.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 84.078/MG**, do Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁸¹ 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. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de**

Constituição Federal, o que levou a ser concedida a ordem no referido *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, tendo sido vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Consoante o fundamento do Min. Eros Grau, na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu seu posicionamento contra a possibilidade da execução provisória da pena, sendo possível tão somente a prisão quando presentes os motivos acauteladores, afastando a argumentação de que o art. 637¹⁸³ do Código de Processo Penal, ao estabelecer que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, permitiria que a pena pudesse passar a ser cumprida a partir da decisão de segundo grau.

O ministro Eros Grau destacou que diversos outros textos legais infraconstitucionais possuíam direcionamento diferenciado do que pretendia dar-se ao art. 637 do CPP, tais como o art. 105¹⁸⁴ da Lei de Execuções Penais (LEP) que condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória, também o art. 147¹⁸⁵ da mesma lei destaca, em repetidos termos, o necessário trânsito em julgado para cumprimento das penas restritivas de direito. Acrescentou-se a essa circunstância que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal é explícito ao determinar que ninguém será considerado culpado sem que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória. O ministro destacou que haveria, ainda, contrariedade no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que vinha reconhecendo não haver a possibilidade de antecipação da pena restritivas de direitos, mas viabilizava a execução da pena privativa de liberdade – o que seria muito mais severo.

1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁸² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

III - a dignidade da pessoa humana. Ibid.

¹⁸³ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁸⁴ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁸⁵ Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. Ibid.

Destacando a origem repressiva das normas que foram instituídas na década de 90 (Leis n. 8.038/90 e n. 8.072/90) que modificaram textos legais, até mesmo afastando o efeito suspensivo do recurso extraordinário, o julgador fundamentou que foram derivadas de momento social notadamente complexo, os quais se decorreram dos casos Abílio Diniz, em São Paulo, e Roberto Medina, no Rio de Janeiro. Concluindo, ressaltou que o Supremo Tribunal Federal não pode ceder a pressões populares, e que tão somente desafetos à Constituição Federal poderiam negá-la, especialmente em momentos de exaltação. Para o relator do *habeas corpus* referido, é evidente que, mesmo que houvesse interpretação de que a legislação infraconstitucional permitiria a execução antecipada da pena, essa nunca poderia preponderar à própria Constituição Federal.

O voto norteador do posicionamento firmado em 2009 fora acompanhado pela maioria dos ministros da Suprema Corte, consolidando o entendimento de que seria inconstitucional a execução antecipada da pena.

Pelos fundamentos consolidados na decisão final do HC n. 84.078/MG, é possível identificar que a preocupação do Supremo Tribunal Federal era com a concretização dos preceitos constitucionais, com a aplicação das garantias e das normas impositivas. É viável depreender que a eficiência, nesse caso, possui um conseqüente humanista, vinculado à proteção do cidadão aos abusos do Estado, não possuindo qualquer visão economicista, tampouco utilitarista, mas sim de cuidado do “eu” com o “outro”, e isso é possível pela expressa manifestação do Min. Eros Grau, ao referir que:

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subseqüentes embargos e agravos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. *A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço*¹⁸⁶. (grifo nosso).

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 84.078/MG**, do Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Para o julgador, a melhor operacionalidade da Suprema Corte está focada no cumprimento das normas processuais penais, no afastamento da redução da amplitude das garantias constitucionais ou, até mesmo, na sua amputação. Não se pode permitir que sob argumentos populistas ou de funcionamento do Tribunal o STF submeta-se a afrontar à Constituição Federal. A decisão, portanto, pautou-se por uma base principiológica, de eficiência restrita aos ditames constitucionais e renegadora dos conceitos estatísticas ou funcionais, justificando que essa compreensão estaria vinculada apenas à conveniência dos julgadores.

O Min. Celso de Mello também convalida seu voto nesse sentido, expõe que não se pode confundir a prisão cautelar com a prisão penal, pois a primeira possui requisitos para que possa ser aplicada ao caso em concreto, nunca podendo ser utilizada para antecipar a condenação, enquanto a prisão penal só pode ser derivada de condenação transitada em julgado, uma vez que “a condição jurídica de pessoa submetida a atos de persecução penal, mesmo perante órgãos da Polícia Judiciária, não lhe suprime nem lhe afeta a posição de sujeito de direito e de titular de garantias indisponíveis”. Nessa linha o ministro reafirma que é necessária a observância à cláusula constitucional do não reconhecimento de culpa sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, porque integrante ao *due process of law*, o qual representa de um lado, “fator de proteção aos direitos daquele que sofre a persecução penal” e do outro “traz [...] requisito de legitimação da própria imposição de medidas restritivas de direitos ou de sanções privativas de liberdade”¹⁸⁷.

O ministro segue referindo que o entendimento que deve ser adotado não impede a prisão quando estiverem presentes os elementos cautelares, só não viabiliza a antecipação do cumprimento da pena, tampouco a prisão cautelar aplicada de forma genérica, abstrata. Recorda Mello do Decreto-Lei n. 88, oriundo do Estado Novo, em que se determinava, em seu art. 20, n. 05, que se presumia provada a acusação, devendo o réu fazer prova de sua inocência. Com isso, conclui, acompanhando o voto do Min. Eros Grau, que o trânsito em julgado serve como verdadeiro obstáculo aos abusos do Estado.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 84.078/MG**, do Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Voto outro importante para se descrever a visão do anterior entendimento do Supremo Tribunal Federal é o proferido pelo Min. Ayres Brito. O julgador realiza colocação peculiar, afirmando que a presunção de não culpabilidade é mais do que uma garantia, mais do que um direito substantivo, é, em verdade, direito material de natureza constitucional. Para o ministro, a Constituição elevou a presunção de não culpabilidade, inclusive afastando-a da concepção banal de “inocência”, da compreensão de que o sujeito é inocente até que se prove o contrário. Ayres Brito assevera que muito além de comprovar sua culpa, essa comprovação deve ser feita dentro de um devido processo legal, perante um juízo, com todos os direitos e garantias preservados, com o alcance do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O ministro ainda assevera que há apenas uma regra que excepciona a presunção da não culpabilidade, que a relativiza para viabilizar a prisão, é aquela prevista no inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal, em que determina que “ninguém será preso senão em flagrante delito [...]”, este é o único instituto, de acordo com o ministro, que permite a prisão automática. Não se localizará, em nenhuma parte da Constituição Federal, o fator automático de prisão em um recurso extraordinário *lato sensu*, capaz de relativizar a presunção de inocência. Em outro momento de seu voto, é possível identificar uma diferença divisora entre os entendimentos do Min. Ayres Brito e do Min. Roberto Barroso – como adiante observar-se-á –, pois afirma que as instâncias excepcionais (STJ e STF) devem prestigiar a decisão do juízo de base, por esse manter o real contato com os fatos, devendo, se preenchidos os requisitos permissivos da prisão cautelar, assim mantê-los, para viabilizar o postulado da justiça penal eficaz. Contudo, destaca que essa justiça penal eficaz não é alcançada mediante sacrifício do devido processo legal. Ao fim e após tantos outros argumentos, acompanha o ministro relator Eros Grau.

Desde 2009 até o prelúdio de 2016, prevaleceu o entendimento quanto à inconstitucionalidade de execução antecipada da pena, calçado em uma visão principiológica e de prestígio ao texto constitucional. Todavia, com a modificação na composição do Supremo Tribunal Federal, reergueu-se a discussão, por meio do *habeas corpus* n. 126.292/SP¹⁸⁸, de relatoria do Min. Teori Zavascki, sobre a

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fev. de 2016.

constitucionalidade do cumprimento antecipado da pena. No mencionado *habeas corpus*, iniciou-se a construção de *overruling*¹⁸⁹ quanto ao entendimento da Corte Suprema, foi a partir desse julgado que se passou, até o momento, a se reconhecer como constitucional a execução antecipada da pena.

O atual entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal remonta ao estabelecido já em 1991, por força do HC n. 68.726/RJ¹⁹⁰, que se manteve até 2009, nos termos do HC n. 72.366/SP¹⁹¹ e HC n. 74.983/RS¹⁹², que autorizava a execução antecipada da pena. Contudo, o Min. Teori Zavascki trouxe outros fundamentos além daqueles outrora debatidos, complementações essas que fundamentaram seu voto tanto com base na legislação interna, quanto no direito comparado. Para o ministro, há necessidade de se observar:

[...] (a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal¹⁹³.

Zavascki reforçou que o entendimento que vinha sendo mantido pela Corte Constitucional até o início de 2009 assentou-se no fato de que, com a condenação do réu, fica ultrapassada a discussão quanto à falta de fundamentação no decreto

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 11 de jun. 2018.

¹⁸⁹ O *overruling*, instituto eminentemente derivado do *common law*, retrata a superação de precedente ou jurisprudência de determinada Corte. Embora não se depreenda que o ato fora, efetivamente, um fenômeno *overruling*, tem-se que alguns juristas assim a reconhecem, sobre o tema, ver: CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 272-274.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 68.726/RJ**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 28 de jun. de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=71186&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2068726>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 72.366/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Nelson de Salvi Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 13 de set. de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73718>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 74.983/RS**, do Tribunal Pleno. Paciente: Mário Somensi. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 30 de jun. de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

de prisão preventiva, uma vez que inexistente atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. Soma-se a essa circunstância que a Suprema Corte, à época, havia reconhecido a compatibilidade entre, hoje revogado, o art. 594¹⁹⁴ do Código de Processo Penal e a Constituição Federal, porquanto a Carta Maior teria recepcionado o dispositivo.

Após realizar análise na mudança do entendimento em 2009 – já avaliado anteriormente –, Zavascki passa a considerar que é preciso depreender que não se pode afastar o princípio da presunção de inocência do processo penal, mas que deve ser compreendido em fase fático-probatória, isto é, quando da análise dos fatos, os quais ocorrem em primeiro e segundo grau. Com o exaurimento dessas fases, passa a existir tão somente os recursos especial e extraordinário, cuja cognição restringe-se à matéria de direito, já não podendo haver revisão dos fatos. Para o ministro relator:

[...] Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, §2º, da Lei 8.038/1990¹⁹⁵.

Na sequência, Zavascki realiza uma espécie de dicotomia entre procedimento ordinário e extraordinário do processo, ao asseverar que a execução da pena, quando houver pendente recurso de natureza ordinária, não ofende ao “núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade”, uma vez que fora concedido ao réu, no decorrer de todo o “processo ordinário criminal”, todos os direitos e as garantias a ele inerentes, inclusive respeitando-se as regras probatórias e o modelo acusatório, não havendo, portanto, a incompatibilidade da garantia constitucional (presunção de

¹⁹⁴ O art. 594 fora revogado pela Lei n. 11.719/2008, sendo seu antigo texto o seguinte: “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DFD, 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

não-culpabilidade) com a execução provisória da pena quando reconhecida a culpa nas instâncias ordinárias.

Fundamentando seu entendimento, o ministro exemplifica a viabilidade da reprodução dos efeitos da responsabilização criminal derivada de condenação de segundo grau com a Lei Complementar n. 135/2010, nominada “Lei da Ficha Limpa”, que modificou a alínea “e” do art. 1º da Lei Complementar n. 64/1990, passando a eleger, expressamente, como causa de inelegibilidade a existência de condenação por crimes específicos proferidas por órgão colegiado¹⁹⁶. Isso, para Zavascki, “é dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”.

Seguindo sua fundamentação, o ministro cita doutrina que faz referências a países cuja execução provisória da pena é admitida, fazendo menções à Inglaterra, aos Estados Unidos da América, ao Canadá, à Alemanha, a Portugal, à Espanha e à Argentina. Continua seus argumentos sobre a viabilidade da execução provisória afirmando a existência da prática de interposição de recursos protelatórios que visam tão somente buscar a prescrição da pretensão punitiva ou executória, “assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”.

Zavascki expõe que é função do STF é garantir que o processo penal resgate sua inafastável função institucional de efetivação do *jus puniendi* estatal, a fim de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da jurisdição penal, devendo ser retomado o antigo posicionamento da Corte Constitucional. E, assim, encerra seu voto guia do HC n. 126.292/SP.

¹⁹⁶ É relevante considerar que o tema da causa de inelegibilidade trazida pelo art. 1º, inciso I, alínea “e”, da Lei da Ficha Limpa já fora alvo de debate pelo Supremo Tribunal Federal. Na época, por meio das ADCs 29 e 30, bem como da ADI 4.578, o STF reconheceu como constitucional o dispositivo que permite a inelegibilidade quando procedida a condenação por órgão colegiado. Todavia, um dos argumentos proferidos pelo Min. Luiz Fux, relator da ADC n. 29 – em que se julgou conjuntamente as demais e referidas ações –, foi no sentido de que não haveria ofensa ao princípio da presunção de inocência, porquanto a matéria ali discutida não era de caráter penal, mas sim eleitoral, o que condizeria com os preceitos constitucionais. O que antes fora fundamento para não confundir os efeitos da presunção de inocência aplicada ao direito penal com o direito eleitoral, agora fora utilizada para ratificar o entendimento de relativização da presunção de inocência ao processo penal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 29/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 16 de fev. de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Vale ressaltar algumas das exposições dos demais ministros que acompanharam o voto do relator, os quais, em sua fundamentação, demonstraram a real pretensão de eficiência daquele julgado. A exemplo disso, tem-se o voto do Min. Barroso, o qual referiu que ao decorrer do processo penal, ocorre uma ponderação¹⁹⁷ entre o princípio da presunção de inocência e o da efetividade do sistema penal, na medida em que o primeiro é concedido com maior peso no início da instrumentação penal e, após decisão condenatória de segundo grau, passa a ser atribuído peso maior ao segundo, uma vez que já haveria demonstração segura da responsabilidade penal pela finalização da análise de fatos e provas.

Em mesmo voto, o Min. Barroso dispõe que o sacrifício imposto ao princípio da não-culpabilidade é superado pela proteção que se concede à efetividade e à credibilidade da Justiça, como demonstram as estatísticas por ele mencionadas¹⁹⁸. O julgador afirma que seu entendimento é reforçado pela compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, isto é, ao mesmo tempo que o referido princípio veda o excesso, também veda a proteção deficiente e, para ele, o posicionamento de impedimento da execução da pena antes do trânsito em julgado tem-se demonstrado insatisfatório na proteção de direitos fundamentais como a vida, dignidade humana e integridade física e moral das pessoas. E convalida que “[...] um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988” e, citando Beccaria, reforça sua fundamentação quanto à proporcionalidade.

Intrigante ponto é que Barroso expressa, em diversos momentos de seu voto, questões que envolvem o sentimento social de “descrédito para a justiça”, até mesmo apontando que impedir o cumprimento antecipado da pena causou, em razão da mudança de entendimento do STF em 2009, os seguintes reflexos: “o

¹⁹⁷ Ponto pertinente a ser analisado em fundamentações de Barroso é a ausência de critérios trabalhados por Alexy, conforme se observa, também, pela crítica de Streck: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Ed.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 72-73.

¹⁹⁸ O Min. Roberto Barroso menciona: “Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. [...] A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0.1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”. O ministro ainda asseverou que alguns benefícios poderiam advir da mudança do entendimento que viabilizaria o cumprimento provisório e, dentre eles, estaria a restauração do sentimento social de eficácia da lei penal. Assim, e concluindo seu voto, aduziu que se deve procurar privilegiar a interpretação que confira maior efetividade ao sistema processual penal “[...] em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado) [...]”, colocando-se a favor da execução da pena provisória, acompanhando o voto do relator, Min. Zavascki.

Outro voto que acolheu o apresentado pelo relator no HC n. 126.292/SP e que merece destaque foi o do Min. Luiz Fux, o qual, além de expor concordar com o voto do Min. Zavascki, afirmou que, na prática, poucas são as decisões que conhecem da inconstitucionalidade nas condenações e, ainda, que é necessário observar quando uma interpretação constitucional não possui mais “ressonância no meio social” e, de acordo com Fux, “é inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer”.

Com a decisão proferida por maioria da Suprema Corte, vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, o STF passou a readmitir a execução da pena a partir da decisão de segundo grau, entendendo por constitucional o cumprimento da pena sem o trânsito em julgado do processo.

Por força da decisão proferida no HC n. 126.292/SP, foram propostas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44¹⁹⁹, ambas pretendendo que o Supremo Tribunal Federal revisse seu posicionamento, tendo em vista que o art. 283²⁰⁰ do Código de Processo Penal permanecia em vigência e seu conteúdo iria de encontro ao proferido pelo Supremo nos autos daquele *habeas corpus*, porquanto

¹⁹⁹ Em razão de ambas ações possuírem o mesmo objeto, o relator determinou o apensamento para julgamento conjunto, motivo pelo qual fora proferida decisão sobre medida cautelar apenas na ADC 43. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 43/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, Df, 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁰⁰ 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. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

impõe que ninguém poderá ser preso, salvo nos casos acauteladores ou em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

Com o pedido de apreciação de medida cautelar em ambas ações declaratórias de constitucionalidade, viu-se a Suprema Corte obrigada, novamente, a rever seu posicionamento. A relatoria do Min. Marco Aurélio permaneceu no sentido de seu voto proferido nos autos do HC n. 126.292/SP. O ministro referiu que o art. 283 do Código de Processo Penal permanece em harmonia com a Constituição Federal, uma vez que não se pode viabilizar o cumprimento da pena sem que haja a conclusão efetiva sobre a formação da culpa, a qual se encerra tão somente com o trânsito em julgado do processo. Mais, diz o relator que a garantia constitucional da presunção de inocência vai além das possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir a garantia da presunção de inocência. Na pretensão de trazer dados concretos, levantou os problemas derivados da superlotação carcerária nos termos que fora firmado na ADPF n. 347. Após demais fundamentos, votou pela concessão da medida cautelar para suspender a execução provisória da pena e determinar a soltura daqueles presos sobre esse argumento.

Malgrado, embora tenha sido acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, em parte, Dias Toffoli, a medida cautelar fora indeferida, permanecendo a possibilidade de cumprimento provisório da pena a partir da decisão de segundo grau.

O Min. Edson Fachin argumentou que a execução provisória da pena encontra-se respaldada no princípio da proibição da proteção deficiente e está em consonância ao que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem apontando como precário no Brasil, quando dos julgamentos em que o Estado fora condenado por infringir os direitos humanos. Nos demais pontos, manteve seu posicionamento externado no HC n. 126.292, afirmando que há efeito suspensivo nos recursos extraordinários (*lato sensu*) e que à luz das demais normas constitucionais o novo entendimento da Suprema Corte está adequado e que inexistente antinomia entre os artigos 283 e 637 do Código de Processo Penal, bem como tratou sobre dados trazidos pela Fundação Getúlio Vargas e Defensoria Pública do Rio de Janeiro, os quais expõem informações quanto aos números de processos julgados favoráveis aos réus e às espécies de recursos utilizados, a fim de demonstrar que o impacto do novo posicionamento não afetaria em grande monta a situação dos réus, pois, de

acordo com Fachin, “[...] percebe-se que de todo o universo de assistidos pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em números absolutos, 155 tiveram sua situação de injustiça revertida num Tribunal Superior”²⁰¹. Assim, valendo-se de mais outros argumentos, indeferiu a liminar.

Em mesma esteira, o Min. Luís Roberto Barroso iniciou seu voto trazendo casos que, em sua visão, demonstram que o sistema penal não funciona, trata da oscilação da jurisprudência do STF sobre a matéria, frisando o que havia mencionado já em sede do HC n. 126.292/SP, ao referir que a mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal no ano de 2009 acarretou em três consequências muito negativas, sendo: (i) incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios, tendo destacado que há demasiada movimentação da máquina do judiciário, sendo que, “no mundo real” o percentual de recursos extraordinários favoráveis ao réu é “irrisório”, inferior a 1,5%, ainda, mencionou que entre 01.01.2009 e 19.04.2016, das 25.707 decisões de mérito provenientes de recursos criminais no STF (entre recursos extraordinários e agravos), as decisões “absolutórias” não chegaram a 0,1% do total das decisões; (ii) viabilizou a seletividade, uma vez que apenas os ricos possuem condições de contratarem bons advogados para se utilizarem do sistema recursal, não possuindo os pobres essas condições, nem a Defensoria Pública estrutura para assim agir, e, pelo seu entendimento, por isso é mais fácil haver a punição de jovens que são presos portando 100g de maconha do que agentes políticos ou empresários que cometem fraudes milionárias; e, por último, (iii) o entendimento que viabilizou o cumprimento da pena tão somente após o trânsito em julgado agravou “o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”.

Na continuidade de seu voto, o ministro ratifica os efeitos pragmáticos da execução provisória da pena já referidos por ele em outra oportunidade, aduzindo que (i) o sistema de justiça criminal passa a ser mais funcional e equilibrado, por coibir a abusividade na interposição de recursos e fortalece os juízes de primeiro grau e Tribunais de Justiça; (ii) reduz a seletividade do sistema punitivo e o incentivo à criminalidade do colarinho branco; e (iii) viabiliza a “quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal”, uma vez que o cumprimento da pena somente

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 43/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

após o trânsito em julgado tem autorizado a prescrição ou o enorme distanciamento temporal entre prática do delito e a punição. Após essas considerações, prossegue com seus fundamentos²⁰² e entende por inexistir óbice na aplicação do art. 283 do CPP, indeferindo a medida cautelar.

É de extrema relevância verificar que os votos favoráveis pela manutenção do cumprimento provisório da pena trazem, em sua quase totalidade, dados estatísticos que demonstram um “baixo” índice de provimento de recursos extraordinários e especiais, justificando de forma matemática que a maioria das decisões recorridas que chegam aos Tribunais Superiores estão adequadas. Por isso, além de outras questões como o descrédito na Justiça, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela ausência de antinomia entre o art. 283 do CPP e demais textos, inclusive constitucionais, utilizando-se do mecanismo da interpretação conforme à Constituição Federal para excluir a interpretação que impeça a execução provisória da pena do art. 283 do Código de Processo Penal.

Em nova oportunidade, agora em caso de alta repercussão, o Supremo Tribunal Federal teve condições de retomar a discussão. O *habeas corpus* n. 152.752/PR, impetrado em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva fora recentemente julgado, em 04 de abril de 2018, no qual se manteve o novo entendimento do STF quanto ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

O relator do referido *habeas corpus*, Min. Edson Fachin²⁰³, tratou o tema no sentido de haver a uniformização, pelo Superior Tribunal de Justiça, de jurisprudência, embasando-se esse no atual entendimento da Corte Constitucional. Fachin compreendeu que o ato praticado pelo STJ de denegar a ordem de *habeas corpus* ao paciente acabou por não constituir ato coator, tampouco abuso de

²⁰² Novamente o Min. Luis Barroso traz dados sobre o provimento de recursos favoráveis ao réu no âmbito dos Tribunais Superiores, alega o julgador que: “A afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública pela necessidade de se aguardar o julgamento do RE e do REsp torna-se ainda mais patente pela análise do baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária, tanto no STF, quanto no STJ. Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos extraordinários criminais providos em favor do réu foi de 1,12%. Já no caso do STJ, dados fornecidos pela Presidência do Tribunal indicam que os recursos especiais criminais providos em favor do réu no período de 01.01.2009 até 20.06.2016 foi de 10,29%” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 43/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 152.752/PR**, do Tribunal Pleno. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 04 abr. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

autoridade. Ressaltou o ministro, ademais, que a República Federativa do Brasil vem sendo questionada por organismos internacionais pela ineficiência de seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos. Para dar fulcro ao seu posicionamento, expôs a condenação do Brasil, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso Maria da Penha Fernandes versus Brasil. Também relatou o caso Sétimo Garibaldi versus Brasil e Ximenes Lopes versus Brasil, entre outros casos, no intuito de demonstrar que o Brasil é reconhecido pela “deficiência da proteção penal”, demonstrando que no posicionamento adotado pelo STF e, no caso em concreto, no STJ, não se verifica ilegalidade ou abuso de poder no ato coator. O ministro, ainda, afastou outras teses como a inexistência de vinculação da decisão proferida nos autos do HC n. 126.292/SP aos demais processos penais, a ocorrência de *reformatio in pejus* e a ausência de fundamentação na decisão que determinou o cumprimento antecipado da pena, tendo, nesse ponto, referido que a determinação de execução da pena não necessita de fundamentação particularizada, por ser tão somente cumprimento de título condenatório.

Circunstâncias que expõem a real visão economicista nos autos do HC n. 152.752/PR é perceptível nos votos de demais ministros que acompanharam o relator, como se observa, novamente, do voto do Min. Fux²⁰⁴, que dedica tópico específico para a análise econômica do Direito. O ministro aduz que se deve pontuar, na questão da execução antecipada da pena, questões associadas à análise econômica do Direito, em especial quanto aos incentivos e desestímulos ao comportamento dos cidadãos. Para Fux, a concepção de que a interposição de recursos sucessivos pela defesa permite evitar a execução da pena finda por causar efeitos deletérios à “normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional”.

Consoante o posicionamento de Fux, quanto à normatividade jurídica, os efeitos originam-se do risco de prescrição das penas, uma vez que no sistema processual penal são “infinitas e praticamente incontáveis as possibilidades de interposição de recursos pela defesa” que, empiricamente, significa em incentivar a sucessiva interposição de recursos protelatórios. Referente ao prejuízo à prestação jurisdicional, destaca que ao se conferir ao princípio da presunção de inocência a possibilidade de impedir a execução da condenação, viabiliza que a defesa

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 152.752/PR**, do Tribunal Pleno. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de abr. de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

proponha recursos descobertos de juridicidade, fazendo com que os juízos ordinários e Cortes Superiores dispendam seu tempo desnecessariamente e, por mais, destaca que:

Essa jurisprudência, somada a uma compreensão também benevolente no que tange à restrição da incidência do princípio da boa-fé processual na seara penal, conduz à injustiça, à ineficácia das normas penais, quando não à ineficiência do ordenamento jurídico como um todo e ao reforço de uma cultura de desrespeito às normas em geral, numa sociedade de absoluta anomia, que deve ser evitada pelo Poder Judiciário, em seu papel de pacificação social²⁰⁵.

Por estes termos, o Min. Fux votou em consonância com o relator, compreendendo pela manutenção da viabilidade de cumprimento da pena antecipada.

Também interessante posicionamento é o proferido pelo Min. Alexandre de Moraes²⁰⁶, o qual, para respaldar a autorização do cumprimento provisório da pena, realizou análise do período de vigência do entendimento anterior ao que vedou esse cumprimento. De acordo com os dados levantados pelo ministro, no período de vigência da Constituição Federal, convertido em porcentagem, o entendimento pela constitucionalidade do cumprimento provisório da pena vigeu por 75% do tempo da Constituição Democrática, isto é, por 22 anos e 6 meses (considerando o período de promulgação da Constituição até o HC n. 84.078, mais o período da retomada do entendimento no HC n. 126.292, até o dia do julgamento do *habeas corpus* analisado). Enquanto o entendimento da impossibilidade do cumprimento provisório esteve vigente apenas por 07 anos.

Ainda, reforça o ministro, que pelo período de quase 30 anos da Constituição Federal, dos 34 ministros que compuseram a Corte nesse período, tão somente 9 possuíam o entendimento de que seria inconstitucional o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Assim, ressalta o julgador, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em denegar o *habeas corpus* do paciente está em consonância com o entendimento que durou 75% do período da Constituição Federal, bem como com o posicionamento de 71% dos ministros que ocuparam as

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 152.752/PR**, do Tribunal Pleno. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de abr. de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

²⁰⁶ Ibid.

cadeiras nesse ínterim. Dessa forma, o entendimento proferido pelo STJ, ao ver do Min. Alexandre de Moraes, é atual e tradicional à jurisprudência do STF. Por fim, após tecer considerações sobre a necessidade de adequar os termos do art. 5º, inciso LVII, em especial o “trânsito em julgado”, a demais dispositivos constitucionais, acompanhou o voto do relator.

Também interessa analisar o voto proferido pelo Min. Barroso²⁰⁷, o qual roborou o levantado pelo Min. Alexandre de Moraes, inclusive ressaltando que, em verdade, o entendimento da possibilidade do cumprimento provisório da pena já partia desde 1941, mas, sob égide da Constituição de 1988, desde 1988 até 2009 e, agora, é retomado o posicionamento.

Min. Barroso novamente invocou seus motivos, alegando que se está diante de uma real mutação constitucional, uma vez que os requisitos que autorizam a aplicação desse fenômeno estavam presentes quando do julgamento do HC n. 126.292/SP e assim permanecem. Os requisitos, de acordo com o ministro, são: “1) houve uma mudança relevante na realidade social; 2) houve uma mudança na compreensão do Direito; 3) pelos impactos negativos que uma determinada interpretação tenha produzido no mundo real”. Sintetizando seus argumentos, refere que possui muitos exemplos de impactos negativos que a interpretação de cumprimento de pena somente após o trânsito em julgado, assim, citou diversos fatos em que houve demora no cumprimento da pena pelo excesso de recursos interpostos e, a partir da mudança da interpretação, passou-se a colocar o condenado em segundo grau a cumprir a pena imediatamente, algo que, conforme o julgador, se o Supremo voltar ao seu antigo entendimento “essas transformações que nós finalmente estamos conseguindo no Brasil – com atraso, mas não tarde demais – vão regredir e o crime vai voltar a compensar”. O ministro reconhece que o fim da prisão em segundo grau colocaria em risco os incentivos para colaboração premiada, instituto que foi decisivo para o desmembramento da “corrupção sistêmica que existe no Brasil”.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 152.752/PR**, do Tribunal Pleno. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de abr. de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

Ademais, fundamentou o Min. Barroso que a Constituição Federal não exige o trânsito em julgado para decretação da prisão, “não exige e nunca exigiu”²⁰⁸. O julgador faz considerações quanto à seletividade penal e, ainda, reforça seus argumentos com evidências (analíticas sobre número de recursos favoráveis à defesa) que já se tratou em itens anteriores.

É verdade que todos os argumentos postos pela Corte devem ser considerados, mas além desses referidos, um que se destaca é a utilização referencial de outros países pelo Min. Zavascki. Em seu voto guia-vencedor no HC n. 126.292/SP, o julgador faz referência a países que permitem o cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado. No entanto, em uma pesquisa terminológica nas suas Constituições Federais, em que se buscou identificar dispositivos que previssem a relação objetiva entre trânsito em julgado e presunção de inocência, verificou-se que:

Estados Unidos da América²⁰⁹ não possui em sua Constituição Federal qualquer termo que se equivalha à necessidade de trânsito em julgado, isto é, a Constituição Federal estadunidense não exige o trânsito em julgado para reconhecimento da culpa. Isso, inclusive, é respaldado pela estrutura de seu sistema. Os Estados Unidos da América detêm o júri como órgão jurisdicional de regra (seção 2 da Constituição estadunidense), o qual possui soberania em suas decisões independentemente de seus fundamentos. Logo, não se pode comparar a aplicabilidade da execução provisória entre o referido Estado e a República Federativa do Brasil, por não haver similitude no sistema jurídico e constitucional.

A Inglaterra, por sua vez, não possui uma Constituição escrita, ou melhor mencionado, uma Constituição “codificada”, a Constituição Monárquica da Inglaterra está baseada em leis esparsas, decisões judiciais, entre outros documentos históricos, políticos e jurídicos. Isso tem até mesmo levantado, recentemente, discussão sobre a necessidade ou não de uma Constituição devidamente escrita e

²⁰⁸ O ministro, neste ponto, faz uma referência entre os incisos LVII e LXI do art. 5º da CF, referindo que o primeiro afirmou que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença, enquanto o segundo refere que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Assim, entende o Min. Barroso que prisão e culpa são circunstâncias distintas e que, para prisão, basta apenas o controle jurisdicional e a fundamentação da autoridade judiciária. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 152.752/PR**, do Tribunal Pleno. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de abr. de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

²⁰⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1789). **United States Constitution**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

unificada²¹⁰. É evidente, portanto, que a disposição normativa da Constituição inglesa não é equivalente ao da Constituição brasileira, inclusive por, assim como os EUA, possuir um sistema de *common law*, circunstância que não permite a analogia quanto à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado ser constitucionalmente protegido ou não pelo ordenamento constitucional da Inglaterra.

Quanto ao Canadá, outro Estado que segue os ritos do *common law*, constatou-se que o país também não possui uma Constituição unificada como a brasileira, entretanto, possui, como na Inglaterra, diversas leis, decisões judiciais entre outros documentos que formam sua Constituição. Em especial, há dois atos constitucionais de grande importância, o ato constitucional de 1867 e o de 1982²¹¹, este último fortemente relacionado ao movimento *freedoms*, nele, no art. 11, letra “d”, em que expõe que o cidadão canadense tem o direito de ser presumido inocente até que seja comprovada sua culpa na forma da lei, não está prevista o necessário trânsito em julgado para tanto. Novamente não se encontram elementos que viabilizem a comparação do ordenamento jurídico-constitucional canadense ao brasileiro, sendo inaplicável tal exemplificação.

Referenciada na decisão, a Alemanha também não possui, expressamente, em seu texto constitucional²¹², a necessidade de trânsito em julgado para que se considere culpado o cidadão e possa haver o cumprimento da pena. Embora não possua a expressa necessidade de trânsito em julgado, tem-se conhecimento de que, em verdade, a pena na Alemanha passa a ser cumprida tão somente após o julgamento de recurso do tribunal equivalente ao Superior Tribunal de Justiça²¹³. Como o Tribunal Constitucional alemão não é recursal, finda que o Estado alemão cumpre a pena somente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, ao contrário do referido na decisão do Supremo Tribunal Federal.

²¹⁰ BLACKBURN, Robert. **Britain's unwritten constitution**. Theme: Magna Carta today [S.l.]: British Library, 13 Mar. 2015. Disponível em <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution#authorBlock1>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

²¹¹ CANADÁ. Ato constitucional (1987). **Constitution Act, 1982**. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html#h-40>>. Acesso em :01 jul. 2018.

²¹² ALEMANHA. Constituição (1949). **Grundgesetz**. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

²¹³ CANÁRIO, Pedro. Citada como exemplo, Alemanha espera trânsito em julgado para prender. **Conjur**, São Paulo, 5 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-05/citada-exemplo-alemanha-prende-transito-julgado>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

Portugal, por sua vez, detém em sua Constituição Federal²¹⁴ dispositivo com semelhanças à brasileira, possuindo a previsão da presunção de inocência até o trânsito em julgado (art. 32, nº 2 da Constituição Federal portuguesa). Contudo, é entendido como possível o cumprimento da pena após o julgamento do Supremo Tribunal de Justiça (equivalente ao Superior Tribunal de Justiça). Apesar de haver o cumprimento da pena após o julgamento do Supremo Tribunal de Justiça português, não havendo a necessidade de esgotamento no âmbito do Tribunal Constitucional, é preciso se identificar duas circunstâncias de alta relevância: a primeira é que a utilização do exemplo de Portugal na decisão do Min. Zavascki aparentou demonstrar ser já possível o cumprimento da pena a partir do julgamento de segundo grau, enquanto, na realidade, Portugal permite o cumprimento após a decisão de terceiro grau; o outro ponto relaciona-se com a estrutura do judiciário português, o qual possui maior controle jurisdicional que o brasileiro, uma vez que o juiz singular julga apenas crimes com pena inferior a cinco anos²¹⁵, sendo deslocada a competência, quando a pena é superior aos cinco anos, ao tribunal coletivo, constituído por três juízes de primeiro grau. Não há, portanto, possível comparação entre a aplicação da pena provisória prevista em Portugal para a que se impôs no Brasil, especialmente por questões de estrutura organizacional e porque, ainda que se permita o cumprimento antes do trânsito, há revisão por tribunal superior para que haja esse cumprimento.

A Espanha, outro país citado como referencial de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, não possui em sua Constituição a exigência do trânsito em julgado para tanto, reconhecendo tão somente a presunção de inocência (art. 24, nº 2, da Constituição espanhola²¹⁶.) O último dos países mencionado na decisão proferida pelo Min. Zavascki, a Argentina também não possui, em sua Constituição

²¹⁴ PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

²¹⁵ Há de se destacar que os condenados por crimes cuja pena cominada no tipo é de no máximo 05 anos, em Portugal, quando da condenação, podem ter a suspensão da execução da pena (arts. 50 e 53 do CP português); há possibilidade, também, de “suspensão provisória do processo” (arts. 281 e 282 do Código de Processo Penal português), semelhante à suspensão condicional do processo brasileira, que se aplica aos casos cuja pena prevista para o delito é de até 05 anos. Isto é, além do cidadão possuir a garantia de ser julgado por um colegiado desde o primeiro grau quando apurado delito com pena superior a 05 anos, nos casos de pena inferior a 05 anos, o réu possui condições de praticar a suspensão do processo. Também é necessário ressaltar, nos casos de prisão preventiva, a legislação portuguesa prevê prazos, ao contrário da legislação brasileira, e não é aplicada, em regra geral, àqueles que respondam por delito cuja pena máxima é inferior a 05 anos (art. 202 do CPP português).

²¹⁶ ESPANHA. Constituição (1978). **Constitución**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

Federal²¹⁷, a previsão do trânsito em julgado para reconhecimento de culpa, também inviabilizado a comparação entre os dois Estados.

Percebe-se que a menção aos referidos países foi argumento estabelecido apenas para fornecer segurança na decisão, mas não consagrou as diferenças de sistema jurídico, constitucional e, no específico caso de Portugal, fático e organizacional, sendo utilizado para transparecer uma eficiência incompatível com aquela exigida pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Os diversos fundamentos que foram analisados anteriormente demonstraram um viés pragmático-econômico na eficiência aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, justificativas aritméticas, de dificuldades administrativas e de mera conveniência foram lançadas na esperança de otimizar o processo penal e, conseqüentemente, acalmar os anseios da população quanto à exigência de combate à corrupção e à impunidade.

Realizadas as análises necessárias às decisões proferidas sobre a retomada do entendimento do cumprimento provisório da pena, listam-se os principais fundamentos para sua retomada, conjuntamente com sua breve e respectiva crítica:

- a) inexistência de efeito suspensivo nos recursos extraordinários *lato sensu*: referente ao efeito suspensivo, o argumento parece carecer de legitimidade constitucional, isso porque a referência ao efeito suspensivo nos mencionados recursos decorre única e exclusivamente de norma infraconstitucional e diverge do texto constitucional. Observa-se que essa compreensão de efeito suspensivo nos recursos criminais é evidentemente um resquício da unificada teoria geral do processo, em que a natureza do processo é aprofundada, nessa teoria geral, no âmbito civil. É importante este depreender, porque não há dispositivo constitucional que vede, expressamente, o cumprimento da sentença civil antes de seu trânsito em julgado, enquanto que para o processo penal, a impossibilidade do cumprimento provisório é clara quando a Constituição Federal refere, no art. 5º, inciso LVII, “sentença penal condenatória”;
- b) a interposição abusiva de recursos pelos advogados perante os Tribunais Superiores: o argumento denota-se meramente convencional, isto é, afasta-se o caráter constitucional do princípio da presunção de inocência para que o Supremo Tribunal Federal não desperdice seu tempo com esses recursos. Ao

²¹⁷ ARGENTINA. Constituição (1995). **Constitución**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

invés de utilizar de mecanismos processuais válidos, tais como a imposição de multa no uso abusivo do direito de recorrer (o que ainda seria questionável) prefere-se lançar mão de medida extrema, que viola a liberdade do cidadão;

- c) a necessária harmonização entre Princípio da Presunção de Inocência e Princípio da Efetividade da Jurisdição: outro equívoco que parece ser constante. Inicialmente, não se observou, em nenhuma das decisões, a devida aplicação da fórmula de ponderação de Alexy, entretanto, ainda que assim fosse observada, a concepção de eficiência para um processo penal não condiz com essa possibilidade, pois a jurisdição só poderá ser efetivada se respeitar os ditames constitucionais, isso inclui as garantias e direitos fundamentais. Não se pode reconhecer que o Estado efetive sua jurisdição sacrificando princípios protetivos do cidadão, isso seria permitir a retoma da barbárie institucional, violando toda a compreensão de existência da Constituição Federal;
- d) ponderação entre o Princípio da Presunção de Inocência e Princípio da Efetividade do Sistema Penal: novamente não se observa a aplicabilidade de fórmulas de ponderação e, acima de tudo, parece ter ocorrido a criação de um novo princípio. Efetividade do sistema penal não é um princípio propriamente dito, se não reflexo do princípio da efetividade da jurisdição, não haveria o porquê de existir uma determinação principiológica para aquilo que só é efetivado a partir da sistemática jurisdicional. Aqui os argumentos são os mesmos lançados quanto ao item anterior;
- e) a compensação do “sacrifício” do Princípio da Presunção de Inocência pela proteção à efetividade e à credibilidade da Justiça: de todos os argumentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal, este é o de maior espanto e violência. Primeiro porque o guardião da Constituição Federal reconheceu, explicitamente estar “sacrificando” um princípio constitucional, não havendo dúvidas quanto a isso. Segundo, e mais temerário, é que se coloca este sacrifício em prol da “credibilidade da Justiça”, algo inimaginável, uma vez que não existe qualquer menção, na Constituição Federal, de que este seja um valor de proteção relevante ou, mais, que possa ser colocado em equiparação, ou como no tema proposto, superior aos direitos fundamentais e garantias constitucionais. Veja-se que o argumento da Corte Suprema nem

pairou, neste ponto, sobre o tema de a presunção de inocência violar a concepção de Justiça, mas sobre a credibilidade a ela. Isto é, o Supremo Tribunal Federal demonstrou estar preocupado com sua vaidade. Um argumento utilitarista, que deseja alcançar a conciliação entre o desejo de uma maioria – justamente por assumir o termo credibilidade – com seu agir;

- f) a prisão apenas depois do trânsito em julgado fornece proteção deficiente: parece haver uma baixa compreensão da Constituição²¹⁸ com o emprego desse argumento, uma vez que a deficiência na proteção de bens jurídicos não está relacionada à mitigação ou, até mesmo, expurgo do princípio da presunção de inocência. Está sim relacionada ao tratamento que a norma penal fornece ao bem que possui dignidade penal, à proporcionalidade da pena com a conduta e à celeridade da apuração do ilícito. Os casos utilizados por Fachin como exemplos de deficiência protetiva estão relacionados ou à falta e à morosidade nas investigações, ou à demora nos julgamentos, não quanto à prisão após o trânsito em julgado. A Constituição Federal brasileira é inchada, quase impossível reconhecer um direito penal mínimo no Estado brasileiro, mas a Carta Política permaneceu elencando como meio protetivo ao cidadão a culpa formada após o trânsito em julgado. Novamente denota-se uma visão utilitária, que visa o reconhecimento de jurisdição eficiente perante os órgãos internacionais por meio de redução de garantias e direitos do cidadão, mais uma vez o STF desonera-se de sua incapacidade administrativa em detrimento do cidadão;
- g) novo entendimento reduz seletividade penal: situação que demonstra a ausência de realidade da Corte Constitucional com a realidade brasileira. Em verdade, a execução provisória da pena vem para agravar a situação da seletividade²¹⁹, da situação carcerária²²⁰. Primeiro, porque ainda haverá a

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 80, p. 303-343, 2004.

²¹⁹ CANÁRIO, Pedro. Ao autorizar prisão antecipada, STF aprofundou injustiças, dizem advogados. **Conjur**, São Paulo, 01 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-01/prisao-antecipada-stf-aprofundou-injusticas-dizem-advogados>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

²²⁰ Para poder evidenciar o agravamento da crise carcerária, pode-se observar o relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, em que identificou que 27,72% (148.472) dos presos no país cumprem a execução provisória da pena, sendo que não integra esse número o estado do Rio Grande do Sul, que não concluiu seu levantamento a tempo. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. **Cadastro Nacional de**

possibilidade de apresentação de recursos por parte dos advogados particulares, que poderão alcançar resultados com a discussão do caso em concreto. Segundo, pois aqueles que utilizam do serviço da Defensoria Pública, por exemplo, quando tivessem a possibilidade de seguir em liberdade em eventuais recursos extraordinários, permanecerão presos, isto é, o STF reduziu a quase zero a possibilidade de hipossuficientes alcançarem sua liberdade, sem falar que inexistem dados que comprovem o alegado pela Corte;

- h) acompanhamento do sentimento social (credibilidade da Justiça, demanda de um direito penal “sério”, inaceitabilidade social “dessa presunção de inocência”, entre outros referidos): quadro estranho ao Direito, uma vez que o espaço de dúvida que existiria na interpretação é preenchido com mecanismos alienígenas ao Direito, como sentimentos sociais. O julgador passa a responder a desejos da população, deixando de lado a autonomia do Direito, prestando homenagens a emoções e afastando a coerência e integridade do e no Direito. É quase impossível contra-argumentar uma decisão embasada em emoções, pois o prolator não está receptivo à razão;
- i) ínfima porcentagem de provimento favorável de recursos aos réus nos Tribunais Superiores: em diversos momentos foram trazidas informações acerca da porcentagem de recursos providos. O Min. Barroso, como se pôde observar, asseverou, nos autos do HC n. 126.292/SP, que as decisões proferidas em recursos extraordinários são ínfimas, sendo do percentual de 1,5% ou 0,1%, se consideradas as decisões absolutórias. Entretanto, estudos apresentados pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)²²¹ e levados aos autos das ADCs 43 e 44, destacam duas questões importantes: a

Presos. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

²²¹ O IBCCrim fora admitido como *amicus curiae* nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. Em seus memoriais, o instituto apresenta estudos sobre decisões proferidas entre 2008 e 2012, nela são expostos os seguintes dados:

Resultado dos HCs e RHCs nos STF: 8,27% concessão (parcial e integral); 22,91% não concedidos; 37,78% não conhecidos; 9,22% pendentes; 19,95% prejudicados; 1,53% outras situações.

Resultados dos HCs e RHCs no STJ: 27,86% concedidos (parcial e integral); 21,10% não concedidos; 19,98% não conhecidos; 11%pendentes; 24,44% prejudicado; 0,58% em outras situações.

O estudo apresenta alta taxa de sucesso nas impetrações de HCs e RHCs no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sendo essa, proporcionalmente, a mais alta entre todas as outras condições, bem como demonstra taxa mais elevada do que apresentada pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos recursos concedidos.

primeira é que não se pode viabilizar a execução provisória da pena somente com dados do STF, pois esse cumprimento ocorre já em segundo grau, afastando a possibilidade de análise pelo STJ antes da prisão. Isso é de alta relevância, pois o instituto apresenta que aproximadamente 27,86% dos recursos são providos favoravelmente à Defesa. O segundo ponto é que o percentual apresentado pelo STF não condiz com as reais estatísticas, porquanto se alcançou a quantia de 8,27% de sucesso dos recursos extraordinários defensivos, não 1,5%. Ademais, outra vez a argumentação do Supremo Tribunal Federal recai sobre a lógica aritmética, em que se reconhece, em justiça penal, a possibilidade de prender indevidamente poucos para que grande parte cumpra pena, total atentado à presunção de inocência, à dignidade da pessoa humana;

- j) vigência do entendimento da possibilidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado possui mais tradição: o Supremo Tribunal Federal expôs que no período de vigência da Constituição Federal, o entendimento que mais vigeu foi o da possibilidade da execução provisória. Conforme expôs o Min. Alexandre de Moraes, no período de vigência da Constituição Federal, o entendimento que prevaleceu acerca da possibilidade da execução provisória da pena representa 75% desse período, sendo que dos ministros que ocuparam os assentos na Corte Constitucional nesse tempo, 71% eram favoráveis ao cumprimento provisório. É interessante o apontamento do ministro por uma clara questão, por mais que se tenha conhecimento de que a influência autoritária do regime fora ínfima no Supremo Tribunal Federal²²², é normal que a própria cultura da época permitisse uma visão mais autoritária em geral, os ministros que vinham mantendo seus postos após o regime (destaca-se que com a queda do regime, houve a permanência dos membros do Supremo) ainda reconheciam como viável as normas postas pelo Código de Processo Penal de 1941 (ainda vigente e cheio de críticas) e, senão bastasse, estavam enfrentando o amadurecimento da própria Constituição, que inovava com a exigência do trânsito em julgado para reconhecimento de

²²² Sobre o assunto da interferência do regime no Supremo Tribunal Federal, recomenda-se a leitura de: VALÉRIO, Otávio L. S. **A toga e a farda**: o Supremo Tribunal Federal e o regime militar (1964-1969). 2010. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estadual de São Paulo (USP), São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16082011-164739/pt-br.php>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

culpa e, conseqüentemente, cumprimento da pena. Foi em 2009 que a ruptura, pelo menos quanto ao assunto da execução provisória da pena, efetivou-se e a Constituição Federal tomou forma no que pôde quanto ao princípio da presunção de inocência. Portanto, além de ser indevido o uso desse tipo de estatística – inclusive reconhecido pelo ministro – é preciso compreender a evolução do Direito e o amadurecimento da própria Constituição. Afinal, não se presume que com a mera promulgação da Constituição Federal houvesse o fim do autoritarismo, essa luta leva anos, décadas, muitas vezes séculos e outras tantas nem se encerra;

- k) a prisão em segundo grau é incentivadora de colaborações premiadas: é possível ainda identificar o viés pragmático-economicista na própria fundamentação do Min. Barroso ao afirmar que caso houvesse a impossibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado dos processos criminais, ocorreria desincentivo à realização de colaborações premiadas, expondo que um dos reais propósitos desse instituto também é “incentivar” – para não dizer impelir, coagir, constranger – o indivíduo a delatar esquemas de organizações criminosas. Já se tinha conhecimento que prisões cautelares vinham sendo utilizadas para “incentivar” colaborações²²³, mas, agora, também se tem o incentivo em outra ponta, isto é, ou se incentiva com a prisão no início do processo, ou com a prisão no segundo grau. Definitivamente, retomando as palavras do Min. Eros Grau, precisamos pegar nossos porretes²²⁴, pois é o Estado utilizando de coações para fazer com que pessoas delatem, muitas nem mesmo tendo o que delatar;
- l) a Constituição Federal não veda a prisão antes do trânsito em julgado, mas sim a formação de culpa: a argumentação de que a Constituição Federal não impede o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, pois o dispositivo constitucional que afirma a necessidade desse trânsito dispõe que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado” (art. 5º, inciso LVII, da CF), enquanto o dispositivo específico sobre prisões exige

²²³ Sobre prisões cautelares e colaboração premiada: VILELA, Augusto Tarradt. Lei nº 12.850/2013 e a colaboração premiada: análise diante da relativização das garantias constitucionais. In: WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Meios de obtenção de provas no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 79-100.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 84.078/MG**, do Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

apenas decisão fundamentada de órgão jurisdicional (art. 5º, inciso LXI, da CF) também é equivocada. Ocorre que essa argumentação produz sentimento, nada mais, nada menos, de subestimação à própria Constituição Federal. É evidente que o inciso LXI, ao referir sobre prisão, revela os casos acauteladores, isso porque a prisão para cumprimento de pena é um efeito da condenação, do reconhecimento da culpa, isto é, só pode cumprir pena aquele que for considerado culpado na forma que determina a Constituição, entretanto, pode o cidadão ser preso, quando presentes requisitos acauteladores, por decisão fundamentada de autoridade judicial. E há, ainda, gritante contradição nesse mesmo argumento levantado pela Corte Constitucional, já que reconhece que, para cumprimento provisório da pena, não há necessidade de fundamentação particularizada, porquanto se trata de execução de título judicial. Parece, em verdade, que a interpretação, então, não se amolda ao próprio texto constitucional já distorcido, já que não exige a fundamentação para prisão (essa que não se confunde com fundamentação da condenação). O STF passa a responsabilizar o cidadão, em nome de um desejo social, para justificar a ineficiência de sua estrutura, por demonstrar sua falta de capacidade em cumprir com as atribuições que a Constituição Federal lhe impõe;

- m) aplicabilidade por outros países: quanto a este último fundamento, reporta-se ao anteriormente referido quanto à cada país mencionado na decisão.

Após essa análise e crítica, é possível identificar o conceito de eficiência para o Supremo Tribunal Federal. Amparado por uma concepção de resposta social, fundamentando uma compreensão de que o judiciário deve acompanhar o desejo da sociedade e somando às assertivas de que as estatísticas demonstram que poucas são as reformas derivadas dos recursos especiais e extraordinários, parece que a Corte Constitucional optou por consolidar uma visão da análise econômica do Direito, em uma concepção pragmática e de sacrifícios a determinados grupos (no caso aqueles que estão no “baixo” índice estatístico de reforma, isto é, o Supremo Tribunal Federal prefere, mesmo possuindo os dados, que poucos cumpram uma pena que inexistirá, para que muitos não tenham o direito de aguardar o trânsito em julgado).

O abuso na utilização de pesquisas empíricas²²⁵ nos julgados dos ministros demonstra que se passa a utilizar de estatísticas para legitimar a modificação no posicionamento da Corte, inclusive de forma a afastar uma garantia anteriormente conferida ao cidadão. Ao convalidar que as estatísticas demonstram que poucas são as declarações de inconstitucionalidade proferidas pela Suprema Corte, os ministros acabam por reconhecer que, em nome de um “bem maior”, sacrificam-se aqueles que estão na estatística para conceder maior credibilidade ao Judiciário, por exemplo.

Nessa visão, parece que a Corte Constitucional vem incorporando um espírito do *common law*²²⁶, ainda que incompatível com a estrutura constitucional, para flexibilizar termos que nem mesmo ao poder constituinte derivado é permitido. E é nessa senda que se identifica a real eficiência aplicada ao processo penal pelo Supremo Tribunal Federal, pois, a fim de viabilizar o cumprimento da pena provisória, ao invés de utilizar-se da estrutura jurídica válida para o processo penal, passou deliberar sobre tudo e todo o conceito dos textos constitucionais para interpreta-los “conforme a Constituição Federal” (de quem?) e em nome de uma mutação constitucional duvidosa.

O processo, então, passa a ser meio manipulável, em que se concede o efeito suspensivo a recursos por determinação de lei infraconstitucional, mesmo quando o devido processo constitucional impede o cumprimento da pena sem o trânsito em julgado; o interesse da sociedade e o descrédito no Judiciário passam a ser meios autorizadores da desformalização do processo, “sacrificando-se” garantias intocáveis do cidadão. Embora se saiba que concepções referentes à moralidade da comunidade política, do dever de equanimidade, da igualdade e da “justiça”, são inarredáveis do adequado entendimento do direito processual penal, esses elementos não podem ser validadores de excessos nas punições ou de deficiência na persecução²²⁷.

²²⁵ Afirma-se que é de extrema essencialidade o emprego de dados empíricos para a aplicabilidade do Direito, entretanto, não se pode permitir que a teoria jurídica seja sufocada ao ponto do pragmatismo afastá-la sem que observe as consequências derivadas disso. Grande exemplo se tem com a própria execução provisória da pena, que preferiu tratar com dados do que com a Constituição, ao invés de conciliar ambos.

²²⁶ Sobre o assunto: CANÁRIO, Pedro. “Caminhamos a passos largos para o *common law*”, afirma Teori Zavascki. **Conjur**, São Paulo, 10 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22.

A referência dos ministros quanto à proibição de proteção deficiente não pode ser fundamento para viabilizar distorções constitucionais para adequar o entendimento da Corte aos anseios sociais, pois esse princípio, tanto quanto o princípio da proibição de excesso, não podem ser descurados “um milímetro da Constituição”²²⁸.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

4 A EFICIÊNCIA COMO OTIMIZAÇÃO LEGÍTIMA NO PROCESSO PENAL E SUA ADEQUADA APLICAÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O presente capítulo destinar-se-á a analisar e a diagnosticar o que se concebe como eficiência em um aspecto de otimização legítima no processo penal, a partir de uma leitura constitucional. Para tanto, será analisada a conceituação de resposta constitucionalmente adequada de Streck, associada à concepção de eficiência de Wedy, a fim de se alcançar a resolução da questão norteadora da presente pesquisa e, conseqüentemente, identificar se a eficiência aplicada pelo Supremo Tribunal Federal é constitucionalmente válida.

4.1 A Resposta Adequada à Constituição Federal

A pesquisa ora apresentada não visa apenas apontar a eficiência utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no caso da execução provisória da pena ou as causas que levaram ao Judiciário a forcejar a Constituição Federal, mas, também, propor uma resposta adequada de eficiência para Constituição e, para tanto, utilizar-se-á da concepção hermeneuta de resposta, especialmente aquela embasada por Streck.

A hermenêutica, em seu caráter histórico, sempre esteve vinculada à interpretação, sendo tida como sinônimo dessa. Seu surgimento segue desde a teoria da exegese bíblica até suas concepções filosóficas mais sofisticadas sobre o assunto, das quais passaram a surgir a filosófica hermenêutica e a hermenêutica filosófica. Sua nomenclatura nem sempre foi assim identificada, sendo reconhecida esta técnica como hermenêutica por volta de 1654, quando já proposta na obra *“hermeneutica sacre sive methodus exponendarum sacrarum litterarum”*, escrita por Johann Conrad Dannhauer, trabalho que marcou a diferenciação da hermenêutica teológico-filológica da hermenêutica jurídica.

Ao desenvolver do estudo da hermenêutica, alguns autores passaram a tratar o tema de forma mais intensa, inclusive construindo novas formas de observar o método hermenêutico e criticar conceitos da antiga filosofia. Um destes autores é Martin Heidegger, o qual superou a concepção da fenomenologia pura de Husserl. Heidegger ultrapassou o entendimento de que o mundo externo depende da subjetividade do ser humano, demonstrando que as coisas existem por elas

mesmas, independentemente da concepção íntima do indivíduo²²⁹. É com essa concepção que surge o “ser-aí” e o “ser-no-mundo”, em que o filósofo expõe que:

[...] o ser-aí ultrapassa o ente de um tal modo que somente nessa ultrapassagem ele pode se comportar em relação ao ente; portanto, somente assim ele pode se comportar também em relação a si mesmo como ente, isto é, pode se relacionar consigo mesmo, pode ser um si-próprio. O ser-aí transcende, ultrapassa o ente [...]”²³⁰.

Com esta percepção, Heidegger eleva a manifestação do ser como fenômeno, impulsionando a ontologia como interrogação explícita e teórica ao sentido do ser²³¹, a fenomenologia hermenêutica, assim, vai consolidando-se, permitindo o estabelecimento da hermenêutica como meio interpretativo da legislação, em que autoriza uma análise não restrita ao subjetivismo humano, mas constatando que o ser-aí é firmado pela compreensão do homem. Surge a concepção de *Dasein*, que “[...] é a condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo, no modo de ser da prestabilidade” [...]”²³².

A partir dessa linha, e de outras análises aprofundadas por Heidegger, Gadamer passará, percucientemente, a construir a hermenêutica filosófica, deixando a filosofia hermenêutica de Heidegger como supedâneo de sua estrutura. Enquanto Heidegger, com o giro hermenêutico, desenvolveu a definição de pré-compreensão²³³, Gadamer compreendia que parte desta compreensão derivava da historicidade, da análise histórica do contexto. O autor, na visão de Lopes, demonstrou a necessidade de estar “aberto” ao seu próprio entendimento, pois será o necessário para formular a compreensão²³⁴.

Lopes segue afirmando que isso demonstra a circularidade do compreender, denominado de “círculo-hermenêutico”, em que o interprete, a cada momento que retoma o texto, trará uma releitura alterada. É certo que não fora Gadamer que

²²⁹ STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 26.

²³⁰ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 325-326.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 290.

²³² *Ibid.*, p. 284.

²³³ *Ibid.*, p. 253.

²³⁴ LOPES, Ana Maria D’Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, v. 37, n. 145, p. 106, jan./mar. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/560>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

tenha criado esta concepção²³⁵, mas a aprofundou em sua teoria. A compreensão, a interpretação e aplicação, para Gadamer, passam a ser meios indissociáveis, ao contrário do que a antiga hermenêutica visualizava.

Com Gadamer, então, inicia-se o entendimento de que o interprete não pode modificar o texto como se este não existisse inicialmente, mas, também, não pode leva-lo a uma interpretação objetiva e atônita, porquanto deve observar o caráter histórico, que justamente aproxima da melhor interpretação. Para isso, a pré-compreensão, antes trabalhada por Heidegger, passa a ser o início da “mecânica interpretativa”.

É a partir destas análises que Streck passará a desenvolver uma teoria da decisão que advém da imbricação entre as teorias apresentadas por Gadamer e Dworkin, construída sob a ótica do Direito Constitucional, a fim de que as decisões jurídicas alcancem a melhor aplicabilidade dentro dos preceitos constitucionais²³⁶. Streck reconhece que houve significativo avanço na filosofia quanto à própria hermenêutica, inserida pela *linguistic turn*, em que se construiu, chamado pelo autor, o giro linguístico-ontológico que proporcionou “um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo”²³⁷, e é neste contexto que a hermenêutica trabalhada por Streck toma ainda mais força, porque aponta para a imprescindível extensão destes avanços filosóficos ao Direito.

Fala-se nesta necessidade, porque a evolução filosófica demonstrou uma maior efetividade na concretização da sua interpretação e aplicação dos textos analisados, enquanto o Direito permaneceu com uma estrutura dogmática que não revela tamanha eficácia na adequação do texto legal ao caso discutido, isso é gerado por diversos fatores apontados por Streck como “*habitus dogmaticus*”²³⁸, que é o conformismo dos juristas com o que já existe. Não há novas discussões, não se enfrentam novas análises, sempre se utiliza de métodos ultrapassados para a análise de todos os casos.

²³⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, v. 37, n. 145, p. 106, jan./mar. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/560>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

²³⁶ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 463-464.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n.1, p. 65-77, jan./jun. 2009.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 86.

Este “*habitus dogmaticus*” resultou na evidência de uma crise, denominada por Streck de “crise de paradigma de dupla face” que permite identificar que os métodos utilizados pelo Direito estão ultrapassados e que há uma necessidade de supera-los, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. O diagnóstico desta problemática permitiu que o autor demonstrasse a dupla face desta crise.

A primeira face delimita-se ao “modelo de direito” que está qualificado tão somente para contendas interindividuais, restando impróprio para resolução dos conflitos transindividuais²³⁹, demandas essas que vêm tomando grande proporção no sistema jurídico. Já a segunda face é a permanência do esquema sujeito-objeto, firmando a “crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência”²⁴⁰. Em outras palavras, esta crise de paradigma de duas faces acaba por sustentar tanto a excessividade do positivismo na observância da legislação e na interpretação do Direito ao ponto de enrijecer o direito e concretiza-lo de uma forma objetiva, e, ao mesmo tempo, permite a concepção de que a legislação é mera “fumaça do direito”, permitindo que o interprete possa avançar e alargar sua interpretação²⁴¹, o que, de fato, também configura um ato abusivo da subjetividade.

No intuito de expor, levanta pontos que permanecem inalterados e, conseqüentemente, prejudicam a melhor aplicabilidade do Direito, obstaculizando a perfectibilização de um sistema eficaz. Dentre os pontos ressaltados por Streck estão: a) ainda se tem a concepção que a lei é a única fonte do Direito; b) permanecemos ignorando os princípios e aplicando a litúrgica sistemática das regras; c) como já referida, a relação sujeito-objeto permanece firme, desconsiderando-se o giro linguístico-ontológico; d) falta de compreensão da relação entre texto e norma, estabelecendo-se um “ceticismo hermenêutico” que implica a arbitrariedade na interpretação²⁴². Estes apontamentos são imprescindíveis ao ponto de que Streck não só demonstra as atuais mazelas de nosso sistema jurídico, mas propõe a resolução, ou mitigação, das dificuldades que existem na decisão proferida

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 243.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 244.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 244.

²⁴² STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Conjur**, São Paulo, 5 jan. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 16 jun. 2018.

pelo Judiciário e, também, aplicada à estrutura jurídica como um todo, inclusive ao Ministério Público.

A Crítica Hermenêutica do Direito de Streck surge no sentido de se constituir uma ferramenta para interpretação do Direito, utilizando-se do método fenomenológico de Heidegger como “interpretação ou hermenêutica universal” e “ser que pode ser compreendido” de Gadamer, desconstituindo a compreensão linguística da metafísica ocidental, revelando-se a “analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e facticidade”²⁴³, com o viés de atingir a compreensão de que a linguagem é “um horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido”²⁴⁴.

Após estas detecções de Streck, em Verdade e Consenso, o autor passa a dar maior ênfase às decisões em si, sua preocupação deixa de ser apenas vinculada ao método interpretativo, passando a ser o ponto referencial da discussão a decisão judicial, já abordada em outras obras antigas do autor²⁴⁵. Neste ponto, passa-se a desenvolver uma Teoria da Decisão de modelo construtivista, impondo-se ônus ao interprete quando da elaboração de sua decisão, devendo ele, a partir desta análise, proferir sua decisão de forma correta (adequada à Constituição Federal).

A teoria de Streck, então, passa a aproximar-se da teoria de Dworkin, principalmente nos pontos de responsabilidade política dos magistrados, da moral pública, da reconstrução da história institucional do Direito; da integridade e da coerência do Direito. Streck aponta que sua teoria coincide quando posta em comparação à teoria do Direito de Dworkin, porquanto ambos realizam uma forte crítica à discricionariedade judicial que, implicitamente, expõe a problematização do subjetivismo²⁴⁶.

[...] Ademais, a relevância da história institucional para dizer o direito; a necessidade de uma legitimação que transcenda o sistema de regras; a necessidade de um tratamento igualitário aos cidadãos por parte da jurisdição; e o direito como um conceito interpretativo, entre

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 11.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 10-11.

²⁴⁵ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 464.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade, ESMARN**, Ribeirão Preto, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016.

outras, são aproximações/incorporações que fazemos da teoria dworkiniana²⁴⁷.

A construção de Streck visa mitigar os abusos decisionistas, apontando uma impossibilidade de utilização do subjetivismo, da vontade ou do sentimento do juiz ao prolatar sua decisão. É nesta linha que se vislumbra a reconstrução institucional do Direito, tolhendo o arbítrio por meio da aplicação dos princípios e com o afastamento da moral e da política.

A fim de alcançar a concretização de sua teoria, Streck elenca cinco princípios que devem ser resguardados para estabelecer padrões hermenêuticos na interpretação e aplicação do Direito, sendo eles: 1) preservação à autonomia do Direito; 2) o controle hermenêutico da interpretação constitucional, a superação da discricionariedade (tipicamente positivista) e o papel de “constrangimento epistemológico” destinado à doutrina; 3) respeito à integridade e à coerência do e no Direito; 4) dever fundamental (direito fundamental) de motivação/fundamentação das decisões judiciais (a fundamentação da fundamentação); 5) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada²⁴⁸.

Toda teoria exposta por Streck demonstra a necessidade de vinculação da decisão do juiz à legislação, respeitando métodos interpretativos-hermeneutas, no intuito de reduzir discricionariedades. Contudo, o autor reconhece que existem hipóteses em que o Judiciário está autorizado a não aplicar a lei, as quais são: 1) o ato normativo é inconstitucional, assim declarado via controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; 2) a aplicação dos critérios de resolução de antinomias; 3) a interpretação conforme à Constituição; 4) a nulidade parcial sem redução de texto; 5) a nulidade parcial com redução de texto; e 6) a regra jurídica viola um princípio constitucional²⁴⁹.

Tem-se, dessa forma, que Streck, ao construir uma nova teoria da decisão com uma crítica hermenêutica, elabora uma novel forma de interpretação e

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade, ESMARN**, Ribeirão Preto, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016.

²⁴⁸ Entrevista concedida por STRECK, Lenio Luiz. Entrevista. Entrevistadores: FERRAZ, Leonardo de Araújo; MARCHESANI, Juliana Mara; DE ARAUJO, Silvia Costa Pinto Ribeiro. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**. v. 81, n. 4, ano 29. [out., set. e dez., 2011]. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Itajaí, v. 15, n. 01, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

aplicação do Direito, visando garantir uma adequada aplicação da Constituição Federal. Nessa teoria, o autor aponta formas de mitigar a discricionariedade do juiz, tracejando critérios que devem ser cumpridos quando do proferir da sentença. Todavia, o autor reconhece que há momentos em que o Judiciário poderá deixar de aplicar a legislação para tomar outra decisão, sendo casos específicos e taxativos.

Assim, embora a teoria proposta por Streck seja aplicada à decisão, a compreensão de resposta adequada à Constituição Federal elaborada pelo autor será utilizada para auxiliar no diagnóstico da melhor aplicação da eficiência aos parâmetros constitucionais, levando-se em consideração a base teórica da tese de Wedy, e identificar se os critérios aplicados pelo Supremo Tribunal Federal, no caso da execução provisória da pena, estão em conformidade com a Carta Magna.

4.2 Eficiência e a Hélice Tríplice como meio de Otimização Legitimadora no Processo Penal: uma necessária visão ontoantropológica de cuidado-de-perigo

Consoante ao que se argumentou anteriormente, há uma movimentação pela aplicação de eficiência no combate à criminalidade, por todas as razões que se apontou quanto, especialmente, à expansão do direito penal que, conseqüentemente, acaba por refletir no processo penal, fazendo com que soluções eficientistas (e não há problema em ser eficientista, mas sim no modelo de eficiência que se pretende aplicar) surjam para suprir essa exigência de repressão. Como o processo penal é a forma de legitimar o *jus puniendi* do Estado, sua otimização deve ser vinculada a ditames que não deslegitimem o Estado, respeitando a visão constitucional e garantista desse instrumento.

Nessa concepção é que surge o apresentado por Wedy ao propor uma visão de eficiência diferente da que vem sendo aplicada pelos tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, o que se valida, especificamente, pela análise jurisprudencial apresentada aqui. Uma eficiência que busca enfrentar o apequenamento das garantias sob um argumento de combate à criminalidade.²⁵⁰

O autor estabelece uma discussão acerca da eficiência e a visão ontoantropológica do direito, realizando fortes críticas ao abusivo uso de tipificações

²⁵⁰ WEDY, Miguel Tedesco. As figuras dos agentes infiltrados e provocador entre a eficiência e as garantias. In: WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Meios de obtenção de prova no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 11.

de perigo, demonstrando haver uma invasão de conceituação econômico-utilitária do sentido de eficiência no âmbito do direito penal e, conseqüentemente, no processo penal, uma vez que acaba por se construir uma inversão do ônus probatório processual, como nos casos, por exemplo, de uso de drogas, porte de arma e embriaguez ao volante, porquanto deverá o réu comprovar que sua conduta não se amolda por tais motivos ao tipo²⁵¹, e não a acusação demonstrar²⁵².

Antes de passar à análise da real perspectiva de eficiência proposta por Wedy, é indispensável, por sua base epistemológica, identificar algumas características da fundamentação ontoantropológica. A fundamentação ontoantropológica do Direito Penal é especialmente trabalhada por Faria Costa, autor que propõe que o direito penal, embora seja uma ordem, possui um fundamento, uma finalidade, um sistema e uma função próprios dele. Para Faria Costa, o fundamento está na relação comunicacional de origem ontoantropológica, na concepção de “cuidado-de-perigo”, a qual permite depreender que o delito é a perversão deste cuidado do “eu” para com o ‘eu’ e do ‘eu’ para com o ‘outro’²⁵³, afirmando-se o direito penal como uma ordem relacional²⁵⁴.

²⁵¹ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 287.

²⁵² Aqui se faz preciso identificar um ponto de alta similitude ao referido por Wedy. Conforme se observou do julgado do HC 126.292/SP, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal passou a ser de que haveria uma inversão, a partir do julgamento de segunda instância, do princípio da não-culpabilidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 11 jun. 2018). A verdade é que, conforme novo entendimento, parece que haveria a presunção de culpa do réu a partir da segunda instância, por “inexistir” a rediscussão fática. O que se pretende com isso é demonstrar que o diagnóstico posto por Wedy é, efetivamente, o que vem ocorrendo, pois inversões, inclusive de cunho probatório, passam a ser consideradas e validadas no atual processo penal.

²⁵³ COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 10.

²⁵⁴ Sobre a concepção de ordem relacional e direito penal, o autor afirma que: “Ordem relacional, não só porque, como vimos, tudo se fundamenta em uma ‘primeira’ relação comunicacional de raiz onto-antropológica, como também, agora a partir de uma óptica fenomenológica, porque o direito penal não pode deixar de ser percebido numa rede de relações. Relação, sobre tudo, entre as três figuras principais que fomentam e constroem a actual discursividade penal, quais sejam: a vítima, o delinquente e o Estado”. (COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 11). Ainda sobre o tema, ver: COSTA, José de Faria. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado: Babel ou esperanto universal? In: D’AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências**. Congresso Internacional em Direito Penal, 8º Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 11-24. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/direitopenal.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

Quanto à finalidade, Faria Costa a retrata como a justiça penal. O objetivo do direito penal é, e sempre foi, a busca pela justiça, firmando sua formalização em um ordenamento jurídico de paz. Referente ao sistema, o autor explica que este é definido por dois grandes eixos normativos: “fragmentariedade e unidade lógica e intencional da dogmática”. Enquanto o primeiro direciona-se à “pluralidade de normas de proibição e sancionatórias” (parte especial do direito penal), o segundo conceitua-se por “normas que cristalizam axiomas (normativos), por normas condensadoras de princípios, normas sobre normas, normas definitórias e normas que sustentam regras jurídicas”²⁵⁵ (parte geral do direito penal).

Por último, a fim de completar a breve conceituação da concepção ontoantropológica do direito penal, tem-se a função, que, para Faria Costa, é, em figura primacial, proteger bens jurídico-penais, contudo, há que se mencionar outras funcionalidades, como a garantia, a segurança e a coesão. Essas funções não só são compreendidas na pretensão de “desenvolvimento da personalidade humana, mas também a normal expansão e concretização dos interesses e valores da comunidade”²⁵⁶.

Embasado nesses pilares, a eficiência passa a tomar forma “a partir de um fundamento (a relação ontoantropológica), de uma função (a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes) e de uma finalidade (o alcance da justiça e da paz jurídica)”²⁵⁷. Por força da desenvoltura de uma eficiência meramente instrumental em que se glorificou o entendimento de que um processo célere reduziria a criminalidade, necessitou-se desenvolver essa visão penal da eficiência, a fim de afastar os abusos dessa mera eficiência funcional.

É nessa linha que Wedy formula a hélice tríplice no direito processual penal, passando a demonstrar a imprescindibilidade de busca pelo equilíbrio entre as ideias de eficiência, de garantias e de justiça. Isso porque, os três institutos estão efetivamente vinculados, havendo a impossibilidade de existir eficiência sem garantias, garantias sem justiça, justiça sem garantias e isso é muito bem pontuado pelo autor ao dispor que:

²⁵⁵ COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 07 e 12-13.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 13-16.

²⁵⁷ WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 52, p. 163-186, jan./mar. 2014.

Isto é, sem garantias não haverá justiça e eficiência legítima, sem justiça não há eficiência, sem eficiência não há garantias ou justiça. E, sem garantias, eficiência e justiça, não há legitimidade dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito. Por certo que haverá aqui algum reparo, capaz de opor ou advertir que esse equilíbrio não será fácil. Por certo que não [...] ²⁵⁸.

Assim, tem-se que este difícil combate deverá contar com a efetiva concepção de garantias, afinal, a hélice tríplice necessita de seus três pilares para que o processo penal, como um todo, torne-se eficiente e permaneça legítimo. As garantias, por muitas vezes, revestem-se de direito aos cidadãos, elas são o meio assecuratório de que o Estado não ultrapassará seus limites, seja por meio de uma norma que conceda esse direito material, seja por um acessório instrumental de garantia. É aqui que se destaca a colocação de Gomes Canotilho: “Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas carácter instrumental de proteção dos direitos” ²⁵⁹.

Nominar as garantias é uma tarefa difícil, para não se dizer impossível, todavia, é preciso observar que a própria Constituição Federal concede garantias mínimas, especialmente em seu rol pétreo, estando ali, como refere Gomes Canotilho, as garantias que podemos identificar como clássicas, tais como garantias materiais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência, da legalidade (legalidade penal – *nullum crimen sine lege* –), entre tantas outras, bem como as instrumentais, o *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, entre outros meios impugnativos de abusos.

Também é preciso observar o outro pilar, a justiça (e paz jurídica ²⁶⁰), essa que é tida como finalidade do direito penal e temerária de ser conceituada. Contudo, Wedy bem posiciona-se na visão de justiça para o direito e processo penal.

²⁵⁸ WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 52, p. 163-186, jan./mar. 2014.

²⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 396.

²⁶⁰ Sobre a conceituação de paz jurídica: “Um quadro particularmente interessante no adensamento compreensivo da ideia de paz jurídica pode surpreender-se na afirmação de que a ordem jurídica é, em substância, uma ordem de paz. Uma ordem de paz, não só porque ao resolver, com justiça, os conflitos nela suscitados prossegue a paz, mas também, sobretudo porque pretende que cada um dos seus membros desenvolva uma vida, desenvolva a sua personalidade dentro de pressupostos, agora valorados de um ponto de vista individual, que lhe potencie a paz jurídica individual. De sorte que, com a noção de paz jurídica, se toquem, talvez melhor, se cruzem, os valores comunitários que a paz jurídica na sua vertente social e os não menos intensos valores que a paz jurídica, olhada de um ângulo estritamente pessoal não deixa de satisfazer”. COSTA, José de Faria. O direito penal e o tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição). In: COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 184-185.

Seguindo a compreensão de que a dignidade da pessoa humana está no centro da discussão entre direito e justiça, havendo o reconhecimento de que o “sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal [...]”²⁶¹, Wedy apropria-se do conceito de justo de Aristóteles, afirmando que “[...] é essa equidade, essa proporção, essa mediania, essa prudência na criação e aplicação do direito, sempre dentro de um parâmetro constitucional e dos princípios fundamentais do direito penal”²⁶².

Desse íterim, verifica-se que a proposta de eficiência de Wedy é alcançada à otimização da legitimidade do direito penal, abrangendo o contexto de unidade de sentido entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal²⁶³, respaldando o caráter ontoantropológico de cuidado de perigo, em que por diversas vezes verifica-se o descaso do olhar do “eu” com o “outro”, ignorando-se os reflexos abusivos que se causam com o direito penal e, como para o presente trabalho, do processo penal. Da partida dessa visão é que se percebe que a eficiência no processo penal tem o condão de otimizar o processo, respeitando critérios de celeridade, inovação, sem que haja o desequilíbrio entre os três pilares da eficiência, das garantias e da justiça, sob pena de deslegitimar o Estado como responsável da aplicação do direito penal.

Sob este olhar, Wedy explicita os deletérios efeitos dessa eficiência populista²⁶⁴ à presunção de inocência ao referir sobre o cerceamento de liberdade ao réu antes do trânsito em julgado da ação penal. O autor depreende que, em nenhuma hipótese, poderá ocorrer a decretação da prisão de um cidadão sob forma de execução provisória da pena ou antecipação dessa. Malgrado, destaca que poderá a prisão ser efetivada quando presentes os critérios acauteladores da prisão, isto é, a prisão para fins instrumentais do processo, tais como a garantia da aplicação da lei e da instrução processual, ressalvando-se a impossibilidade de

²⁶¹ NEVES, António Castanheira. *Justiça e direito*. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 180-181.

²⁶² WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 202.

²⁶³ *Ibid.*, p. 203-204.

²⁶⁴ Tomo por termo meu a “eficiência populista”, porquanto é possível compulsar dos fatos apresentados que a eficiência vem tomando forma de aproveitamento popular. Por isso, quando um julgador utiliza-se de meios para acelerar a punição de um cidadão (sob justificativa de otimização do instrumento processual) para agrandar o desejo social – e aqui já se pode fazer uma analogia à famigerada “ordem social” – está, tão somente, empregando uma eficiência populista ao processo, uma eficiência que agrada o humor social, e não a Constituição Federal.

prisão por outras medidas, medidas abusivas, como a decretação da prisão pela ordem pública, em uma análise abstrata da gravidade do delito e do fato²⁶⁵.

Ponto de alta relevância trazido pelo autor é a análise quanto à possibilidade de execução provisória da pena em Portugal – país utilizado como referência nos julgados que autorizaram tal fenômeno no Brasil –, quando se está diante de recursos que não possuem efeito suspensivo e quanto ao efeito gradual da presunção de inocência no processo penal. Wedy tece considerações explicando que utilizar da explicação de que haveria possibilidade de executar provisoriamente a pena por justificativa de inexistência de efeito suspensivo ao recurso seria “uma forma sutil de fazer menoscabo ao princípio da presunção de inocência”²⁶⁶, porquanto é necessário preservar a referida garantia até o final da instrução, ressaltando-se os casos de necessária intervenção cautelar. Quanto à situação gradual da presunção de inocência, Wedy a critica, veementemente, porque não há um “estado neutro” da presunção de inocência. É inaceitável que se permita que na medida em que o processo tramite haja a redução da presunção de inocência, podendo-se abrir interpretações de que com a decisão condenatória de primeira instância poder-se-ia haver inversão do referido postulado.

Pelas circunstâncias próprias do processo penal, pela concepção de que o direito penal, de que o direito processual penal possui uma visão humanista, é que se faz necessário que haja o real emprego da visão ontoantropológica de cuidado-de-perigo, a qual deve ser devidamente aplicada ao processo penal. Essa visão é tomada pela identificação da fragilidade do ser-humano, de sua carência, levando a imprescindível relação de um com o outro, do cuidado de um com o outro²⁶⁷. O direito penal, que se concretiza por meio do processo penal – esse que, por sua vez, acaba por absorver as características do direito substantivo, como no caso da eficiência – evolui pelo conflito, progride pela ruptura violadora, essas que são expressões fenomênicas da perversão que imerge o modo-de-ser. Por isso, a relação de cuidado-de-perigo converte-se como meio do modo-de-ser, como relação “ético-existencial” do “eu”, formal e concretamente constituído de carne e osso, com

²⁶⁵ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 370-372.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 373.

²⁶⁷ WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência e direito penal. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, [S.l.], abr. 2014. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/28/dereito-penal.html>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

o “outro”²⁶⁸. O ser humano só existe, por existir o outro, e o direito penal e processual penal não podem ignorar este fenômeno.

Por isso que se impele afirmar que o processo penal deve abarcar eficiência, garantias e justiça, sob pena de esvair-se a legitimidade de ação do Estado. É preciso que exista o efetivo equilíbrio da hélice tríplice, para que não haja um processo autoritário, ou relativista e fraco, “despreocupado com a persecução penal, e com a justiça”²⁶⁹

Entretanto, não se ignora as dificuldades de aplicação da eficiência proposta por Wedy, o autor reconhece que sua aplicabilidade vai muito mais além de uma concepção formalmente a ser considerada quando da formalização do texto legal, é preciso que as instituições passem a preservar o conceito ontoantropológico, que os julgadores concretizem essa visão:

[...] Embora as garantias estejam expressas nas normas e nas Constituições democráticas, como aquelas de Portugal e de Brasil, a sua implementação prática dependerá, por certo, da capacidade dos tribunais de institucionalizarem juridicamente o texto constitucional e infraconstitucional. Dependerá da capacidade de se vislumbrar a eficiência a partir daquela ideia ontoantropológica, capaz de robustecer garantias. Dependerá de uma ideia de justiça como equilíbrio, como ponderação de garantias, como equidade, como razoabilidade, como medianidade. Não é fácil, pois, esse equilíbrio. No entanto, ele é fundamental para a construção de um processo penal legítimo. E, importa ressaltar, esse equilíbrio não será feito de pesos iguais entre a justiça, a eficiência e as garantias²⁷⁰.

Nesse ponto tem-se o encontro entre a resposta constitucionalmente adequada de Streck com a eficiência proposta por Wedy, em que há a constatação da imprescindibilidade de que a eficiência seja vista com novos olhares no processo penal, na otimização da persecução penal, entretanto, não basta que isso seja meramente reconhecido, é preciso que haja a real aplicação nos casos em concreto, que haja aplicabilidade jurisdicional, e nesse ponto absorve-se os critérios de decisão que a resposta adequada à Constituição Federal fornece.

²⁶⁸ COSTA, José de Faria. Um aponte entre o direito penal e a filosofia penal. In: COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 224-225.

²⁶⁹ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18.

²⁷⁰ WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 52, p. 163-186, jan./mar. 2014.

4.3 A Eficiência como Resposta Adequada à Constituição Federal e a Presunção de Inocência: a retomada do cumprimento provisório da pena e a mitigação de garantias

Identificou-se, no início deste trabalho, que há fatores que vêm instigando a aplicabilidade de uma eficiência falaciosa, aplicada em um viés econômico, seja por exigência social, seja pela concessão de comodidade ao Judiciário. A partir desse contexto, verificou-se que existem visões usuais de eficiência, estando ligadas entre o utilitarismo e a análise econômica do direito, também se constatou que o Supremo Tribunal Federal, diante desse contexto, retomou o entendimento da viabilidade de execução provisória da pena, sob argumentações de uma eficiência meramente economicista e sob o argumento do desejo social, da resposta do judiciário ao que pleiteia a população.

Por esses motivos, fora preciso aprofundar a concepção de resposta adequada à Constituição Federal, na pretensa ideia de compulsar os critérios necessários para que se reconheça a eficiência adequada à Carta Magna e, também, qual seria esse modelo “ideal” de eficiência ao processo penal. Assim, passa-se a identificar outros pontos importantes no âmbito desse diagnóstico, como o respeito à garantia da presunção de inocência na construção de um processo penal-constitucional, bem como o entrelaçamento entre a resposta adequada à Constituição Federal e a eficiência ontoantropológica, entre outras contribuições.

4.3.1 A Garantia da Presunção de Inocência e o Processo Penal Constitucional: quando o Guardião Ofende a Coisa Guardada

A Constituição Federal de 1988 foi, sem sombra de dúvidas, marco único na história da república e democracia do Estado brasileiro. Desenvolvida por diversas classes sociais, estabeleceu garantias individuais, direitos fundamentais, sendo o único norte ao agir do Estado e do próprio cidadão, já que estabelece direitos e deveres a ambos²⁷¹. Uma Carta Política que, acima de tudo, preservou o indivíduo dos abusos do Estado sem desrespeitar os interesses da coletividade, sendo, por

²⁷¹ Sobre o tema de deveres e direitos: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 533.

esses motivos, denominada pelo presidente da Assembleia Constituinte, Ulysses Guimarães, de “Constituição Cidadã”²⁷².

Essa força normativa – seguindo linhas internacionais de proteção ao indivíduo, como se observam dos textos da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁷³ e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁷⁴ – reproduz seus efeitos em todo o ordenamento jurídico, especialmente no processo penal, que lida com a mais pura e violenta intervenção estatal, porquanto permite, legalmente, a segregação do indivíduo, a violação de um dos bens jurídicos mais relevantes ao ser-humano, a liberdade.

Partindo-se, então, dessa visão constitucional, tem-se que o processo penal não se vincula, diretamente, ao preceitos estabelecidos no ordenamento infraconstitucional, mas sim, em prima face, ao ordenamento constitucional, devendo esse ser utilizado como filtro interpretativo das demais normas, assim que surge a concepção de um processo penal-constitucional, em que as normas processuais devem ser interpretadas à luz dos princípios e das regras constitucionais. “É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional [...]”²⁷⁵. E, por essas circunstâncias, é que se depreende que a eficiência deve, em mesmos moldes, ser aplicada ao processo penal, a fim de reproduzir um processo constitucional, o qual assegura ao Estado meios de proceder com seu poder punitivo e, ao mesmo tempo, fornecer as garantias inarredáveis ao cidadão²⁷⁶, uma vez que ao processo penal cabe “[...] a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes”²⁷⁷.

²⁷² GUIMARÃES, Ulysses. **[Discurso]** 05 out. 1988, na Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, DF, 1988. Discurso recitado pelo Presidente da Assembleia Constituinte. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituante-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2018.

²⁷³ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A III da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Nova Iorque, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁷⁴ BRASIL. **Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 14.

²⁷⁶ FERNANDES, Antonio Sacarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 22.

²⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 556.

Importa referir a concepção constitucional do processo, porquanto a Constituição Federal impõe, em seu art. 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O texto, em outras palavras, fornece o direito ao cidadão de não sofrer os efeitos da condenação enquanto não houver transitado em julgado²⁷⁸ a sentença penal que o condenou. Isto é, não cumprir a pena provisoriamente é uma garantia devidamente expressa na Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal parece ter ignorado o texto constitucional da forma que fora descrito, para se inclinar a uma visão neoconstitucionalista²⁷⁹, ponderando princípios e inclinando-se ao moralismo, desvirtuando a funcionalidade do processo penal. É indubitável que um processo penal que utilize de qualquer ferramenta (no presente caso a eficiência populista) para afastar garantias e direitos fundamentais acaba por perder, efetivamente, sua legitimidade. Porquanto, em uma visão garantista do exercício da jurisdição, a legitimidade dos atos jurisdicionais está devidamente vinculada à verdade ou à credibilidade, fática ou jurídica, dos argumentos assertivos que exprimem sua motivação²⁸⁰, isto é falar que o Judiciário, ao dar interpretação “inverídica” ao disposto no art. 5º, inciso LVII, criou a

²⁷⁸ Acerca do trânsito em julgado, tem-se que é o estado imutável da sentença, isto é, quando impossível de se utilizar de mecanismos recursais que permitam modificar a sentença e, faz-se um destaque para isso, a Constituição Federal, em nenhum momento, expressa um “trânsito em julgado fático”, mas retrata em seu mais amplo sentido o conceito de trânsito em julgado. É preciso depreender essa circunstância, porquanto o Supremo Tribunal Federal compreende que, por inexistir possibilidade de se rediscutir fatos nos recursos extraordinários *lato sensu*, haveria o trânsito em julgado. Para clarear a discussão, Badaró ressalta que: “Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não há margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado. **Conjur**, São Paulo, 3 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado#_ftn1>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁷⁹ Sobre uma visão de ponderação no caso da ficha limpa, destaca-se o exposto por Streck e Oliveira: “Claro que, para os adeptos do constitucionalismo principialista (ou do chamado neoconstitucionalismo) que acreditam na ‘fórmula da ponderação’, caberia sempre apostar na saída de afirmar que, no caso apresentado, existe uma colisão entre o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII) com o princípio da moralidade da administração pública (art. 37, caput). De toda sorte, a ponderação – enquanto fórmula que antecede o caso – não oferece uma resposta adequada ao problema proposto [...]”. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 83.

²⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed., rev. Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 500.

possibilidade de se apontar a ilegitimidade da decisão que autorizou a execução provisória da pena²⁸¹.

A verdade é que parece estar-se retomando os ataques ocorridos no século XIX, em que se depreendia como absurda a concepção de que um imputado tivesse o beneplácito da dúvida²⁸² e, o pior das hipóteses, protagonizado pelo órgão que deveria preservar os ditames constitucionais. E agora? O que fazer quando o guardião da Constituição Federal ofende a própria Constituição Federal?

4.3.2 Eficiência, Processo Penal e Constituição Federal: a resposta adequada no caso do cumprimento provisório da pena

A eficiência, no eixo penal, sempre fora aprofundada no aspecto material, diversos autores propuseram-se a manejar o instituto especialmente quanto à concepção de análise de custo benefício do delito, que se pode identificar a partir de visões como de Becker²⁸³, Silva Sánchez²⁸⁴ e Olsson²⁸⁵, entre outros, tendo o processo penal ficado refém dos reflexos eficientistas derivados do direito substantivo, o que permitiu a abertura de flanco para que outras esferas de conhecimento, como as ciências econômicas, pudessem inundar a concepção de otimização do processo penal, valendo-se de mecanismos estatísticos, sem olhar o

²⁸¹ Circunstância que surge e que deve ser discutida é: o que fazer quando um ato jurisdicional é ilegítimo? Como atacar uma decisão emanada pelo órgão mais alto do Judiciário? Talvez seja necessário que, quando houvesse mitigação de garantias envolvendo cláusulas pétreas, ainda que pela (abusiva) utilização da mutação constitucional, fosse necessário que o Senado Federal, ou o Congresso Nacional, em uma forma de estabelecer o *checks and balances* resolvesse o assunto, para “legitimar” a concepção redutora de garantias. Veja-se que, na forma com a qual o Supremo Tribunal Federal vem decidindo, em especial sobre cláusulas constitucionais imutáveis, 11 ministros – no caso da execução provisória da pena 6 (!!!) – decidem sobre algo que nem mesmo os 513 deputados federais e 81 senadores podem deliberar. Ou, talvez, seja preciso estabelecer um critério numérico mais rigoroso para definição de entendimento que impliquem efeitos desfavoráveis aos cidadãos na interpretação das cláusulas pétreas, como, por exemplo, haver a necessidade de 2 votos de diferença para que a interpretação do Supremo Tribunal Federal – repisa-se – quanto às cláusulas pétreas possam vir a ser alteradas em prejuízo do cidadão (indivíduo). Entretanto, não é o objeto deste trabalho responder efetivamente às problemáticas levantadas quanto a este ponto, sendo apenas uma observação a ser refletida.

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 507.

²⁸³ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, [S.l.], n. 76, n. 02, p. 169-217, mar./abr. 1968. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/259394>>. Acesso em: 31 maio 2018.

²⁸⁴ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. Eficiencia y derecho penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, [S.l.], fasc. 1, p. 93-127, jan./abr. 1996.

²⁸⁵ OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 127-141.

real carácter do instrumento processual penal que, como se demonstrou, possui um cariz ontoantropológico de cuidado com o outro. Esse entendimento de obstaculizar a invasão da eficiência economicista no processo foi, por exemplo, objeto de justificativa na exposição de motivos do Código de Processo Penal português, o qual refere, sobre a eficiência, - e não há como deixar de colacionar diretamente a exposição, porque bem narra a concepção de eficiência – que:

Mesmo no contexto de uma apresentação sumária, não pode deixar de sublinhar-se outra das motivações que esteve na primeira linha dos trabalhos de reforma: a procura de uma maior celeridade e eficiência na administração da justiça penal.

Importa, contudo, prevenir que a procura da celeridade e da eficiência não obedeceu a uma lógica paramente economicista de produtividade pela produtividade. A rentabilização da realização da justiça é apenas desejada em nome do significado directo da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos. A eficiência é, por um lado, o espelho da capacidade do ordenamento jurídico e do seu potencial de prevenção, que, sabe-se bem, tem muito mais a ver com a prontidão e a segurança das reacções criminais do que com o seu carácter mais ou menos drástico. A imagem de eficiência constitui, por outro lado, o antídoto mais eficaz contra o recurso a modos espontâneos e informais de autotutela ou ressarcimento, catalisadores de conflitos e violências dificilmente controláveis. Mas a eficiência - no sentido de redução das cifras negras e das desigualdades a que elas obedecem - pode também valer como a garantia da igualdade da lei em acção, critério fundamental da sua legitimação material e, por isso, da sua aceitação e interiorização colectiva.

Acresce que a celeridade é também reclamada pela consideração dos interesses do próprio arguido, não devendo levar-se a crédito do acaso o facto de a Constituição, sob influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, lhe ter conferido o estatuto de um autêntico direito fundamental. Há, pois, que reduzir ao mínimo a duração de um processo que implica sempre a compressão da esfera jurídica de uma pessoa que pode ser - e tem mesmo de presumir-se - inocente. Como haverá ainda que prevenir os perigos de uma estigmatização e adulteração irreversível da identidade do arguido, que pode culminar no compromisso com uma carreira delinvente. De resto, a aceleração processual redundará tanto mais em favorecimento do arguido quanto mais ela tiver por reverso - como sucede no presente Código - um reforço efectivo da sua posição processual²⁸⁶.

²⁸⁶ PORTUGAL. **Decreto-lei n. 78, de 17 de fevereiro de 1987**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em 25 jun. 2018.

Já, no Brasil, o Código de Processo Penal não faz referência à eficiência, todavia, recentemente houve a publicação da Lei n. 13.655/2018²⁸⁷, a qual trouxe mecanismos de segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Na referida lei, propõe-se a real aplicação pragmática, devendo, por exemplo, o julgador, quando do emprego de “valores jurídicos abstratos”, considerar as consequências práticas da decisão. Embora se tenha ciência – ou se quer ter – de que a norma que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro busca nortear questões de direito administrativo, financeiro e tributário, deixou-se aberta a aplicação ao direito público, o qual se encontra o direito processual penal²⁸⁸, e, de seu bojo, é visível, no que pertence à eficiência, uma visão economicista. Mais uma vez abre-se a possibilidade de aplicação de conceitos econômicos ao direito processual penal.

Contudo, é por meio da motivação portuguesa que se deve considerar a eficiência, afastando, para o processo penal, o conceito de eficiência mensurada por números de condenação, e centrando-se na ideia de processo eficiente como aquele que, em tempo razoável, viabiliza alcançar um resultado justo, “seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do processo legal”²⁸⁹. Assim, na pretensão de se afastar essa interpretação deficitária de ponderação de princípios, “mixagem teórica”²⁹⁰ aplicada ao caso da execução provisória da pena, uma eficiência centrada na Constituição Federal e sem os efeitos do decisionismo deve ser o alvo do direito processual penal.

²⁸⁷ BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

²⁸⁸ Sobre o direito processual penal ser de natureza de direito público: DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 58-59. Também, deve-se verificar o referido por Sundfeld, uma vez que assessorou na elaboração da norma: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 93-94.

²⁸⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 70, p.229-268, 2008.

²⁹⁰ Importante ponto é tratado por Streck, quando concorda com Ferrajoli, sobre o entendimento da doutrina de Luis Roberto Barroso, em que Streck afirma que a base de sua “nova hermenêutica constitucional” absorve algumas estruturas analíticas da argumentação jurídica de Alexy, “[...] transformando-as em métodos constitutivos, sem, no entanto, as exigências de participação, igualdade e ônus argumentativo, centrais na tese alexyana. Mais ainda, não encontramos em Barroso a regra da saturação dos argumentos, dentre eles os que envolve a interpretação e a doutrina”. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Ed.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 72-73.

Diante dessa posição, passa-se a cotejar o modelo de eficiência proposto por Wedy em conjunto com a eficiência extraída dos fundamentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões antes analisadas, comparando-as aos princípios norteadores da resposta adequada à Constituição Federal desenvolvida por Streck, na busca pela identificação de qual eficiência para o processo penal é a adequada aos olhos da Constituição.

Já foi exposto que Streck traz, em sua teoria da decisão, critérios mitigadores da discricionariedade, da evolução de um panprincipiologismo²⁹¹, na pretensão de preservar o direito, de manter uma efetiva igualdade constitucional, para se concretizar uma teoria pós-positivista. Entretanto, para isso, é preciso que (i) se depreenda que uma teoria pós-positivista não pode realizar uma mixagem teórica e (ii) que se combata o solipsismo epistemológico²⁹². Para tanto, o autor fundamenta que as teorias do direito e da Constituição que estejam de fato comprometidas com a democracia e com a perfectibilização dos direitos fundamentais-sociais dispostos na Constituição, devem recepcionar um conjunto de princípios que estabeleçam padrões hermenêuticos²⁹³, já apontados anteriormente.

Embora não se esteja tratando da eficiência como princípio no presente trabalho, não se vê óbice na aplicação desses padrões hermenêuticos a institutos que concretizam o próprio direito, como no caso do processo penal, meio legitimador do agir estatal.

Partindo-se, então, do primeiro fim de padrões hermenêuticos estabelecidos por teorias do direito e da Constituição que possuem essa preocupação com a

²⁹¹ Sobre panprincipiologismo, fica a definição de Streck: “Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto das teorias axiologistas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. Como bem acentua Otávio Rodrigues Júnior (2011, pp. 43 e segs.), no âmbito do Direito civil essa proliferação de princípios vem comprometendo a sua força normativa. Essa problemática se estende aos demais ramos e às disciplinas jurídicas”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 150.

²⁹² Sobre solipsismo, Streck refere que: “Do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo”. *Ibid.*, p. 273.

²⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? - decido conforme minha consciência?** 4. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 105-106.

democracia e com a concretização de direitos fundamentais-sociais previstos na Constituição, tem-se a “preservação da autonomia do direito”, na qual se busca blindar o direito de ataques a sua autonomia, historicamente conquistada. De acordo com o autor, dois são os “predadores” do direito, sendo os endógenos – representados pelo senso comum teórico, panprincipiologismo, pelas teses que relativizam a coisa julgada, por aqueles que apostam na discricionariedade judicial, entre outros – e os exógenos – atuantes na teoria do direito, empregadores da moral como forma corretiva do direito, a política, quando se busca fragilizar direitos fundamentais, bem como pelo discurso *law economics*²⁹⁴. A eficiência proposta por Wedy adequa-se perfeitamente a essa referida finalidade, isso porque, fundamentada na concepção ontoantropológica de cuidado de perigo de Faria Costa, o qual, por sua vez, relaciona sua teoria ao sistema e função do direito penal, utilizando-se da visão do direito para resolver as divergências do próprio direito²⁹⁵. Wedy, então, leva a estrutura do direito para estabelecer uma eficiência no processo penal, afastando a viabilidade de aplicação de teorias economicistas e moralistas. Também, na relação de respeito às garantias constitucionais, refuta a viabilidade do decisionismo, reforçando a integridade da Constituição Federal²⁹⁶.

Diferentemente é o que ocorre com os fundamentos das decisões que retomaram o cumprimento provisório da pena, nas quais chegaram a dedicar tópicos específicos²⁹⁷ para embasar o ressurgimento antecipatório na visão do *law economics*, expondo o direito a outros atores sociais e desrespeitando sua autonomia, uma vez que se passa a utilizar de critérios econômicos para garantir o cumprimento antecipado da pena. Mais, também é visível a tendência neoconstitucionalista quando, na estruturação de seu voto, o Min. Barroso emprega da ponderação de princípios da presunção de inocência e o da efetividade do

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 585-586.

²⁹⁵ COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 12-14.

²⁹⁶ Aqui se destaca a crítica de Wedy quanto aos abusos da proporcionalidade e da ponderação nas decisões, almejando a fragilização das garantias em nome da comodidade da investigação, invertendo os valores processuais, realocando as garantias fundamentais em segundo plano. WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 295-296.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 152.752/PR**, do Tribunal Pleno. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de abr. de 2018. Voto do Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

sistema penal²⁹⁸ (sim, mais um princípio pregador de efetividade – ou seria moral? – no Direito). Há cristalina incompatibilidade dos fundamentos que autorizaram o cumprimento da pena provisória, por digladiarem com a autonomia do direito.

E essa visão discricionária é levada à segunda finalidade, do “estabelecimento de condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional”, isto é, estabelecer limites na interpretação do direito, cerne das teorias do direito e da Constituição. Esse mecanismo visa impedir que o julgador não possa embeber-se da discricionariedade para preencher a “zona de incerteza”²⁹⁹, situação que já vinha sendo apontada por Dworkin ao criticar o positivismo³⁰⁰. Na ideia de eficiência de Wedy, há duas questões a serem levadas em consideração para que haja verdadeiro controle na aplicação da eficiência como meio de otimização do processo penal. A primeira é que se delimite a legitimação da eficiência pelos princípios e pela Constituição, fazendo justiça dentro dos limites da Carta Política³⁰¹; já o segundo é que a eficiência deve ser aplicada em sua hélice tríplice, respeitando o próprio instituto da eficiência, as garantias e a justiça, a fim de que haja um equilíbrio salutar³⁰². É a partir desta dúplici visão da eficiência que o julgador, ao conduzir o processo, deverá administrar sua otimização, havendo critérios impeditivos de discricionariedade do julgador.

É visível que, nesse ponto, novamente o solidificado pelo Supremo Tribunal Federal não possui guarida constitucional. Primeiro porque passa a incorporar a visão de que o processo penal é dividido em extraordinário e ordinário, induzindo à compreensão de que na fração extraordinária haveria uma inversão do princípio da não-culpabilidade³⁰³, isto é, a Suprema Corte cria por criar, utilizando do argumento de autoridade, não da autoridade do argumento. Em segundo momento, o Supremo passa a utilizar o “sentimento” para dar nova interpretação a dispositivo

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 586-587.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 60.

³⁰¹ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 294.

³⁰² Ibid., p. 290-291.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

constitucional expresso, dando fulcro à necessária modificação interpretativa por haver sentimento de descrédito da sociedade com o Judiciário. Veja-se que, além de não haver uma “zona de incerteza” na interpretação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, porquanto é clara no que determina, os julgadores autorizaram o “preenchimento” dessa “lacuna” com o sentimento popular. É evidente que não se está tratando de controle de interpretação constitucional, mas sim de sentimento social, especialmente quando se observa a justificativa de retomada da “credibilidade da justiça” perante a população.

Também é preciso “garantir o respeito à integridade e à coerência do direito”³⁰⁴. Por coerência tem-se “a igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento”, enquanto a integridade é fracionada em dois princípios, o princípio legislativo (que reclama ao legislador o dever de manter a lei moralmente coerente) e o jurisdicional (que determina que os juízes edifiquem seus fundamentos em integração com o conjunto do Direito, na intenção de se rechaçar arbitrariedades interpretativas)³⁰⁵. Isso quer dizer que não basta o julgador fundamentar, tampouco motivar sua decisão, é preciso que essa fundamentação esteja integrada ao conjunto do Direito e que seja aplicada em coerência aos demais casos. Assim, constatando-se que a Constituição Federal reconhece como garantia do cidadão a fundamentação judicial nos termos do art. 93, inciso IX, e que a eficiência é o meio integrador entre garantias e justiça dentro dos limites constitucionais, não há como não reconhecer a integridade do proposto por Wedy. Mais, ao incluir a acepção de justiça na hélice tríplice, a absorção pelo tratamento igualitário na condução do processo é implícito, isso porque se defende a otimização do processo em seu grau de respeito e igualdade, um processo não pode ser abusivamente célere para um, suprimindo garantias, tampouco demasiadamente lento para outro, construindo-se “garantias” a partir de “princípios” inexistentes. É dessa maneira que se diagnostica que a eficiência como defendida amolda-se a este princípio, permanecendo na linha condutiva da Constituição.

E essa proposta de Streck quanto à coerência e à integridade é base importante para afastar a concepção da mera escrita, da mera redação, isto é, o juiz

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 586-587.

³⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Conjur**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

não pode fundamentar por fundamentar, mas deve efetivamente fazer relação com todo o arcabouço do Direito, mantendo uma integridade e uma coerência, o que incorre com os fundamentos propostos para execução provisória da pena, pois não há que se falar em integridade nos fundamentos propostos naquela decisão. A eficiência lá proposta prega a otimização do processo em desfavor de garantias constitucionais, inclusive reconhecido pelo Min. Barroso ao referir que há “sacrifício” imposto ao princípio da não-culpabilidade, mas este é superado pela proteção que se concede à efetividade e à “credibilidade” da Justiça³⁰⁶, estando vinculada à moral (quando autoriza que sentimentos de descrédito do judiciário fundamentem a redução de uma garantia) e não ao conjunto do Direito que, em verdade, renega essa tomada de posto. Em um processo eficiente, no contexto aqui apresentado, não se pode permitir que o julgador abuse de outros meios de interpretação que não seja o próprio Direito³⁰⁷, porquanto a consagração das garantias e a aplicação da justiça só serão definidas pelo próprio Direito, não por outros interventores.

O ponto de maior complexidade em adequar os princípios norteadores de uma decisão judicial à teoria de uma eficiência processual penal se encontra no princípio de que “a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais”³⁰⁸, isso porque este princípio é designado para guia de teorias de direito e Constituição. Porém, a eficiência proposta por Wedy consegue, por sua completez, alcançar essa obrigatoriedade para que o processo penal seja considerado, como se propõe, eficiente à luz da Constituição. Se antes se expôs que as decisões devem manter sua integridade e coerência na fundamentação, agora se exige que a fundamentação seja exposta, proferida, constituída, sendo um dever fundamental do julgador assim proceder, bem como de suportar a responsabilidade política dela advinda. A eficiência no processo penal só se manifestará a partir da fundamentação da decisão e essa é a sua relação com este princípio. É na

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

³⁰⁷ Em verdade, não se está afirmando que outras esferas de conhecimento não possam produzir reflexo no Direito, ao contrário, deve haver uma multidisciplinaridade na aplicação do Direito, para que esse não se torne excluído dos fatores sociais, mas a decisão e seus fundamentos sempre devem estar amparados no Direito. Exemplo se tem pelo que Lehnen expõe ao tratar dos reflexos da contabilidade no Direito, ele a coloca como mera auxiliar, não como sua provedora LEHNEN, Fernando. **Estudo jurídico-contábil da prova pericial**. São Paulo: LTr, 2001. p. 134.

³⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 586-587.

perfectibilização do mando ao contraditório pela citação do réu, é pela presteza na determinação judicial em cumprir a produção da prova, de explicitar, ponto a ponto, as procedências e improcedências das argumentações da acusação e da defesa. Sem que haja esse dever ao magistrado, o processo é ineficiente, autoritário, aliás, é tudo e qualquer coisa, menos processo, porque desconstrói o próprio equilíbrio da relação entre os sujeitos³⁰⁹. É preciso que haja uma decisão fundamentada, para que se possa identificar uma “decisão eficiente”³¹⁰. Fato é que, neste ponto, não se pode alegar que inexistiu fundamentação por parte do Supremo Tribunal Federal, havendo adequação apenas quanto à exigência de fundamentar e da responsabilidade políticas dos julgadores. Aqui, entretanto, reconhece-se a existência da fundamentação, mas não sua eficiência, pelo que já fora demonstrado.

Último princípio a ser apreciado em relação aos fundamentos que permitiram o cumprimento provisório da pena e à concepção de eficiência de Wedy, é o de “garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada”³¹¹. Este princípio reafirma todos os demais, o cidadão deve possuir a garantia de que seu caso seja apreciado pelos fatores determinantes da Constituição Federal e que, a partir disso, obtenha uma resposta a ela adequada, não se permitindo que o julgador utilize-se de termos subjetivos ou externos à Constituição sob pena de deslegitimar a própria decisão.

A eficiência como otimização da legitimidade do processo penal embasa-se nos preceitos constitucionais, a eficiência é a concretização da Constituição Federal, é a partir dela que se identificará o que são garantias, a que rumo se toma a justiça. A curva de encontro entre a visão de eficiência de Wedy com o processo penal é a Carta Política, sendo uma decisão eficiente aquela que responde aos seus termos. Agora, quanto às decisões que autorizaram a retomada da execução provisória da pena, tem-se que essas afastam-se substancialmente desse princípio, uma vez que o Supremo Tribunal Federal passou a modificar conceitos constitucionais para validar sua autoridade, circunstância que gera reação diversa ao que se pregou por

³⁰⁹ BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa, 1964. p. 01.

³¹⁰ WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 52, p. 163-186, jan./mar. 2014.

³¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 587-588.

muitos dos ministros da Corte Suprema, uma vez que, em razão dessa interpretação íntima, o cidadão já não consegue compreender nem mesmo sua Constituição, já que seu guardião não consegue manter uma coerência com seu texto e acaba por dar sentido diferente àquilo que por si já se explica.

Empregando os vetores propostos por Streck para que se alcance uma adequada resposta à Constituição à proposta de eficiência no processo penal de Wedy, é possível identificar que essa visão é plenamente aceita pela Constituição. Congregando eficiência, garantias e justiça, tendo-se como embasamento o cuidado de perigo e como vínculo os princípios e a própria Constituição Federal, é possível constituir um processo célere, otimizador da legitimidade do agir estatal, sem que se afronte garantias e direitos fundamentais e permita-se o alcance da justiça penal, respeitando o existir do ser-humano.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa buscou-se tratar sobre o tema da eficiência no processo penal, em especial aquela aplicada pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de retomada do entendimento do cumprimento provisório da pena, e identificar a sua adequada aplicação nos termos da Constituição Federal da República.

Para tanto, orientou-se o presente estudo por meio das perguntas: “a eficiência derivada dos fundamentos do Supremo Tribunal Federal no caso da retomada do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado é constitucionalmente adequada? Se não, qual a eficiência no processo penal está de acordo com a Constituição Federal?”.

Se buscou, assim, utilizar do método fenomenológico-hermenêutico, com mecanismos analítico-descritivos, em que se aproxima o pesquisador do objeto da pesquisa, isto é, a pesquisa passa a ser desenvolvida na busca por um objeto que não está desconectado da realidade do pesquisador, não havendo um estudo externo, em que o pesquisador e o objeto estão distantes, mas sim aquela que há o encontro de ambos para sua melhor resolução. A partir dessa concepção há a atribuição de sentido pela aplicação do círculo hermenêutico, unificando a experiência e interação do investigador com o objeto estudado e buscado, afastando padrões comuns de pesquisa que impedem a quebra de correntes da liberdade investigativa. Contudo, não se afastou, para embasar a presente pesquisa, meios comuns de investigação, como a revisão bibliográfica e documental.

Assim, com a utilização desse método, objetivou-se, como descrito no início deste trabalho, identificar se o Supremo Tribunal Federal, nas últimas e repercutidas decisões que autorizaram a retomada da execução provisória da pena, empregou ao processo penal um conceito de eficiência que encontre guarida na Constituição Federal e, para isso, determinou-se como objetivos específicos: i) constatar algumas das causas geradoras da crise no direito penal e processo penal; (ii) diagnosticar alguns de seus sintomas, especialmente na realidade brasileira; (iii) avaliar a noção de eficiência para o presente estudo; (iv) realizar análise da decisão proferida sobre o *habeas corpus* n. 84.078/MG, bem como destacar os principais fundamentos lançados no *habeas corpus* n.126.292/SP, na medida cautelar da ação declaratória de constitucionalidade n. 43/DF (e 44/DF), bem como no *habeas corpus* n. 152.757;

(v) aprofundar a compreensão sobre a resposta adequada à Constituição Federal proposta por Streck sobre o tema.

Assim, no capítulo primeiro, intitulado “algumas causas e efeitos da crise do direito penal contemporâneo”, passou-se a reconhecer a existência de uma crise pela qual passam o direito penal e o processual penal contemporâneos, fora necessário, para tanto, analisar algumas das causas que vêm modificando a forma de agir do Estado quanto ao direito penal e processual penal, seguindo as linhas apresentadas por Silva Sánchez sobre a expansão do direito penal.

Diagnosticou-se que fenômenos, como a globalização, propagaram uma sociedade de medo, embasada em receios que nem mesmo podem ser constatados faticamente. Imersa em uma sociedade que não tolera mais o risco e as diferenças do outro, o direito penal passou a ser utilizado para repreender o perigo, não o dano, na pretensa tentativa de redução do medo. A sociedade passou a exigir mais intervenção penal, mais punição, ainda que se contrariasse institutos básicos do Direito, como princípios e a própria Constituição Federal. Dessa situação não poderia ser diferente, toda atividade social gera uma reação sintomática, seja ela boa, seja ruim, é uma questão orgânica do sistema social. No caso brasileiro, essa imposição social acabou por gerar aberrações, como o ataque de civis contra civis em razão de intolerância e falsas notícias, no âmbito jurídico, o abuso da tipificação de crimes de perigo abstrato, que reduzem a circunscrição de liberdade do cidadão, a desformalização do processo e mitigação de garantias que legitimam o agir do Estado, protegendo o cidadão, entre outras que foram abordadas ao decorrer do trabalho.

Destinado a discutir sobre a eficiência em si, o terceiro capítulo, intitulado “eficiência, processo penal e sua concepção para o Supremo Tribunal Federal: análise diante da retomada da execução antecipada da pena”, prestou-se a avaliar a eficiência. Nele se pôde identificar a compreensão de eficiência para o processo penal, delimitando o sentido da pesquisa em uma visão de eficiência como otimização da legitimação do Estado, da evidência de meios eficientes para alcançar seus resultados, sendo, para o estudo aqui proposto, esse o conceito adequado de eficiência. Ainda no mesmo capítulo, constatando-se que a eficiência é um instituto com raiz economicistas, estudou-se o ângulo da eficiência utilitária, a qual deriva da teoria utilitarista de Bentham, tendo-se verificado que o utilitarismo possui como eficiente o agir maximizador da felicidade e, conseqüentemente, redutor da dor,

definições essas que são alcançadas pela soma do desejo de uma maioria e externada pela lei.

Compulsou-se também a visão eficiente da análise econômica do Direito (AED). Vista do ponto posneriano, a AED passou por dois estágios, o primeiro vinculado a uma visão de maximização da riqueza, em que havia uma extrema aplicação da economia nas relações de direito. Posteriormente, houve uma modificação, passando a AED a focar-se no pragmatismo, em que o juiz está autorizado a utilizar de sua total compreensão para resolver os casos, ignorando-se a teoria, as referências principiológicas, autorizando-se a prática, a utilização descomedida de dados analíticos.

A partir dessa visão de eficiência, destinou-se parte do terceiro capítulo a avaliar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à retomada da possibilidade do cumprimento provisório da pena, a fim de identificar, no âmbito de seus fundamentos, o entendimento de eficiência emanado pela Corte Constitucional. De forma crítica à jurisprudência, foi possível evidenciar que a Corte resolveu curvar-se ao clamor social. Utilizando de argumentos jurídicos insólitos, o STF autorizou o regresso de um debate ultrapassado, contrário à própria Constituição Federal, tudo em nome de uma eficiência duvidosa, tudo para acalmar os ânimos da população. O órgão que fora constituído com todas as garantias institucionais possíveis para não ser pressionado por fatores externos ao Direito, rendeu-se ao juízo comum.

Na busca por uma eficiência travestida de luta contra a impunidade e a corrupção, o Supremo Tribunal Federal retomou entendimento que viabiliza o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sob as mais diversas justificativas, mas com o real cerne pragmático-economicista e, muitas vezes, revestido de um utilitarismo tímido, como se pôde observar em um dos argumentos lançados pela Corte, no qual refere que poucos são os recursos extraordinários que são julgados em favor da defesa, inclusive demonstrados por percentuais analíticos. O Supremo Tribunal Federal fundamentou alegando que este baixo índice de provimento, aliado ao excesso de recursos que abarrotam a Corte seriam um dos motivos autorizadores da retomada do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

É visível que a Corte Constitucional reconhece, por essa argumentação, que é mais válido que aqueles poucos que possuem seus recursos julgados favoráveis na última instância cumpram pena – ainda que indevida –, para que os demais que

recorrem “infundadamente” possam ser presos e, conseqüentemente, diminua o trabalho do Supremo Tribunal Federal com o julgamento de recursos. Essa visão completamente economicista é incompatível com o processo penal, com o direito humano de resistência e, especificamente, com a Constituição Federal. A Corte utiliza, como já fundamentava o Min. Eros Grau, de argumentos que ficam à vontade e à conveniência do magistrado: “cumpra-se a pena, porque quero menos trabalho”, ou “cumpra-se a pena, porque não quero contratar mais pessoas ou buscar recursos para acelerar a tramitação do processo”.

E para viabilizar esse entendimento, o Supremo utilizou de recursos interpretativos duvidosos, que forçam a identificar uma baixa compreensão da Constituição, como a argumentação de que a Constituição Federal não impede o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, pois o dispositivo constitucional que afirma a necessidade desse trânsito dispõe que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado (art. 5º, inciso LVII, da CF), enquanto o dispositivo específico sobre prisões exige apenas decisão fundamentada de órgão jurisdicional (art. 5º, inciso LXI, da CF). Ocorre que essa argumentação produz sentimento, nada mais, nada menos, de subestimação à Constituição Federal. É evidente que o inciso LXI, ao referir sobre prisão, revela os casos acauteladores, isso porque a prisão para cumprimento de pena é um efeito da condenação, do reconhecimento da culpa, isto é, só pode cumprir pena aquele que for considerado culpado na forma que determina a Constituição, entretanto, pode o cidadão ser preso, quando presentes requisitos acauteladores, por decisão fundamentada de autoridade judicial. E há, ainda, gritante contradição nesse mesmo argumento levantado pela Corte Constitucional, já que reconhece que, para cumprimento provisório da pena, não há necessidade de fundamentação particularizada, porquanto se trata de execução de título judicial. Parece, em verdade, que a interpretação, então, não se amolda ao próprio texto constitucional já distorcido, já que não exige a fundamentação para prisão (essa que não se confunde com fundamentação da condenação). O STF passa a responsabilizar o cidadão, em nome de um desejo social, para justificar a ineficiência de sua estrutura, por demonstrar sua falta de capacidade em cumprir com as atribuições que a Constituição Federal lhe impõe.

É possível ainda identificar o viés pragmático-economicista na fundamentação do Min. Barroso ao afirmar que caso houvesse a impossibilidade de cumprimento de

pena antes do trânsito em julgado dos processos criminais, as colaborações premiadas deixariam de ser incentivadas. Dessa construção do ministro, percebe-se que o emprego da execução provisória da pena possui, em verdade, um viés de ameaça ao réu em processo penal, pois o Estado anuncia que no caso de não colaborar, já será preso após o julgamento da segunda instância. O réu passa a ser cercado pela prisão preventiva – utilizada no início do processo para que “colabore” – e pela execução provisória da pena – que com a condenação em segundo grau já remeteria o réu ao cárcere –. O Direito deixou de se preocupar com a justiça, para preocupar-se com punir.

Outro elemento intrigante, agora proposto pelo Min. Alexandre de Moraes, foi a discussão acerca da tradição do Supremo Tribunal Federal. O Min. Alexandre de Moraes trouxe a compreensão da tradição da Corte Constitucional elencando o período de vigência do entendimento acerca da execução provisória da pena. De acordo com o julgador, no período de vigência da Constituição Federal, em 75% desse tempo, foi reconhecido como constitucional o cumprimento antecipado da pena. Ainda demonstrou que nesse mesmo interregno, de todos os ministros que passaram pela Corte, 71% foi favorável à execução provisória. Denota-se que o STF ignorou a compreensão de amadurecimento da compreensão sobre o texto normativo da Constituição, da empregabilidade do círculo hermenêutico que fez com que em 2009 ocorresse a ruptura da visão autoritária do Estado quanto à presunção de inocência e à liberdade do indivíduo. Repete-se, uma análise como essa demonstra a precariedade dos argumentos jurídicos que viabilizem esse entendimento, utilizando-se de elementos pragmáticos para mudar conceitos constitucionais.

É verdade que todos os argumentos postos pela Corte devem ser considerados, mas além desses referidos, outro que chama a atenção é a utilização referencial de outros países pelo Min. Zavascki. Em seu voto guia-vencedor, o julgador fez referência a países que permitem o cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado, os quais, como se verificou no decorrer do trabalho, não se adequam à realidade brasileira, por diferenças jurídicas. A decisão que passou a mitigar a concepção de presunção de inocência nem sequer voltou-se à análise concreta e teórica dos países que foram empregados como exemplos para mudança tão violenta no entendimento da Corte Constitucional. Aqui há de se

observar que essa pontuação realização pela decisão nem sequer amoldar-se-ia pragmatismo, mas a um utilitarismo individual do julgador.

Não se pode ignorar outro dos argumentos propostos pela Corte Constitucional. De acordo com os julgados analisados, um dos grandes pontos do impositivo cumprimento provisório da pena é o fato do Brasil ser reconhecido pelas organizações internacionais por oferecer uma proteção deficitária. É fato que, como reiteradamente demonstrou-se no trabalho, que o processo penal não pode ser mecanismo para excessos por parte do Estado, tampouco para gerar impunidade, sendo essa a real necessidade de aplicação de uma eficiência no processo penal.

Ocorre que o argumento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal causa estranheza, porque justifica a antecipação da execução provisória da pena com citações de condenações do Brasil, proferidas por sujeitos internacionais (e com razão), que expõem a proteção insuficiente que o Estado vem empregando na investigação, em que a República Federativa do Brasil violou o princípio da proibição de proteção deficiente.

Verdade que não se desconhece o histórico brasileiro quanto à violação de direitos humanos, mas a fundamentação proposta, especialmente pelo Min. Fachin, destoa e muito da real proteção deficitária. Isso porque o Brasil, em maioria dos casos, fora condenado por não tomar providências quanto à sanção aos responsáveis pela violação, pela ausência de legislação protetiva e, até mesmo, pela atuação abusiva do Estado. Isso está relacionado com a eficiência administrativa do Estado em agilizar seus procedimentos, não com a Constituição Federal que não só veda, ela mesma, essa proteção deficitária, como, também, proíbe os excessos por parte do Estado. Uma Nação que não estabelece prazos para julgamento por parte dos juízes, ou, melhor, não prevê sanção para o descumprimento desses prazos não pode referir que é preciso contrariar a própria Constituição para permitir o cumprimento da pena antes do que ela mesma prevê, sob o pretexto de que o momento em que a pena é executada fere a proibição de proteção deficiente. A verificação do excesso ou da proteção deficiente sempre deve estar em conformidade com a Constituição Federal.

Os diversos argumentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal colocam em posição delicada a Corte, há uma fragilidade que beira a abusividade de Poder, permitindo que onze ministros, no caso do cumprimento provisório da pena são seis, passem a dar sentido diverso a texto expresso pela Constituição Federal,

circunstância vedada até mesmo ao poder constituinte derivado, por se tratar de cláusula pétrea.

Por esses motivos, o capítulo quarto fora destinado para análise da resposta adequada à Constituição Federal proposta por Streck, lá foi possível identificar a evolução da hermenêutica jurídica para se alcançar o proposto pelo autor e constatar os princípios que uma teoria do Direito ou da Constituição devem perseguir para alcançar uma resposta correta à Constituição Federal. Constatou-se que os princípios são filtros aplicados à decisão para identificar se está em conformidade com o ordenamento jurídico-constitucional, sendo os princípios: 1) preservação à autonomia do Direito; 2) o controle hermenêutico da interpretação constitucional, a superação da discricionariedade (tipicamente positivista) e o papel de “constrangimento epistemológico” destinado à doutrina; 3) respeito à integridade e à coerência do e no Direito; 4) dever fundamental (direito fundamental) de motivação/fundamentação das decisões judiciais (a fundamentação da fundamentação); 5) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Em mesmo capítulo analisou-se a proposta de eficiência de Wedy, a eficiência proposta pelo autor está centrada em estabelecer um real equilíbrio entre garantias e justiça, permitindo que o processo penal não seja utilizado indevidamente e fora dos padrões constitucionais. Essa visão eficiente do processo penal também reconhece a necessidade de celeridade, mas reforça a impossibilidade dessa ser justificativa para vilipendiar as garantias no âmbito do processo penal. Um dos grandes diferenciais proposto pela visão de Wedy é a concepção ontoantropológica de cuidado de perigo que coloca o cidadão no centro da discussão, o cuidado do “eu” com o “outro”, a visão de que o direito penal possui natureza diversa de demais esferas de incidência do Direito. Este contraste é de alta importância, porque as teorias eficientistas, de regra, respaldam-se em critérios econômicos, pragmáticos, não avalizando o centro da discussão no processo penal, a liberdade de um ser-humano.

Alinhado a essas duas fontes teóricas, passou-se a confrontar a eficiência construída por Wedy e os principais fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões que autorizaram a retomada do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado com a concepção de resposta adequada à Constituição Federal de Streck. A partir dessa análise, evidenciou-se que os argumentos

propostos pelo Supremo Tribunal Federal não são compatíveis ao que determina a Constituição, isso porque fogem da estrutura dos princípios que guardam a integridade da Constituição Federal. De outro aspecto, a ideia de eficiência de Wedy, preocupada com as exigências da Carta Magna, preza pela autonomia do Direito, a preservação dos direitos e das garantias individuais e a necessária aplicação da justiça, não pairando sob argumentos que permitiram uma proteção deficitária de bens jurídicos. A eficiência, nessa estrutura, reflete exatamente essa preocupação com o Direito.

Foi possível, por meio dessa pesquisa, identificar que a retomada do cumprimento provisório da pena é mais um sintoma derivado da crise em que vem sofrendo o processo penal e o direito penal, a qual deveria, há muito, ter sido barrada pelo Supremo Tribunal Federal. A eficiência explicitada pela Corte Constitucional demonstrou a despreocupação com o caráter humanístico do processo penal, com o descompromisso com o meio legitimador do agir do Estado. A luta que se vinha traçando quanto à presunção de inocência, quanto ao uso abusivo das prisões cautelares, não foi só perdida, como gerou revanche que deve ser enfrentada por todos os meios jurídicos possíveis, isso porque a decisão adequada à Constituição é um direito fundamental do cidadão, quer agrade uns, quer desagrade muitos.

Diante dessas fundamentações e do desenvolvido no presente trabalho, visando apontar a conclusão, tem-se que com o problema proposto, ao utilizar das metodologias aplicadas, foi possível identificar que a eficiência no processo penal que vem sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena foge às exigências da Constituição Federal, violando em todos os aspectos possíveis os princípios norteadores da resposta adequada à Carta Magna. De outro modo, constatou-se que a eficiência eminentemente adequada à Constituição deve partir, acima de tudo, do seu respeito integral à Carta Política, estando o proposto por Wedy adequado à Constituição Federal, em defesa de uma eficiência preocupada em conciliar as garantias individuais do cidadão e a justiça, inexistindo um processo legítimo sem a hélice tríplice da eficiência.

Em verdade, parece que a Suprema Corte distanciou-se dos gritos da doutrina, dos técnicos, e passou a abafar suas vozes com os ânimos do clamor social. Caminha-se para um período tenso, instável, em que o populismo atingiu todas as esferas de poder do Estado. Todavia, cabe aos investigadores, aos

acadêmicos, àqueles que buscam uma integridade no Direito, permanecer resistindo aos abusos que se cometem, armados de honestidade acadêmica e autonomia intelectual, a fim de refutar o autoritarismo e o anticonstitucionalismo.

É preciso que o Supremo Tribunal Federal passe a rever sua atividade, devendo seguir estritamente os termos da Constituição Federal sob pena de desenvolvimento de um Estado ilegítimo na aplicação do direito penal. A eficiência que vem sendo aplicada a qualquer custo para o fim de combater corrupção e impunidade está tornando-se em real mecanismo de injustiça ao não concretizar direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro, transformando o cidadão em um objeto estatístico que apenas faz parte da fragilizada máquina do Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AGUIAR, Júlio Cesar de. **A colaboração premiada compensa?** Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago. 2015. (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td181>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

ALEMANHA. Constituição (1949). **Grundgesetz**. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

ANSA. Alemanha pode impor taxa a redes sociais contra *fake news*. **IstoÉ**, São Paulo, 13 mar. 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/alemanha-pode-impor-taxa-a-redes-sociais-contrafake-news/>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

ARGENTINA. Constituição (1995). **Constitución**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado. **Conjur**, São Paulo, 3 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado#_ftn1>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, [S.l.], n. 76, n. 2, p. 169-217, mar./abr. 1968. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/259394>>. Acesso em: 31 maio 2018.

BENTHAM, Jeremy. **Escritos económicos**. Trad. Francisco J. Pimentel. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1965.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril cultural, 1979. p. 04-68. (Os pensadores).

BERIAIN, Josetxo. El doble sentido de las consecuencias perversas de la modernidad. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). BERIAIN. **Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo**. Trad. de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 07-29.

BLACKBURN, Robert. **Britain's unwritten constitution**. Theme: Magna Carta today [S.I.]: British Library, 13 Mar 2015. Disponível em <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution#authorBlock1>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito kaldor-hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, DF, v. 02, n. 01, p. 27-45, jan./jun. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. **Cadastro Nacional de Presos**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 29/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 16 de fev. de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 43/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, Df, 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 11 de jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 68.726/RJ**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 28 de jun. de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=71186&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2068726>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 72.366/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Nelson de Salvi Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 13 de set. de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73718>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 74.983/RS**, do Tribunal Pleno. Paciente: Mário Somensi. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 30 de jun. de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 84.078/MG**, do Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 152.752/PR**, do Tribunal Pleno. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de abr. de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BUARQUE, Daniel. Pesquisa revela alta rejeição a refugiados e imigrantes no mundo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 ago. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/08/1801673-pesquisa-revela-alta-rejeicao-a-refugiados-e-imigrantes-no-mundo.shtml>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos processales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, 1964.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Coimbra, ano 21, n. 2, p. 267-321, abr./jun. 2011.

CALLEGARI, André Luís. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 203-222.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 4.850, de 2016**. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis n. 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. 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 nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A04B7230F10F489F98BE357FB84CC043.proposicoesWebExterno2?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>. Acesso em: 21 jan. 2018.

CANADÁ. Ato constitucional (1987). **Constitution Act, 1982**. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html#h-40>>. Acesso em :01 jul. 2018.

CANÁRIO, Pedro. “Caminhamos a passos largos para o *common law*”, afirma Teori Zavascki. **Conjur**, São Paulo, 10 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

CANÁRIO, Pedro. Ao autorizar prisão antecipada, STF aprofundou injustiças, dizem advogados. **Conjur**, São Paulo, 01 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-01/prisao-antecipada-stf-aprofundou-injusticas-dizem-advogados>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

CANÁRIO, Pedro. Citada como exemplo, Alemanha espera trânsito em julgado para prender. **Conjur**, São Paulo, 5 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-05/citada-exemplo-alemanha-prende-transito-julgado>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, p. 133-171, jul. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 155.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.

COSTA, José de Faria. Habeas corpus (ou a análise de um longo e ininterrupto “diálogo” entre o poder e a liberdade). In: COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COSTA, José de Faria. O direito penal e o tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição). In: COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 184-185.

COSTA, José de Faria. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado: Babel ou esperanto universal? In: D'AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio**: perspectivas e tendências. Congresso Internacional em Direito Penal, 8º Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 11-24. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/direitopenal.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

COSTA, José de Faria. Um aponte entre o direito penal e a filosofia penal. In: COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

COSTA, José de Faria. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). In: COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

D'AGOSTINO, Rosanne. Três anos depois, linchamento de Fabiane após boato na web pode ajudar a endurecer lei. **G1**, São Paulo, 01 abr. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/e-ou-nao-e/noticia/tres-anos-depois-linchamento-de-fabiane-apos-boato-na-web-pode-ajudar-a-endurecer-lei.ghtml>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAMOUS, Wadih. **Projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 4.372, de 2016**. Altera e acrescenta dispositivo à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 que "Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016>. Acesso em: 28 jan. 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 1.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 58-59. Também, deve-se verificar o referido por Sundfeld, uma vez que

assessorou na elaboração da norma: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOTTI, René Ariel. Prescrição e impunidade: responsabilidade pública. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, n. 277, p. 14-16, dez. 2015.

DURKHEIM, Émile. **A divisão social do trabalho**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, [S.l.], v. 9, n. 02, Change in the common law: legal and economic perspectives, p. 191-226, mar. 1980.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um exemplo de inovação e os reflexos jurídicos no cenário da pesquisa e inovação responsáveis (responsible research and innovation) e das implicações éticas, legais e sociais (ethical, legal and social implications). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ESPANHA. Constituição (1978). **Constitución**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1789). **United States Constitution**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

FERNANDES, Antonio Sacarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Ed.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Ed.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FRANCO, Alberto Silva. Novas tendências do direito penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 5, n. 56, jul. 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 2.

GOLDMAN, Diego H. Análisis económica del derecho penal y derecho penal liberal: confluências y bifurcaciones. **Derecho penal y criminología**, Bogotá, v. 38, n. 104, p. 13-74, 2017. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5208/6275>>. Acesso em: 31 maio 2018.

GOLDMAN, Diego H. Análisis económico del derecho penal y derecho penal liberal: confluencias y bifurcaciones. **Revista Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 38, n. 104, p. 13-74, jan./jun. 2017. Disponível em: <[https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article /view/5208/6275](https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5208/6275)>. Acesso em: 31 maio 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUIMARÃES, Ulysses. **[Discurso]** 05 out. 1988, na Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, DF, 1988. Discurso recitado pelo Presidente da Assembleia Constituinte. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2018.

HASSEMER, Winfried. **El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”**. Trad. Francisco Muñoz Conde. [S.l.], 1989. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4196/pg_183-200_penales15.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jul. 2018.

HASSEMER, Winfried. MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HICKS, John R. A “value and capital” growth model. **The Review of Economic Studies**, [S.l.], v. 26, n. 03, p. 159-173, jun. 1959. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2295744>>. Acesso em: 31 maio 2018.

HUME David. **Tratado da natureza humana**. Tradução de Serafim da Silva Fontes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

IPEA. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Atlas de violência de 2018**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2018.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cándio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, [S.l.], v. 49, n. 195, p. 549-552, set. 1939. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2224835>>. Acesso em: 31 maio 2018.

LEHNEN, Fernando. **Estudo jurídico-contábil da prova pericial**. São Paulo: LTr, 2001.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LOPES JR, Aury. Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal. **Conjur**, São Paulo, 05 set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal#_edn2>. Acesso em: 28 jan. 2018.

LOPES JR., Aury. Mudanças no sistema recursal: só esqueceram de combinar com a constituição.... **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, n. 277, p. 12-14, dez. 2015.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, v. 37, n. 145, p. 106, jan./mar. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/560>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

LUHMANN, Niklas. El concepto del riesgo. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). **Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo**. Trad. De Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 123-172.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assim. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARCELINO JR., Julio Cesar. ROSA, Alexandre da. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direito fundamentais**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MENDES, José Manuel. **Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

MEZZANOTI, Gabriela. **Direito, guerra e terror: novos desafios do direito internacional pós 11 de setembro**. São Paulo: Quartir Latin, 2007.

MISHRA, Pankaj. How the new immigration is shaking old Europe to its core. **The New York Times**, New York, 14 set. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/14/books/review/crisis-of-multiculturalism-in-europe-rita-chin-immigration.html>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

MÜSSIG, Bernd. Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio: algunas tesis. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: IBDeF, 2006. v. 2.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A III da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Nova Iorque, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

NEVES, António Castanheira. Justiça e direito. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

NEVES, António Castanheira. O funcionalismo jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade. In: NEVES, António Castanheira **Digesta**: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 232.

NIETO, Rafael Mery. Notas sobre análisis económico del derecho: una mirada desde América Latina. **Revista de Derecho y Humanidades**, Santiago, n. 10, p. 121-140, 2004. Disponível em: <[www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view File/17022/17745](http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/File/17022/17745)>. Acesso em: 31 maio 2018.

NOGUEIRA, Ciro. **Projeto de lei do Senado Federal n. 473/2017**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014.

PHILIPPSEN, Eduardo Gomes. Gestão temerária – a conduta do administrador de instituição financeira em face das normas regulamentares. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 34, fev. 2010. Disponível em: <http://www.revista.doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/duardo_philippsen.html>. Acesso em: 20 ago. 2018.

PICOLI, Rogério Antonio. Utilitarismo, Bentham e a história da tradição. **Existência e Arte – Revista Eletrônica do Grupo PET**, São João Del-Rei, ano 5, n. 5. jan./dez. 2010. Disponível em: <https://ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/existenciaearte/Edicoes/5_Edicao/utilitarismos__bentham_e_a_historia_da_tradicao_rogerio_picoli.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2018.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

PORTUGAL. **Decreto-lei n. 78, de 17 de fevereiro de 1987**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em 25 jun. 2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 179/2012**. Consulente: Presidente da República Portuguesa. Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa. Lisboa, 04 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html?impressao=1>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. A review of Steven Shavell's "Foundations of Economic Analysis of Law". **Journal of Economic Literature**, [S.l.], v. 44. n. 2. jun. 2006. p. 405-414. Disponível em: <<http://www-jstor-org.ez101.periodicos.capes.gov.br/stable/30032254>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. Utilitarismo, economía y teoría del derecho. **Estudios Públicos**, Santiago de Chile, n. 69, p. 234, 1998. Disponível em: <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183632/rev69_posner.pdf>. Acesso em 20 jan. 2018.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. Jeremy Bentham e a constituição do conceito de direito no pensamento moderno. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 14, n. 20, p. 297-310, 2010. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/257>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

ROUANET, Sergio Paulo. Dilemas da moral iluminista. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Org.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. Republicado: Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RIDB), Lisboa, n. 1, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 31 maio 2018.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. Eficiencia y derecho penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, [S.l.], fasc. 1, p. 93-127, jan./abr. 1996.

SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 02, p. 210-226, maio/ago. 2016. Disponível em: <www.seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/6040/3711>. Acesso em: 30 maio 2018.

SANTOS, Thandara (Org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Colaboração: Marlene Inês da Rosa et al. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. DataSenado. **25 anos da Constituição Federal**. Brasília, DF, [2013]. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/brasileiros-reconhecem-importancia-da-constituicao-cidada>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

SHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015.

SILVERMAN, Craig. This analysis shows how viral fake election news stories outperformed real news on facebook. **BuzzFeed News**, Toronto, 16 nov. 2016. Disponível em: <https://www.buzzfeed.com/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook?utm_term=.tgmrxV0wX&utm_medium=email&utm_campaign=News%20-%201117%20Thursday&utm_content=News%20-%201117%20Thursday%2BCID_b4842d954d8996072e2ffb08fbaf79a9&utm_source=BuzzFeed%20Newsletters#.narZ9aWNo>. Acesso em: 26 dez. 2017.

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: **Sobre a essência do fundamento**: conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade, ESMARN**, Ribeirão Preto, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo? **Conjur**. São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Itajaí, v. 15, n. 01, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 80, p. 303-343, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Conjur**, São Paulo, 5 jan. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 16 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 150.

STRECK, Lenio Luiz. Entrevista. Entrevistadores: FERRAZ, Leonardo de Araújo; MARCHESANI, Juliana Mara; DE ARAUJO, Silvia Costa Pinto Ribeiro. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**. v. 81, n. 4, ano 29. [out., set. e dez., 2011]. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro Carta n. 1. 1. ed. São Leopoldo: Edição do autor, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Conjur**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? - decido conforme minha consciência?** 4. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do direito. **Conjur**. São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power. **American University Law Review**, [S.l.], v. 56, n. 2, p. 367-419, dez. 2006. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1274&context=aulr>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

THE GUARDIAN view on migration to Europe: changing routes, unchanged principles. **The Guardian**, Londres, 28 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/aug/28/the-guardian-view-on-migration-to-europe-changing-routes-unchanged-principles>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 33, n. 103, p. 197-209, set. 2006.

UNITED NATIONS. Humans Rights. Office of the high commissioner. **Information note on Human Rights Committee**. [S.I.], 2018 Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23464&LangID=E>>. Acesso em 20 ago. 2018). Não se tem clareza, se aquele que cumpre a execução provisória da pena também padece com outros efeitos da condenação de imediato. O STF deverá se debruçar quanto a isso.

VALÉRIO, Otávio L. S. **A toga e a farda**: o Supremo Tribunal Federal e o regime militar (1964-1969). 2010. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estadual de São Paulo (USP), São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16082011-164739/pt-br.php>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e acordos no processo penal: crítica às tendências de expansão da justiça negociada no Brasil. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 4, n. 6, p. 06-08, 2014.

VIANELLO, Francesca. PADOVAN, Dario. **Criminalità e paura**: la costruzione sociale dell'insicurezza. [S.I.], 1997. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267821965_Criminalita_e_paura_la_costruzione_sociale_dellinsicurezza>. Acesso: 29 jul. 2018.

VILELA, Augusto Tarradt. A posição do interrogatório no rito da lei de drogas e sua (in)compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ e STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 124, p. 105-121, out. 2016.

VILELA, Augusto Tarradt. Lei nº 12.850/2013 e a colaboração premiada: análise diante da relativização das garantias constitucionais. In: WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Meios de obtenção de provas no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 79-100.

VILELA, Augusto Tarradt; VILELA, Tafate Viana Dias. Direito transnacional, estado contemporâneo e a crise da soberania: os reflexos na esfera penal. **Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate – AJDD**, [S.I.], ano 7, 13. ed. 2017. Disponível em: <http://www.rajdd.com.br/artigos/Revista_Ano%20VII_n13/10-AUGUSTO-MESTRANDO-ESTADUAL.pdf>. Acesso em: 23 de dez. 2017.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2011.

WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 213-231, 2016.

WEDY, Miguel Tedesco. A constituição, eficiência e garantias nas dez propostas do MPF contra a corrupção. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2016. p. 169-179.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

WEDY, Miguel Tedesco. As figuras dos agentes infiltrados e provocador entre a eficiência e as garantias. In: WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Meios de obtenção de prova no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência e direito penal. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, [S.l.], abr. 2014. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/28/dereito-penal.html>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 52, p. 163-186, jan./mar. 2014.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco” e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um modelo de direito penal do autor. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WIDOW, María Magdalena Ossandón. Eficiencia del derecho penal: el caso de los delitos contra el medio ambiente. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. 24, p. 379-394, 2003.

WILDAVSKY, Aaron. **Searching for safety: social theory and social policy**. Londres: Routledge, 2017. Documento disponível para Kindle.