



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDO ALBERTO CAVALEIRO DE MACÊDO BARRA

GARANTISMO, EXECUÇÃO PENAL E EMERGÊNCIA: o caso privilegiado da
Operação Lava Jato

Belém-PA

2022

FERNANDO ALBERTO CAVALEIRO DE MACÊDO BARRA

**GARANTISMO, EXECUÇÃO PENAL E EMERGÊNCIA: o caso privilegiado da
Operação Lava Jato**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, do Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ, da Universidade Federal do Pará – UFPA, como parte dos requisitos obrigatórios para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Sistema Penal e Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho.

Belém-PA

2022

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)**

B268g BARRA, Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo.
GARANTISMO, EXECUÇÃO PENAL E EMERGÊNCIA : o
caso privilegiado da Operação Lava Jato / Fernando Alberto
Cavaleiro de Macedo BARRA. — 2022.
210 f.

Orientador(a): Prof^ª. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará,
Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em
Direito, Belém, 2022.

1. Garantismo jurídico-penal. 2. execução penal. 3. política
criminal de emergência. 4. Operação Lava-Jato. 5. Lei
13.964/2019. I. Título.

CDD 340

FERNANDO ALBERTO CAVALEIRO DE MACÊDO BARRA

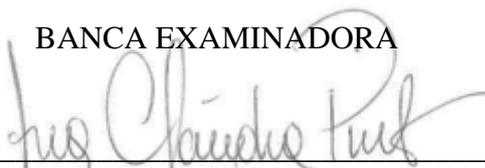
**GARANTISMO, EXECUÇÃO PENAL E EMERGÊNCIA: o caso privilegiado da
Operação Lava Jato**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, do Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ, da Universidade Federal do Pará – UFPA, como parte dos requisitos obrigatórios para a obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Sistema Penal e Direitos Humanos.

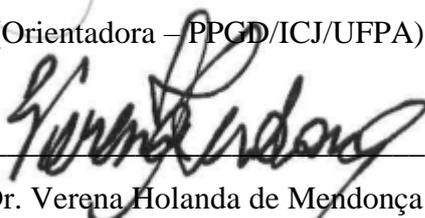
DATA DA AVALIAÇÃO: 27/09/2022

CONCEITO: APROVADO COM DISTINÇÃO.

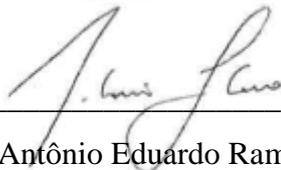
BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho
(Orientadora – PPGD/ICJ/UFPA)



Prof. Dr. Verena Holanda de Mendonça Alves
(Examinadora interna - PPGD/ICJ/UFPA)



Prof. Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro
(Examinador externo – PPGD/FND/UFRJ)

Belém-PA

2022

Para Alberto, com saudade.

AGRADECIMENTOS

Não é tarefa fácil escrever tais linhas. Há tantas pessoas para agradecer que tenho até receio de não fazer justiça a alguém. Porém, assumindo o risco, vamos lá.

Primeiramente, preciso agradecer à minha orientadora, Profa. Ana Cláudia Pinho. Sem ela, realizar esse sonho seria impossível. Ao longo dos anos de mestrado (quase interrompidos pela pandemia do Coronavírus), eu pude testemunhar não somente a sua grandeza acadêmica (uma das principais intelectuais que a ciência do Direito já produziu neste país), mas a sua profunda humanidade e generosidade. Eu agradeço por toda ajuda e paciência que ela teve comigo. Agradeço por todo cuidado e preocupação com o meu crescimento intelectual e com a pesquisa que desenvolvemos. Agradeço, também, porque no momento mais difícil da minha vida, a Ana Cláudia estava lá, me dando apoio e me dizendo que eu não poderia desistir, que eu deveria continuar... Não há palavras que possam expressar a profunda gratidão, carinho e respeito que eu nutro por ela. Mas, mesmo assim, eu lhe digo, Profa.: – Muito obrigado, conte comigo sempre!

Agradeço ao meu pai, Alberto, que – infelizmente – não teve tempo ver esse sonho se realizando. Eu me lembro da emoção que sentimos quando recebi o resultado da seleção do mestrado. Foi um dos nossos últimos abraços. Pai, essa conquista eu dedico a você. Fiz o meu melhor, dei tudo de mim, e espero que o senhor esteja orgulhoso. Te amo demais e estou com muita saudade.

À Luciana, meu grande amor. Obrigado por me apoiar ao longo de toda essa caminhada. Obrigada por aturar minhas noites em claro, minhas manias de escrever na cama e por aí vai. Desculpe os momentos em que me fiz ausente por causa dos compromissos do mestrado. Eu não poderia ter companhia melhor. Inclusive, desde os quinze anos, quando eu te vi entrando em sala de aula, eu soube que estava apaixonado e que seria para sempre.

À Aurea e Luiz Fernando, por tudo. Absolutamente, tudo. Vocês são minha bússola moral, meu porto seguro, minha alegria. Nem todo obrigado do mundo seria suficiente para dizer o quanto eu os amo, o quanto eu os admiro. Obrigado pai. Obrigado mãe.

À Alyne, Alex, Max, Luíza, Luan, Genilton, Neide, Rhuan, Lídia, Carla, Fábio, Vinícius, Fernanda, Raissa e *etc.* Vocês são o meu eterno carnaval. Com vocês tudo é festa, tudo é samba. Obrigado por estarem ao meu lado e não deixarem de me chamar para nenhuma reunião de família. Prometo que, a partir de agora, estarei em todas.

Agradeço também ao grupo de pesquisa “Garantismo em Movimento”, coordenado pela Profa. Ana Cláudia Pinho. Muitas das discussões empreendidas ao longo deste trabalho

foram qualificadas lá. Taína, Eduardo, Ítalo, Bruna e Luise foram companheiros de grupo que, ao longo dessa jornada, não mediram esforços em me ajudar. Eu lhes agradeço nominalmente e estendo meus cumprimentos a todos que compõe e que irão compor o *GP* “Garantismo em movimento”.

A Edvaldo Sales. Obrigado por, generosamente, ter aceitado participar da banca de qualificação desta dissertação. Obrigado por todos os apontamentos, críticas e pelas orientações para a execução do trabalho. O Edvaldo é um exemplo de pesquisador e uma das minhas referências obrigatórias no campo do garantismo.

Agradeço ao professores do PPGD da UFPA, por todas as valiosas lições e discussões ao longo do cumprimento dos créditos. Nominalmente, agradeço ao Prof. Marcus Alan (membro da minha banca de qualificação e defesa), à Profa. Verena Mendonça (membro da banca examinadora do trabalho), à Profa. Luanna Tomaz, ao Prof. Saulo Matos, ao Prof. Breno Baia, ao Prof. Ricardo Dib Taxi, ao Prof. Ricardo Evandro, ao Prof. Raiol, os quais foram meus docentes mais diretamente. Muito obrigado. A dedicação de vocês ao ensino me inspira como professor, como advogado e como pessoa.

Aos colegas de PPGD eu digo: Não é uma jornada fácil, mas ela vale muito a pena.

A Nilton Noronha, um anjo da guarda que a UFPA me deu. Um amigo que não poupou esforços para me auxiliar durante todo o mestrado. Muito obrigado pelas nossas discussões, pelos ensinamentos e pela paciência. Conte comigo sempre.

Agradeço a Universidade Federal do Pará (UFPA) e a todos os servidores do PPGD/ICJ, pela condução dedicada deste respeitável polo de pesquisa científica.

Na pessoa do Prof. Claudio Cyrino, coordenador do curso de Direito, à todos os meus alunos, colegas de docência e funcionários da Faculdade de Belém (FABEL), casa que me recebeu de braços abertos e onde hoje exerço o magistério.

Agradeço ao pessoal do escritório, Thammyze e João. Vocês foram demais. Acostumem-se novamente com a minha presença diária. Obrigado por terem cuidado de tudo enquanto eu finalizava este trabalho. Do fundo do coração, obrigado.

Aos amigos, amigas e a todos que, apesar de inominados, contribuíram de alguma forma para que esse trabalho fosse possível. Muito obrigado!

Por fim, dedico a presente dissertação a todos aqueles que já viveram uma perseguição criminal; às pessoas que já tiveram suas vidas devassadas pelo poder punitivo ou que cumprem penas nas (neo)masmorras brasileiras, principalmente, aqueles que sofrem ou já sofreram algum tipo de *lawfare*, especialmente, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Espero que este trabalho lhes faça, em alguma medida, justiça.

“Senhor Deus dos desgraçados!
Dizei-me vós, Senhor Deus,
Se eu deliro... ou se é verdade
Tanto horror perante os céus?!...”

Trecho do poema *O Navio Negreiro*, de Castro Alves.

RESUMO

De acordo com dados oficiais, o Brasil é um dos países que mais encarceram no mundo. Essa afirmação carrega dentro de si um dos grandes desafios da política criminal desde a redemocratização, a saber: a profunda crise em que está imersa a execução da pena privativa de liberdade neste país. Do entrecruzamento entre um sistema de justiça criminal inquisitorialmente esculpido e uma tradição jurídico-penal marcadamente autoritária, construiu-se tijolo-a-tijolo, grade-a-grade, o cenário prisional atual. A presente dissertação teve como escopo compreender, justamente, que tensões, epistemológicas e normativas, há entre o garantismo penal, enquanto uma teoria constitucional que radicaliza a força dos direitos fundamentais e da democracia, e a política criminal de emergência no campo da execução penal, especificamente, durante o período que vai da deflagração da Operação Lava Jato até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, nomeada por seu proponente, Sérgio Moro, como Lei “Anticrime”. A fim de examinar tal questão, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, buscou-se apresentar um conceito de política criminal de emergência, bem como analisar o contexto da Operação Lava Jato, após sua deflagração no ano de 2014, chamando atenção para sua influência no campo político legislativo, a partir da atuação destacada de seu principal expoente, Sérgio Moro. Além disso, realizou-se um estudo acerca do novo desenho legislativo promovido pela Lei 13.964/2019 no campo da execução penal, com destaque para as mudanças legislativas ocorridas no âmbito da Lei de Execução Penal, do Código Penal, da Lei de Transferência de Presos para Presídios de Segurança Máxima e da Lei de Organizações Criminosas. No segundo capítulo, foi realizado uma análise do garantismo penal, em alguns de seus pontos específicos, através das lentes do seu principal teórico, Luigi Ferrajoli, a fim de apresentar o estatuto epistemológico garantista e o seu programa político criminal minimalista. No terceiro e último capítulo, buscou-se empreender uma crítica de *lege ferenda* contra o modelo político criminal emergencial na execução penal, promovido pela Lei 13.964/2019, primeiramente, evidenciando as tensões no espectro epistemológico e após no campo normativo, tomando como objeto de análise, em seguida, as disposições legais concretas que (re)desenharam a execução penal por meio da Lei 13.964/2019. O método utilizado para a abordagem da pergunta de pesquisa foi o método dedutivo, com ênfase no estudo bibliográfico e documental para o desenvolvimento do trabalho acadêmico.

Palavras-chave: Garantismo jurídico-penal; execução penal; política criminal de emergência; Operação Lava-Jato; Lei 13.964/2019.

ABSTRACT

According to official data, Brazil is one of the countries with the most incarcerated in the world. This statement carries within itself one of the great challenges of criminal policy since re-democratization, namely: the deep crisis in which the execution of the custodial sentence in this country is immersed. From the intersection between an inquisitorially sculpted criminal justice system and a markedly authoritarian criminal-juridical tradition, the current prison stage was built brick by brick. This dissertation aimed to understand what tensions, epistemological and normative, exist between criminal guaranteeism, as a constitutional theory that radicalizes the strength of fundamental rights and democracy, and the emergency criminal policy in the field of criminal execution, specifically, during the period from the start of Operation Car Wash to the entry into force of Law 13,964/2019. To examine this issue, the work was divided into three chapters. In the first one, we sought to present a concept of emergency criminal policy, as well as to analyze the context of Operation Car Wash, after its outbreak in 2014, drawing attention to its influence in the political-legislative field, from the outstanding performance of its main exponent, Sergio Moro. In addition, a study was carried out on the new legislative design promoted by the Anti-Crime Law in the field of criminal enforcement, with emphasis on the legislative changes that took place within the scope of the Penal Execution Law, the Penal Code, the Law on Transferring Prisoners to Prisons of Maximum Security and the Criminal Organizations Act. In the second chapter, an analysis of criminal guaranteeism was carried out, in some of its specific points, through the lens of its main theorist, Luigi Ferrajoli, to present the garantist epistemological statute and its minimalist criminal political program. In the third chapter, we sought to undertake a *lege ferenda* critique against the emergency criminal political model in criminal execution, promoted by the Anti-Crime Law, first, highlighting the tensions in the epistemological spectrum and then in the normative field, taking as object analysis, then the concrete legal provisions that (re)designed criminal enforcement through the Anti-Crime Law. The method used to approach the question was the deductive method, with emphasis on bibliographic and documented studies for the development of academic research.

Keywords: Penal-juridic guaranteeism; penal execution; emergency criminal policy; Car Wash Operation; Law 13.964/2019.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. POLÍTICA CRIMINAL E EMERGÊNCIA NO BRASIL: DA OPERAÇÃO LAVA-JATO À LEI 13.964/2019.....	26
2.1. À procura de um conceito para Política Criminal de Emergência.....	26
2.2. Implicações político-criminais de emergência no sistema penal: ou sobre a fenomenologia emergencial.....	34
2.2.1. Direito penal de emergência.....	35
2.2.2. Processo penal de emergência.....	37
2.2.3. Maxiprocessos criminais.....	40
2.2.4. O <i>lawfare</i> político.....	44
2.3. Ponto de ignição: a Operação Lava Jato e suas manifestações emergenciais.....	51
2.3.1. O que foi a Operação Lava-Jato?.....	53
2.3.2. Fatídicas origens: como nasceu a Operação Lava-Jato?.....	56
2.3.3. Exemplos lavajatistas de <i>lawfare</i> político.....	61
2.4. Sérgio Moro: o Juiz, o Ministro e a Lei 13.964/2019.....	68
2.5. A execução penal na Lei 13.964/2019: um novo desenho legislativo para a pena privativa de liberdade (?)......	77
3. O GARANTISMO JURÍDICO-PENAL E SEU PROGRAMA POLÍTICO: notas introdutórias ao pensamento de Luigi Ferrajoli.....	85
3.1. Entre o direito e a razão: o que é o garantismo jurídico-penal.....	85
3.1.1. Matrizes teóricas do garantismo.....	88
3.2. Constitucionalismo rígido e garantismo: um diálogo Brasil-Itália.....	94
3.3. O refluxo ao pensamento de Ferrajoli em solo brasileiro.....	101
3.3.1. O “garantismo penal integral” e outras distorções do sentido garantista.....	101
3.4. Direitos fundamentais e garantismo penal: a contracritica ao refluxo do pensamento de Ferrajoli.....	106
3.5. O estatuto epistemológico do garantismo: menos arbítrio e mais razão.....	109
3.6. Garantismo e execução penal: o programa político-criminal minimalista.....	119
4. GARANTISMO E POLÍTICA CRIMINAL DE EMERGÊNCIA: a execução penal brasileira na mira do lavajatismo.....	132
4.1. Autoritarismo x garantismo: entre <i>la legge del più forte</i> e <i>la legge del più debole</i>	133

4.2 Vínculos da Lava-Jato com o passado autoritário brasileiro: lembrar para não repetir.....	140
4.3. Garantismo x emergência: limites e resistências ao poder punitivo.....	150
4.4. A lei do mais fraco contra a lei do mais forte na execução penal brasileira: em busca da razão frente ao descontrole punitivo.....	154
4.4.1. O sistema de execução penal no Brasil: um breve recorte histórico.....	155
4.4.2. A execução penal no Brasil: substancialismo e inquisitorialismo no cumprimento da pena privativa de liberdade.....	161
4.4.3. Por que o garantismo não entra na execução penal?.....	167
4.5. A Lei 13.964/2019 e a execução penal: tensões a partir de uma perspectiva garantista.....	173
4.6. Uma alternativa garantista à pena privativa de liberdade: em defesa do fim das prisões.....	182
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	192
REFERÊNCIAS.....	196

1. INTRODUÇÃO

É uma experiência impactante entrar em contato com uma instituição carcerária. Poucos locais causam uma impressão tão profunda e grotesca quanto uma prisão. Drauzio Varella (2005, p. 05) conta que, em seu primeiro dia de trabalho no Carandiru, sentiu um nó na garganta. Ao atravessar o pavilhão quatro, batizado de “masmorra”, pôde perceber um ambiente insalubre, infestado de sarnas, muquiranas e baratas, que subiam pelo esgoto. Enquanto isso, a caminhada era acompanhada pelo grito de guerra dos detentos: “vai morrer!, vai morrer!”.

Três anos mais tarde, em 02 de outubro de 1992, aquele seria o palco da maior chacina carcerária do Brasil. Ele narra que “morreram 111 homens no pavilhão nove, segundo a versão oficial. Os presos afirmam que foram mais de duzentos e cinquenta, contados os que saíram feridos e nunca retornaram. Nos números oficiais não há referência a feridos. Não houve mortes entre os policiais militares” (VARELA, 2005, p. 222).

Mesmo assim, “o Brasil é um dos países que mais encarceram no mundo”, diz o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021, p. 24).

De acordo com Castro e Wermuth (2021, p. 31), a taxa oficial de encarceramento no país triplicou nos últimos 15 anos do século XXI. Em números absolutos, estamos à frente de todas as nações latino-americanas, e no mundo, atrás somente dos Estados Unidos e da China, que contabilizam respectivamente, 2 e 1,6 milhões de reclusos.

Ainda conforme os autores, apenas no período de janeiro a junho de 2020, estiveram sob custódia penitenciária cerca de 702.069 pessoas. Destaque-se que, como qualquer estatística, o referido dado aponta tão somente uma fotografia episódica do fenômeno sob avaliação. Se, por outro lado, interpretarmos que tais números fazem parte de uma estatística dinâmica, veremos que o *input* carcerário é maior do que apontam os próprios levantamentos oficiais (CASTRO; WERMUTH, 2021, p. 32).

O perfil dos segregados é um elemento importante de ser informado. Em primeiro lugar, 97,1% da população prisional é composta de homens. Em segundo lugar, 41,91% são jovens. Em terceiro lugar, 66,31% são pardos e pretos. Em quarto lugar, 60,65% têm ensino fundamental incompleto. Por fim, 71,4% das incidências de infrações criminais são atinentes ao patrimônio e às drogas (CASTRO; WERMUTH, 2021, p. 32).

A propósito das taxas de incidência criminal, os autores anotam – ainda – que os crimes contra a Administração Pública representam 0,17% do total de presos no sistema penitenciário; enquanto crimes contra a dignidade sexual representam 5,6%; crimes contra a fé pública 0,53%; crimes contra a paz pública 1,67%; crimes contra a pessoa 15,7%; crimes contra

o patrimônio 38,65%; crimes relacionados ao tráfico de drogas 32,39% e crimes previstos em legislações especiais representam 6,9% (CASTRO; WERMUTH, 2021, p. 32).

Além disso, o país mantém 29,81% dos seus segregados com o *status* de inocentes, mediante a aplicação das prisões cautelares, quais sejam: flagrante, preventiva e temporária (CASTRO; WERMUTH, 2021, p. 33).

O caráter superlativo desses dados aponta para um fenômeno que Juliana Borges (2021 p. 37) e outros autores identificaram como “encarceramento em massa”. Nas palavras de Vera Batista (2015a, p. 99), se contássemos para qualquer dos criminólogos do final do século XX que o Brasil alcançaria as referidas taxas de aprisionamento, nenhum deles acreditaria.

Ocorre que, a prisão sempre esteve no centro do debate político brasileiro, porém, na esmagadora maioria das vezes em que ela ocupou esse foco, foi para servir ao pensamento autoritário nacional.

Segundo Melossi e Pavarini (2019 p. 35), as prisões nasceram, entre o opúsculo da idade média e a aurora da idade moderna, como forma enfrentar as grandes massas de ex-trabalhadores agrícolas e desenraizados que, em consequência da crise irreversível do sistema feudal, se dirigiram para as cidades mas não conseguiram ser incorporados pela nascente manufatura com a mesma rapidez com que abandonaram os campos, de sorte que, as prisões, serviriam para a fabricação de corpos dóceis e úteis ao capital, por intermédio da disciplina. Sua missão inicial, ao substituir o então sistema de suplícios que assolava a Europa, foi se transformar de um local de passagem para o patíbulo em um local de comprimento da pena.

Para os autores, o câmbio da sobredita função não foi mera coincidência, ou um simples projeto de humanização da Justiça Penal. Ao contrário, tratava-se de uma mudança necessária ao novo modo de produção da vida social: o capitalismo (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p. 36). Não por acaso, Rusche e Kirchheimer (2019 p. 20) afirmam que “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”.

Foi naquela época que teriam surgido as primeiras casas de correção: o castelo de *Bridewell*, em Londres, e as *Workhouses*, em Amsterdã. Segundo os autores, todas as instituições europeias, e as que se seguiram nos Estados Unidos, entre os séculos XVI e XIX, operaram, em alguma medida, com o ideal de transformação moralista dos detentos e de seu adestramento para o trabalho produtivo (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2019, p. 67).

Com o tempo, surgiram os primeiros modelos penitenciários. O primeiro, datado de 1775, na Pensilvânia-EUA, foi denominado de sistema de Filadélfia pelos *quakers* e se caracterizava pelo absoluto isolamento (*solitary system*) do interno, visando o seu arrependimento e sua conversão religiosa. O segundo, surgido entre 1816 e 1820, em Nova Iorque, foi

denominado sistema de Alburn e se caracterizava pelo desempenho do trabalho comum diurno (ainda que sem comunicação entre os presos) e recolhimento em cela individual a noite. Venceu, nos países centrais, o segundo modelo. Nos dizeres de Melossi e Pavarini (2019, p. 211), o cárcere era a fábrica e a fábrica era o cárcere.

Ocorre que, em relação aos sistemas prisionais latino-americanos, em geral, e, mais especificamente, em relação ao sistema prisional brasileiro, temos que as considerações acima assumem um caráter eminentemente trágico, pois além de tudo, necessitamos associá-las a uma análise fenomenológica da escravidão, da colonização e do genocídio empreendido contra negros e índios pela metrópole e, depois, pelo Império.

Conforme bem pontua Fanon (2020, p. 212), “o problema do negro não se desfaz nos problemas dos negros vivendo entre os brancos, mas sim o problema dos negros sendo explorados, escravizados, desprezados por uma sociedade capitalista, colonialista, acidentalmente branca”.

O racismo estrutural¹, derivado de um passado político de mais de 400 anos de escravidão, fincou suas garras num projeto de extermínio da população preta e periférica através do sistema penal, especialmente, do encarceramento em massa. Daí porque as prisões brasileiras não são vistas somente não como um local de disciplina, mas, sobretudo, como um mecanismo de hierarquização racial e social (BORGES, 2021, p. 21).

Não ajudou o fato de que, no período histórico compreendido entre a Ditadura Militar (1964-1984), conjugou-se ao racismo estrutural do nosso sistema de justiça criminal tons de perseguições política a opositores do regime civil-militar. As cadeias brasileiras se mantiveram como um espaço de vácuo de direitos e tortura (FERRAZ; JOFFILY, 2019, p. 391).

Com efeito, havia uma esperança generalizada na redemocratização como um elemento de transformação da realidade social brasileira, especialmente, no campo da execução penal. A Constituição Federal de 1988 ocupou um lugar destaque neste sonho. A principal razão disso, como se sabe, foi a consagração de um amplo leque de garantias fundamentais que incrementaram o papel do direito (penal e processual) como uma espécie de escudo contra a espada punitiva do Estado (KARAM, 2021, p. 49).

Como vimos acima, não foi o que sucedeu.

¹ Silvio Almeida (2020, p. 32) anota que “o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constitui as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo o racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre ‘pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição’”.

Tão logo houve o rompimento com o modelo político autoritário da Ditadura Militar, começaram os influxos – dentro da nova república – no sentido de tentar relativizar conquistas democráticas asseguradas no texto da Constituição Federal. Vimos a retomada gradual dos discursos de crise, de exceção, especialmente, no campo da segurança pública.

Conforme os índices de violência interpessoal aumentavam, movidos, principalmente, pela estratégia de “guerra” ao comércio varejista de drogas, a política criminal de emergência² passou a (re)ocupar espaços que o autoritarismo, antes, havia perdido para a democracia. Voltamos a produzir legislações penais declaradamente emergenciais, por exemplo, a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990).

Maria Lúcia Karam (2021, p. 17) denuncia que, em dezembro de 2002, aproximadamente 239.345 pessoas estavam recolhidas nas prisões brasileiras, correspondendo a 132 presos por cem mil habitantes. Contudo, em junho de 2016, esses números mais do que triplicaram: a população carcerária já chegava a 726.712 pessoas, o que correspondia a 352,6 presos por cem mil habitantes, reforçando, assim, o vaticínio de Angela Davis (2020, p. 12) no sentido de que: “populações carcerárias maiores não levaram a comunidades mais seguras, mas a populações carcerárias ainda maiores. Cada nova prisão se multiplicava em mais uma nova prisão”.

Chama atenção o fato de que, o crescimento da população carcerária ocorreu de maneira vertiginosa durante o período de governo do Partido dos Trabalhadores, justamente, um dos principais expoentes da esquerda e do centro democrático brasileiro (MARTINS, 2021, p. 549). Como afirmam Azevedo e Cifali (2015, p. 125), não obstante a aposta em mudanças no campo da política econômica, a qual buscou socializar a riqueza e diminuir a pobreza e a desigualdade, contemplamos o empoderamento de um sistema de justiça criminal cada vez mais endurecido e violador de direitos fundamentais.

Todavia, a “virada de chave” para a política criminal de emergência, no Brasil, ocorreria no ano de 2014, com a deflagração da Operação Lava-Jato. A referida operação foi considerada a maior investigação de corrupção da história recente brasileira, envolvendo desvios no âmbito da Petrobrás. Centenas de pessoas foram processadas, presas ou mesmo serviram de delatores para fins de aprofundamento das apurações.

De acordo com Santoro e Tavares (2021, p. 53), a Lava Jato trabalhou pela consolidação, em nosso Sistema de Justiça Criminal, daquilo que Ferrajoli (2010, p. 649) denominou

² O conceito de política criminal de emergência será devidamente detalhado ao longo do capítulo seguinte. No momento, podemos dizer que políticas de corte excepcional ou emergencial, no campo penal, são aquelas onde a decisão sobre a criminalização advém de um discurso bélico e populista no sentido de “precisamos fazer alguma coisa”. Tais discursos baseiam-se sempre na existência de uma crise. Em relação ao poder punitivo, afirma-se haver uma crise de segurança pública que precisa ser enfrentada.

de subsistema penal de exceção, o qual é mobilizado através do direito penal de emergência, do processo penal de emergência, dos maxiprocessos e, mais recentemente, da técnica de *lawfare* político³.

Ressalte-se que, mesmo antes de 2014, a democracia brasileira já convivía com políticas criminais de corte emergencial. No entanto, os discursos legitimadores desse tipo de manifestação se mantinham no *underground* do debate público. Com a Operação Lava Jato, tais discursos conseguiram se popularizar entre setores que sequer imaginávamos que a política criminal de emergência pudesse penetrar, a exemplo de partidos políticos de esquerda e lideranças sociais.

É curioso notar, inclusive, que o lavajatismo soube manejar, com maestria, essa capacidade de transmitir o discurso do “precisamos fazer alguma coisa” em prol da construção de um programa político criminal. A nosso ver, duas técnicas conhecidas da comunicação viral foram importantes para o sucesso dessa empreitada: *Storytelling* e *Copywriting*.

Storytelling, nas palavras de Adilson Xavier (2015, p. 10), significa a tecnoarte de contar uma “grande história”, dando-lhe um sentido envolvente que capta a atenção das pessoas e enseja a assimilação de uma ideia central. É a narrativa do super-herói.

A Lava Jato soube se apropriar dessa história e transmitir para a população a grande narrativa da corrupção sistêmica em solo brasileiro. Seu principal expoente, Sérgio Moro, então juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, era o principal herói, que a qualquer custo tentava combater esse mal, e os agentes políticos, bem como, os críticos das ilegalidades cometidas no curso da referida operação estavam na contramão daquela história (vilões).

Já a *Copywriting* ou simplesmente *Copy*, segundo Ferreira (2018, p. 19), significa a tecnoarte de, à partir de uma grande narrativa (*Storytelling*), conduzir pessoas a adquirir seu produto, comprar sua ideia. Existe um problema e existe apenas uma solução: a sua. Empregando gatilhos mentais (urgência, exclusividade e *etc.*) você convence o interlocutor de que só há uma forma de resolver a situação. A palavra de ordem é vender o seu sonho.

A Lava Jato também operacionalizou com sucesso a lógica da *Copy*⁴. Existia uma narrativa de grande corrupção sistêmica que estava consumindo o país e a Força-Tarefa de

³ Novamente, é preciso destacar que os conceitos de direito penal de emergência, processo penal de emergência, maxiprocessos e *lawfare* político serão abordados no capítulo seguinte. Por hora, esses elementos precisam ser compreendidos como braços da política criminal de emergência.

⁴ Se focalizarmos as lentes de análise em um instante imediatamente anterior à deflagração da Operação Lava Jato, veremos que existia um contexto propício ao aparecimento de um fenômeno político que absorvesse as pautas emergenciais em torno de um projeto autoritário no campo punitivo. Segundo Rossetto (2018, p. 690), o país estava vivendo um período de grave “crise institucional, polarização política, instabilidade econômica, desalento social ante a vida política e descrédito crescente das instituições democráticas”. Tanto é que, no ano de 2013, um ciclo de protestos sociais desestabilizou as estruturas e o próprio funcionamento do sistema político brasileiro. O

Curitiba estava lutando contra isso. Porém, ainda precisávamos de uma solução definitiva para esse mal, isto é, um pacote legislativo que consolidasse os “avanços” da Operação. A primeira tentativa, conhecida como *dez medidas contra a corrupção*⁵ não logrou atingir os resultados pretendidos, porém, o tempo permitiria aos representantes da Operação Lava-Jato uma nova oportunidade de consolidar seus ideais.

Destaque-se, desde logo, que não se toma como ponto de partida nem se questiona a ocorrência dos desvios investigados pela Lava Jato: nosso interesse é pela dinâmica emergencial e autoritária que o lavajatismo inseriu no campo político criminal brasileiro, especificamente, no campo da execução penal.

Ainda de acordo com Santoro e Tavares (2021, p. 133), a Operação Lava-Jato, ao mobilizar o subsistema penal de exceção, não foi apenas o maior exemplo de gigantismo processual brasileiro. Foi também um poderoso instrumento de *lawfare* político. Para os autores, as mudanças causadas pela atuação da Força Tarefa do Ministério Público Federal e do ex-Juiz Sérgio Moro, auxiliadas pela espetacularização midiática do caso, foram tão profundas e significativas que extrapolaram os limites do processo penal e invadiram a esfera política brasileira, contribuindo ativamente – primeiro – para o *Impeachment* da então Presidenta Dilma Rousseff, para a inelegibilidade e prisão do ex-presidente Lula e, posteriormente, na eleição de Jair Bolsonaro, um dos principais epígonos da extrema direita brasileira.

Como já era de se esperar, essa guinada à direita mais uma vez afetou a programação político criminal brasileira, e colocou como alvo prioritário do novo governo a aprovação de leis emergenciais para o “enfrentamento” da criminalidade organizada, do colarinho branco e dos casos de corrupção. Dessa forma, uma das primeiras providências da administração Bolsonaro foi compor sua base juntamente com setores lavajatistas do Congresso Nacional e, principalmente, confirmar o convite ao Juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba para assumir a pasta do “superministério” da Justiça e Segurança Pública.

elemento deflagrador das chamadas “Jornadas de Junho”, conforme lembra Rossetto (2018, p. 690), foi o anúncio de um simples reajuste em 0,20 centavos do valor de passagens de transporte público coletivo nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro. Em princípio, os referidos atos – convocados pelo chamado Movimento Passe Livre (MPL) – exigiam a democratização do acesso ao espaço urbano, mediante a gratuidade e qualidade do serviço de transporte público. Porém, na medida que o número de pessoas mobilizadas alcançava novas cifras, se diversificavam as opiniões e as posições ideológicas do público. Começaram a aparecer os cartazes de “intervenção militar constitucional já” e de “combate e fim da corrupção!” (ROSSETTO, 2018, p. 693).

⁵ De acordo com Rossetto (2018, p. 689), “a campanha conhecida como ‘Dez medidas contra a corrupção’ consistiu em um conjunto de iniciativas e atividades capitaneadas pelo Ministério Público Federal destinadas a mobilizar a opinião pública e a angariar o apoio da cidadania a uma proposta de reforma legislativa, cuja finalidade radicaria, segundo a própria entidade, no ‘aperfeiçoamento’ do sistema de prevenção e combate à corrupção e à impunidade. Lançada em 20 de março de 2015, a campanha logrou uma façanha até então inédita: em menos de um ano, alcançou a cifra de 2.189.276 de assinaturas de cidadãos de todo o Brasil, ultrapassando o número mínimo necessário para a aceitação a trâmite do projeto de lei de iniciativa popular correspondente”.

Em 2018, a política (criminal) nacional já estava radicalmente colonizada pelos discursos penais legitimadores dessa Operação (a exemplo do Garantismo integral e antibandidolatria⁶), porém, ainda estava faltando o produto legislativo dos mais elevados ideais lavajatistas.

Nesse contexto, gesta-se a Lei 13.964/2019, batizada pelo seu próprio proponente – o já Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro – como Lei “Anticrime”.

A referida legislação alterou mais de 15 estatutos penais, passando pela Lei 9.296/1996 (que trata da interceptação das comunicações telefônicas), Lei 11.343/2006 (Lei de drogas) e Lei 8.072/1990 (Lei dos crimes hediondos). Porém, foi em relação ao sistema de execução penal que podemos verificar a faceta mais punitivista do sobredito pacote legislativo. Depois de anos, o sistema prisional voltava ao centro do debate político nacional e, no melhor estilo lavajata, seria o local privilegiado do experimento emergencial.

Houve um recrudescimento, pela Lei 13.964/2019, em pontos nevrálgicos da execução penal, com mudanças que afetaram a Lei de Execução Penal, o Código Penal, a Lei de Transferência de Presos para Presídios Federais de Segurança Máxima e a Lei de Organizações Criminosas. Foi alterado desde o limite máximo das penas privativas de liberdade para o marco de 40 anos; passando pelos marcos da Progressão de Regime; o endurecimento do sistema de Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) até a flexibilização dos critérios para a inclusão de apenados em presídios de segurança máxima federais.

O contraponto a todo esse cenário caótico, especialmente no que toca a presente pesquisa (a execução penal), é o garantismo penal. Enquanto uma teoria (substancial) da democracia e (constitucional) do direito, o garantismo busca sua força e pujança no texto da Constituição e na filosofia política (neo)iluminista, o que nos parece motivo suficiente para elegê-lo como referencial teórico e ferramenta de análise apta a lançar luz sobre o conjunto dessas mudanças que afetaram a execução penal brasileira, através da Lei 13.964/2019.

Dario Ippolito (2016, p. 74), explica que na base no projeto político garantista está a limitação do poder (punitivo) do Estado através do direito. A história desse poder, segundo o autor, demonstra a necessidade premente de circunscrever a latitude potestativa do Estado em matéria de proibições e punições legais, de modo que, a bondade da lei penal – de que depende a segurança da liberdade – está na obrigação da observância dos direitos e garantias individuais previstas nas mais variadas cartas políticas.

⁶ Os conceitos de garantismo penal integral e antibandidolatria serão trabalhados no segundo capítulo da dissertação, enquanto distorções do discurso garantista no Brasil e legitimadores da violência punitiva ante a alegada crise de segurança pública que sofre o país.

O garantismo, portanto, enfatiza o desenvolvimento de uma política criminal minimalista⁷ em oposição à política criminal de emergência que se instalou no Brasil, principalmente, após a Operação Lava-Jato.

Por isso, o problema de pesquisa que move o presente trabalho consiste, justamente, em compreender que tensões, epistemológicas e normativas, há entre o garantismo penal, enquanto uma teoria constitucional que radicaliza a força dos direitos fundamentais e da democracia, e a política criminal de emergência no campo da execução penal, especificamente, durante o período que vai da deflagração da Operação Lava Jato até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019.

A hipótese a ser testada se divide em duas partes. Primeiro, no campo epistemológico, enquanto o garantismo penal aposta em uma matriz cognitivista e convencional, a política de emergência, promovida pela sobredita legislação no âmbito da execução penal, aposta no caráter substancialista e inquisitório do direito penitenciário brasileiro. Segundo, no campo normativo, as observações de Ferrajoli (2010, p. 310) a respeito do programa político-criminal minimalista (tempo de cumprimento de pena, regimes meritocráticos e *etc.*), servem como um forte instrumento de crítica às mudanças causadas pela Lei 13.964/2019 no sistema de execução penal brasileiro.

Note-se que o tema referente ao garantismo no campo da execução penal possui relevância acadêmica e, ainda, demanda outras abordagens além daquelas que foram empreendidas no âmbito de pesquisas anteriores. Noutras palavras, trata-se de um objeto de pesquisa

⁷ Não obstante o tema relativo ao conceito de direito penal mínimo seja objeto de análise específica em tópico próprio da dissertação, é necessário anotar algumas breves considerações sobre o que vem a ser o minimalismo na perspectiva de Ferrajoli. Em primeiro lugar, de acordo com o autor italiano, direito penal mínimo e garantismo são termos sinonimos, porém, a expressão “minimalismo garantista” tem se convertido em uma fórmula banal, vez que mal interpretada por outros autores como simples criminalização mínima. Nesse sentido, Ferrajoli (2013, p. 49) entende por direito penal mínimo, ao menos, duas coisas: primeiro, um paradigma metateórico de justificação do direito penal e, segundo, um modelo teórico e normativo de direito penal. Desse modo, “*como paradigma metateórico, la expresión derecho penal mínimo designa una doctrina que justifica el derecho penal se e solo se puede alcanzar dos objetivos: la prevención negativa o, al menos, la minimización de las agresiones a bienes e derechos fundamentales e la prevención e minimización de las penas arbitrarias; en una palabra, se e solo se, es un instrumento de minimización de la violencia e del arbitrio que en su ausencia se produciría. Como modelo normativo de derecho penal la expresión designa el sistema adecuado de garantías – penales e procesales – para satisfacer estos dos fines, o sea, el racionalizar prohibiciones, penas e procesos encaminado-los a la doble tutela de los bienes e de los derechos fundamentales: de los pertenecientes a los sujetos perjudicados en los delitos e los de los imputados, así como, posteriormente, de los detenidos, contra el arbitrio policiaco y judicial y contra los excesos y los abusos de las autoridades penitenciarias. Por esto, he definido también el derecho penal mínimo como la ley del más débil contra la ley del más fuerte que estaría en vigor en su ausencia, como aquella que protege al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y el momento de la ejecución penal es el detenido. Es también evidente que se trata de un modelo normativo – que nunca se ha llevado a cabo perfectamente pero que es realizable – respecto al cual existe siempre una distorsión más o menos amplia de la realidad. Podemos incluso afirmar que su grado de efectividad equivale al grado de garantismo de un sistema penal*” (FERRAJOLI, 2013, p. 252).

que – apesar de relevante e urgente – ainda não foi tratado em todos os seus aspectos, sobretudo, após o advento da Lei 13.964/2019. Podemos checar tal afirmação consultando o próprio sítio eletrônico do *Catálogo de Teses e Dissertações*⁸ da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Se digitarmos no referido *site* (na aba busca) os termos *garantismo e execução penal* – ao ser aplicado quatro espécies de refinamento, a saber: a) grande área: ciencias humanas; b) nome do programa: direito; c) área de avaliação: direito e, d) área de conhecimento: direito – o sistema disponibilizará um total de 20.740 teses e dissertações que se relacionam direta ou indiretamente com as palavras-chave “*garantismo e execução penal*”. Desse modo, devido à grande quantidade de resultados, fizemos um recorte temporal na pesquisa, tendo sido aplicado o critério entre os anos de 2000 a 2021. Porém, o resultado diminuiu para apenas 14.636 teses e dissertações. A partir daí, a aplicação de outros critérios não fez com que o sítio eletrônico refinasse mais os resultados, de sorte que seria necessário realizar uma avaliação manual de cada um dos trabalhos indicados pela CAPES.

Então, foi decido realizar mais um recorte, qual seja: selecionar uma amostra dos 400 primeiros trabalhos (teses e dissertações) disponibilizados pela plataforma digital da CAPES. Curiosamente, o resultado da análise dessa amostragem permitiu chegar à seguinte conclusão: foram encontrados somente 05 trabalhos que se aproximam, em maior ou menor grau, com o objeto desta pesquisa.

O primeiro deles e que guarda maior relação com o presente projeto é a tese de doutorado de Salo de Carvalho (2008, p. 13), *Garantismo e sistema carcerário: crítica aos fundamentos e a execução da pena privativa de liberdade no Brasil*, o qual foi publicado em período anterior à plataforma da CAPES, e posteriormente tornou-se a obra *Pena e Garantias*.

O segundo trabalho foi a dissertação de mestrado de Luiz Renato Telles Otaviano (2007), cujo título é *Eficiência e garantismo no processo da execução penal*, também publicado em período anterior à plataforma sucupira.

O terceiro trabalho foi a dissertação de mestrado de Semiramys Fernandes Tomé (2017), denominada de *A mulher e o encarceramento: garantismo penal, ressocialização e assistência educacional no presídio Auri Moura Costa*. Vale ressaltar que tal dissertação é recente e está disponível na plataforma digital da CAPES, contudo, ela trata transversalmente do tema garantismo, bem como, da execução penal, voltando-se mais para o direito à educação dentro de uma penitenciária feminina.

⁸ Disponível em: <[http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>. Acesso em: 13 de agosto de 2021.](http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/)

O quarto trabalho é a dissertação de Daniela Ruschel Malvasio (2017), denominada *A execução provisória da pena sob o prisma do narrativismo jurídico jurisprudencial: entre o garantismo e o direito penal do inimigo*, publicada no mesmo ano que a pesquisa anterior. Todavia, ele também trata do tema *garantismo e execução penal* de modo transversal, com destaque para a perspectiva do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 e nas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, principalmente, em sua relação com a teoria do direito penal do inimigo.

Por fim, a dissertação de Renata Pacheco Duarte (2017), denominada *A escumalha do cárcere: os desafios do garantismo na sociedade desigual brasileira*, foi a que – numa primeira mirada – apresentou maior relação com o tema proposto neste projeto, depois da tese de doutorado de Carvalho (2008, p. 69). Contudo, embora o título indique uma análise das prisões brasileiras sob a ótica garantista, o foco da pesquisa residiu em um exame criminológico crítico do sistema prisional, enfatizando as deficiências do minimalismo penal frente a uma política criminal alternativa.

Dessa forma, sustentamos, novamente, que o presente projeto possui relevância acadêmica, tendo em vista que não houve um esgotamento do objeto de pesquisa, sendo necessário examiná-lo desde um outro prisma, a partir de outras categorias. Com efeito, embora se reconheça que a tese de doutorado de Carvalho (2008, p. 190) já realizou uma análise, em profundidade, do tema referente ao *garantismo e a execução penal*, nota-se que de lá para cá, pouco se explorou esse assunto, como prova o fato de que, dos 400 trabalhos analisados, apenas 05 possuem relação direta ou indireta com o tema, sendo que – deste total – parte é datada de períodos anteriores à consolidação do *Catálogo de Teses e Dissertações* da CAPES e anterior à Lei 13.964/2019.

Em compensação, a LEP (Lei de Execução Penal) foi alterada radicalmente, o panorama prisional se agudizou e os conflitos carcerários atingiram proporções catastróficas no Brasil, o que justifica a relevância do tema. A realidade carcerária brasileira é de uma crescente crise. Não obstante, cada vez mais se apostam em estratégias normativas e políticas de recrudescimento da Lei de Execução Penal e das próprias condições de encarceramento. Exemplo privilegiado disto, como foi sublinhado na apresentação do problema, é a Lei 13.964/2019.

Sem mencionar a escalada dos conflitos carcerários que, cada vez mais, se destacam por sua violência extrema refletida no número de mortos e feridos, a exemplo dos episódios ocorridos na Penitenciária de Pedrinhas⁹ no Estado do Maranhão, no Centro de Recuperação

⁹ Nos anos de 2010 e 2013, Pedrinhas foi palco de massacres carcerários. No primeiro, motivado pela reivindicação de melhores condições carcerárias, foram contabilizados 18 mortos, enquanto, no segundo, em razão de uma

Regional de Altamira¹⁰ no Estado do Pará e Presídio Anísio Jobim¹¹ no Estado do Amazonas, tudo isso dentro de um intervalo menor que 08 anos. Assim sendo, percebe-se que além da relevância acadêmica, o projeto também se justifica pela sua importância e urgência social.

Para melhor tratar sobre o tema, os capítulos da dissertação foram divididos em três.

No primeiro capítulo, empreendemos esforços no sentido de buscar um conceito para o termo “política criminal de emergência”. Fizemos isso chamando a atenção para a análise da política criminal, enquanto engenharia institucional e ciência política do poder punitivo (BATISTA, 2022, p. 19).

Além disso, examinamos as implicações que a política criminal de emergência produz sobre o sistema penal. Especificamente, por meio do direito penal de emergência e sua legislação de exceção; por meio do processo penal de emergência e sua reciclagem dos métodos e das técnicas típicos do sistema inquisitório; por meio dos megaprocessos criminais e sua estrutura espetacularizada; bem como, por meio do *lawfare* político, caracterizado pelo uso do direito penal para o atingimento de objetivos políticos.

Ademais, empreendemos uma tentativa de reconstrução do contexto da Operação Lava Jato, após sua deflagração no ano de 2014, chamando atenção para a sua influência no campo político legislativo, bem como apresentando suas origens e os seus exemplos de *lawfare* político.

Além disso, realizamos um estudo da biografia do ex-juiz e do ex-ministro Sérgio Moro, correlacionando algumas fases da sua carreira profissional com o projeto da Lei 13.964/2019. Tal análise, foi importante, inclusive, para podermos mapear a ideologia emergencial subsidiária do projeto. Além disso, abordamos o processo de aprovação da referida

disputa entre facções criminosas, foram contabilizados 09 mortos. Destaque-se que essa segunda rebelião ganhou projeção internacional pela brutalidade dos homicídios – que envolveram decapitações e até canibalismo –, os quais foram filmados pelos próprios presos. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2019-07-30/relembre-os-maiores-massacres-em-presidios-brasileiros.html>>. Acesso em: setembro 2021.

¹⁰ Em 29 de julho de 2019, no Centro de Recuperação Regional de Altamira-PA, um grupo de detentos pertencentes a uma facção criminosa denominada de “Comando Classe A”, deixou o Bloco A da prisão rumo ao setor conhecido como “Anexo”, onde se encontravam detentos pertencentes ao Comando Vermelho. Então, o grupo atacou o anexo e ateou fogo no lugar. O resultado disso foi o segundo maior massacre penitenciário do Brasil, em que se atingiu a incrível marca de 58 vítimas fatais, dos quais 41 foram mortos por asfixia e 16 decapitados. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2021/07/29/massacre-do-presidio-de-altamira-no-pa-maior-tragedia-carceraria-depois-de-carandiru-completa-dois-anos.ghtml>>. Acesso em: setembro 2021.

¹¹ No mês de janeiro de 2017, o Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ) abrigava 1.224 detentos no regime fechado, porém, com capacidade para somente 592 presos. O motim começou em decorrência de uma luta entre facções criminosas, sendo que os mortos eram integrantes do Primeiro Comando da Capital (PCC) e presos condenados por estupro. Foram contabilizados 56 corpos. Porém, inicialmente, o governo do Amazonas havia falado em cerca de 60 mortos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/05/27/massacre-em-2017-foi-o-maior-do-sistema-prisional-do-amazonas.ghtml>>. Acesso em: setembro 2021.

legislação no Congresso Nacional, com o escopo de evidenciar quais os pontos eram considerados mais importantes desde a política criminal e emergência.

Por último, foi realizado uma abordagem do novo desenho legislativo promovido pela Lei 13.964/2019 no campo da execução penal, com destaque para as mudanças legislativas ocorridas no âmbito da Lei de Execução Penal, do Código Penal, da Lei de Transferência de Presos para Presídios de Segurança Máxima e da Lei de Organizações Criminosas.

No segundo capítulo, buscamos analisar o garantismo penal, em alguns de seus eixos específicos, através das lentes do seu principal expoente, Luigi Ferrajoli. Primeiramente, empreendemos esforços no sentido de conceituar o que é garantismo. De onde foi possível perceber que garantismo, na sua principal acepção, significa *la legge del piú debole*, em oposição a *la legge del piú forte*, que prevaleceria em sua ausência.

Em seguida, foram tecidas considerações a respeito da matriz teórica garantista e sua relação com o constitucionalismo rígido. A partir de um diálogo, entre o sistema jurídico italiano e o sistema jurídico brasileiro, foi possível verificar a impactante aderência da teoria garantista ao constitucionalismo brasileiro. Após, fizemos uma incursão em três dos principais discursos de refluxo ao pensamento garantista no Brasil, a saber: a vulgarização do termo garantismo, o garantismo penal integral e a antibandidolatria.

Prosseguindo em nossa análise, foi realizada uma contra crítica aos discursos de fustigação ao garantismo penal, chamando atenção para a teoria dos direitos fundamentais elaborada por Luigi Ferrajoli, a qual situa os direitos de liberdade do indivíduo dentro da esfera de expectativas de não lesão por parte do Estado, bem como, da sua intrínseca com o conceito garantista de democracia substancial (esfera do não decidível).

Após a apresentação desses aspectos propedêuticos do garantismo, foram realizadas as análises no campo do estatuto epistemológico garantista, chamando a atenção para o caráter cognitivista e convencionalista da teoria de Ferrajoli. Bem como, opondo esses dois modelos ao estatuto epistemológico do autoritarismo, marcadamente inquisitório e substancialista. Outrossim, foi apresentado as vigas mestras do programa político criminal minimalista (garantista) e suas propostas no campo da execução penal.

No terceiro e último capítulo, a partir dos dados reunidos acima, nos debruçamos a responder o problema de pesquisa. O ponto de partida, para tanto, esteve no reconhecimento de que a emergência invade a execução penal como um projeto político autoritário que, em nome da segurança pública, subtrai direitos e objetifica pessoas. Por outro lado, o garantismo se coloca como um teoria constitucional subversiva dessa lógica, ao contrapor democracia substancial e autoritarismo.

Optamos, então, por empreender uma crítica de *lege ferenda* contra o modelo político criminal emergencial na execução penal, promovido pela Lei 13.964/2019. Primeiramente, evidenciando as tensões no espectro epistemológico e após no campo normativo, tomando como objeto de análise, em seguida, as disposições legais concretas que (re)desenharam a execução penal por meio dessa lei.

Derradeiramente, apresentamos uma das propostas mais radicais do pensamento de Ferrajoli, consistente em enfrentar o caos da execução penal com a abolição do próprio cárcere, mas não do direito penal, o que, dentro do programa teórico garantista, demanda uma explicação acurada, a fim de que não sejam feitas confusões entre a política criminal minimalista e o projeto político do abolicionismo penal.

Em relação à metodologia empregada, destacamos, com apoio nos ensinamentos de O’Leary (2019, p. 222), que a escolha de um determinado enfoque de pesquisa deve derivar diretamente da pergunta ou do problema. Segundo a autora, o pesquisador tem que buscar sempre o enfoque que seja mais adequado a sua investigação, haja vista que “um critério essencial deveria ser se o enfoque responderá melhor à sua pergunta de forma viável”. Logo, se determinado método não acrescenta nada à pergunta, significa que ele não deve ser adotado.

Ao analisar reiteradas vezes o problema, verificamos que o enfoque mais adequado para abordá-lo é o de natureza qualitativa, empreendida à partir da revisão de farta literatura disponível sobre os objetos de pesquisa.

Em razão da nossa opção metodológica, buscamos empreender uma revisão de literatura que tentasse cobrir ao máximo as variáveis de pesquisa, por meio de dados qualitativos.

Ademais, compreendemos não ser necessário realizar o levantamento de dados primários (por exemplo, entrevistas, grupos focais, estudo etnográfico), tendo em vista a abundância de dados secundários acerca do tema de pesquisa, especialmente, em relação à execução da pena privativa de liberdade no Brasil. Por isso, a análise de dados secundários poderá suportar o presente estudo, de sorte que, sobre os dados secundários coletados, procurar-se-á aplicar uma estratégia de análise sistemática¹², conforme o roteiro apresentado abaixo:

[...] o processo de análise qualitativa refletiva requer que os pesquisadores (1) organizem os seus dados brutos, (2) introduzam e codifiquem esses dados, (3) procurem o significado mediante análise temática, (4) interpretem o significado e (5) tirem

¹² A análise sistemática é uma síntese de estudos primários sobre um determinado assunto e que, por métodos reproduzíveis e transparentes, avalia criticamente e resume descobertas e resultados de estudos críveis. De acordo com Zina O’Leary (2019, p. 371), os passos básicos de uma análise sistemática consiste em: formular a pergunta de pesquisa, desenvolver e aplicar uma metodologia explícita e reproduzível, desenvolver e aplicar critérios claros de exclusão/inclusão, desenvolver e aplicar uma estratégia de busca explícita, avaliar criticamente a validade das descobertas nos estudos incluídos, análise das descobertas de estudos, por fim, síntese e interpretação dos resultados.

conclusões – tendo sempre em mente o quadro geral, isto é, as perguntas, os propósitos e os objetivos da pesquisa, as restrições metodológicas e a teoria” (O’LEARY, 2019, p. 412).

Com efeito, o tipo de raciocínio a ser utilizado para a análise dos dados qualitativos será o dedutivo. Como diz O’Leary (2019, p. 418), “partir dos dados brutos [...] rumo à compreensão relevante é um processo dependente da geração/exploração de temas pertinentes, temas estes que podem ser descobertos (mediante o raciocínio indutivo¹³) ou revelados (mediante o raciocínio dedutivo¹⁴)”.

Existe um paradigma dentro das ciencias sociais, como destaca a autora, de que a avaliação de dados qualitativos se adequa melhor ao raciocínio indutivo. Porém, a descoberta de temas não é a única opção da análise de dados qualitativos. Pelo contrário, no âmbito da pesquisa científica é plenamente possível ter em mente temas ou teorias predeterminadas que – após exame sistemático dos dados brutos ou da revisão de literatura – revelem novos aspectos do tema ou da própria teoria. Logo, ao invés de a teoria emergir dos dados brutos (raciocínio indutivo), sua geração depende de uma verificação progressiva desses dados (raciocínio dedutivo). É, portanto, o emprego de um raciocínio dedutivo que se coloca na base da opção metodológica feita na presente dissertação.

¹³ A lógica indutiva usa fatos individuais específicos para chegar a uma conclusão, princípio ou teoria geral. Na análise qualitativa, isso significa deixar seus dados brutos, contarem história e elaborar teoria a partir de suas observações e sua análise.

¹⁴ A lógica dedutiva usa a aplicação de um princípio abrangente para chegar a uma conclusão sobre um fato ou acontecimento individual específico. Na análise qualitativa, isso significa ter algumas ideias ou teorias em mente e examinar seus dados no intuito de confirma-las.

2. POLÍTICA CRIMINAL E EMERGÊNCIA NO BRASIL: DA OPERAÇÃO LAVA-JATO À LEI 13.964/2019

2.1. À procura de um conceito para Política Criminal de Emergência

Política é uma palavra polissêmica. Ela pode variar conforme as circunstâncias, ocasiões e os sujeitos que a enunciam.

Norberto Bobbio (1998, p. 954) explica que Política deriva da palavra *pólis* (do grego *politikós*), cujo significado está radicado em tudo o que diz respeito à cidade e, conseqüentemente, ao que é público, civil, urbano, social ou sociável. Seguramente, o termo Política se expandiu graças à influência da obra de Aristóteles, igualmente intitulada de *Política*, a qual é considerada como o primeiro tratado sobre a natureza, funções e divisão do Estado, e sobre as várias formas de Governo – com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo (BOBBIO, 1998, p. 954).

Modernamente, segundo Bobbio (1998, p. 954), o significado original da palavra Política foi sendo paulatinamente abandonado, substituído por outras expressões como “ciência do Estado”, “doutrina do Estado”, “ciência política”, “filosofia política” *etc.*, passando a ser comumente usada para indicar “a atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, têm como termo de referência a *pólis*, ou seja, o Estado”.

Enquanto a Ciência Política tomou para si a tarefa de estudar os fenômenos e as estruturas políticas a partir de metodologias empíricas e sistemáticas — apoiadas num amplo e cuidadoso exame dos fatos expostos em argumentos racionais —, a Filosofia Política tornou-se responsável por abordar a Política desde uma perspectiva deontológica; um dever ser político. Razão pela qual “tanto as construções racionais da ótima república, que deram vida ao filão das ‘utopias’, quanto as idealizações ou racionalizações de um tipo de regime possível ou já existente [foram] características das obras dos clássicos do pensamento político moderno (como Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Hegel)” (BOBBIO, 1998, p. 164).

Ainda segundo Bobbio (1998, p. 954), a Política pode ser pensada tanto como um sujeito, quanto um objeto social.

Em sua primeira acepção, ela diz respeito a atos da esfera política que vão desde a emissão de ordens ou proibições de alguma coisa, com efeitos vinculadores para todos os membros de um determinado grupo social, até o exercício de um domínio exclusivo sobre um determinado território — ou até mesmo na produção de uma legislação através de normas *erga omnes*.

Em sua segunda acepção, ela diz respeito a ações da esfera política que dizem respeito a conquista, manutenção, defesa, ampliação e robustecimento do poder estatal, chegando até a própria destruição ou modificação desse poder.

É o poder, inclusive, um dos objetos privilegiados da política. Não é à toa que Bobbio (1998, p. 954) afirma que “o conceito de Política, entendida como forma de atividade ou de práxis humana, está estreitamente ligado ao de poder”.

Segundo o autor, o poder político¹⁵ pertence à categoria do poder do homem sobre outro homem e não à categoria do poder do homem sobre a natureza (do qual temos a medicina, a física ou a engenharia). Ele se expressa de várias formas, isto é, como relação entre governantes e governados, entre soberano e súditos, entre Estado e cidadãos, entre autoridade e obediência.

Porém, existem várias formas de poder do homem sobre o homem, sendo o poder político apenas uma delas. O traço distintivo do poder político em relação às outras formas de poder (poder econômico, poder ideológico, poder de gênero) é a posse dos instrumentos mediante os quais se exerce a força física¹⁶: é o poder coator ou uma relação de força no sentido mais estrito da palavra.

Enfim, o que caracteriza o poder político é “a exclusividade do uso da força em relação à totalidade dos grupos que atuam num determinado contexto social, exclusividade que é o resultado de um processo que se desenvolve em toda a sociedade organizada, no sentido da monopolização da posse e uso dos meios com que se pode exercer a coação física” (BOBBIO, 1998, p. 956).

Não obstante, como dissemos acima, a possibilidade de recorrer à força seja o elemento que distingue o poder político das outras formas de poder, isso não significa que ele se resolva no uso da força; tal uso é uma condição necessária, mas não suficiente para a existência do poder político.

Daí porque é necessário a existência de limites em relação ao uso da força pelo poder político, pois em que pese a atividade coativa estatal não seja sempre obrigatória, na

¹⁵ De acordo com Gianturco (2019, p. 49-50), “não existe política sem poder. O poder é o fator mais importante da política, é o motor de tudo, é a essência e a variável independente da qual dependem todas as outras. Há muitas definições de poder, e, dependendo daquela que vamos utilizar, as implicações político-ideológicas são enormes. [...] Existem vários tipos de poder: o político, o econômico, o midiático, o estético, o criminal, o cultural, o militar, entre outros. Alguns desses poderes usam coerção. Outros utilizam só influência e persuasão. Enquanto o poder econômico usa sempre e só influência, o político usa coerção ou ameaça de coerção”.

¹⁶ Neste sentido, a clássica definição de Max Weber: “Por Estado se há de entender uma empresa institucional de caráter político onde o aparelho administrativo leva avante, em certa medida e com êxito, a pretensão do monopólio da legítima coerção física, com vistas ao cumprimento das leis”.

ausência de limites e vínculos ela degeneraria em puro arbítrio. Com efeito, esses limites variam de uma formação política para outra:

um Estado autocrático estende o seu poder até à própria esfera religiosa, enquanto que o Estado laico para diante dela; um Estado coletivista estenderá o próprio poder à esfera econômica, enquanto que o Estado liberal clássico dela se retrairá. O Estado todo-abrangente, ou seja, o Estado a que nenhuma esfera da atividade humana escapa, é o Estado totalitário, que constitui, na sua natureza de caso-limite, a sublimação da Política, a politização integral das relações sociais (BOBBIO, 1998, p. 957).

Ora, essas considerações iniciais permitem inferir que a Política é a ciência do controle e gestão do Estado. Ela faz isso mediante o poder político, cuja principal característica é o domínio dos instrumentos pelos quais se exerce a coação estatal; tudo isso dentro da perspectiva de poder do homem sobre o homem. Não obstante, tais relações de força estejam submetidas elas mesmas à limites e vínculos estabelecidos pela própria formação política prévia (no caso brasileiro, a democracia).

Conforme anotam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2019, p. 275), do entrecruzamento entre direito penal, ciência política e engenharia institucional foi que surgiu a Política Criminal.

Ela nasce no século XVIII não somente como uma primeira tentativa de racionalização do poder político de natureza punitiva, impondo a ele alguns limites e constrangimentos, mas também com o escopo de promover segurança pública e ordem para a sociedade burguesa recém emergente. Não por outra razão, naquela época, foi tomada como sinônimo de “doutrina da prática legislativa”.

Nilo Batista (2022, p. 14) aponta que a Política Criminal moderna foi concebida por Feuerbach como um conjunto de procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime; e foi essa concepção acrítica de aprimorar a eficácia do sistema penal¹⁷ que se generalizou. Para Nieves Sanz Mulas (2019, p. 15), a política governamental se realizaria por meio de diversas formas de atividade estatal, por exemplo, a política sanitária, a educativa, a de emprego, a de meio-ambiente, a urbanística, a econômica e assim sucessivamente.

Daí que uma dessas formas de atividade estatal seria a Política Criminal, isto é, o setor da política estatal na qual se tomariam as decisões com o escopo de prevenir e atuar diante dos delitos. Dessa maneira, “a Política Criminal seria a medida ou o conjunto de medidas

¹⁷ De acordo com Rubens Casara (2017, p. 46), por sistema penal ou sistema de justiça criminal, “entende-se o conjunto ordenado, ou propositalmente caótico, de agências estatais, leis, instituições, práticas e indivíduos unidos em torno do exercício do poder penal, isto é, tanto do poder de submeter o corpo quanto de determinar a conduta de outras pessoas. Nesse conceito, o significante ‘justiça’ desaparece para dar lugar ao significante ‘poder’. Aliás, o valor ‘justiça’ pode estar ausente no exercício concreto do poder penal”.

(jurídicas, sociais, educativas e econômicas) que adota uma sociedade politicamente organizada para prevenir e reagir diante do delito, para mantê-lo em quotas toleráveis” (SANZ MULLAS, 2019, p. 15).

Nilo Batista (2022, p. 19) interpreta a Política Criminal como ciência política do poder punitivo¹⁸. Em suas palavras, “a Política Criminal não passa de ser a ciência política de uma forma muito especial de poder, que é o poder punitivo. É nas entrelinhas da história da ciência política que podemos encontrar os grandes eixos da política criminal e não no seminário dos juristas”.

Contudo, em outra ocasião, o autor pondera ser a Política Criminal o conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. Logo, “segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da Política Criminal” (BATISTA, 2015b, p. 33).

O objeto imediato da Política Criminal seria, portanto, o poder punitivo e as agências governamentais encarregadas de sua distribuição social (o sistema penal). Assim como a “Ciência Política se ocupa do poder e de sua institucionalização governamental, a Política Criminal pretende privilegiar certa parte do poder, precisamente do poder punitivo” (BATISTA, 2022, p. 17). Nesse sentido, o horizonte de projeção da Política Criminal seria a própria programação criminalizante em razão do princípio da legalidade.

A tarefa da Política Criminal seria a de “conhecer o próprio sistema penal, e as funções – não só manifestas, mas principalmente as ocultas – que ele desempenha junto ao regime econômico e à organização social” (BATISTA, 2022, p. 16).

Da mesma maneira que a Ciência Política é responsável pelo controle e racionalização das decisões do Estado e do poder político, a Política Criminal se ocuparia das decisões do Estado no campo da criminalização de novas condutas ou pela descriminalização de outras, bem como, decisões sobre aspectos processuais e executórios, isto é, do pedaço do poder político que o interessa, a saber: o poder punitivo.

¹⁸ Ainda de acordo com Rubens Casara (2017, p. 47), o poder punitivo tem a tarefa de realizar, dentro das sociedades capitalistas, a gestão dos indesejáveis. Para o autor, “o poder penal, que antes relacionava-se com o mercado de trabalho, em uma quadra histórica na qual a relação entre o cárcere e a fábrica era inegável, uma vez que a pena era vista como uma medida correcional que visava preparar pessoas para a cultura do trabalho, hoje tem a finalidade política de neutralizar os inimigos e atender à razão neoliberal. O neoliberalismo, aliás, percebido como um modo de governar a sociedade, tem que recorrer ao poder penal para sustentar o projeto capitalista”.

E é aí que reside uma das grandes questões envolvendo a Política Criminal, qual seja: a sua porosidade ao poder político que o fundamenta. Sanz Mulas (2019, p. 16) situa muito bem essa questão ao afirmar que “a Política Criminal como aspecto da política geral, e, portanto, como exercício do poder, reflete claramente a ideologia de quem a desenvolve ; isto é, depende da forma do Estado, do modo de governo, e, em especial, se sua atuação está restringida pelos limites derivados do respeito aos direitos fundamentais”.

Segundo o autor, enquanto regimes políticos totalitários adotaram uma orientação Político Criminal voltada para a erradicação física de inimigos, tornando qualquer conduta criminosa como verdadeiro ato de *lesa majestade*, sendo seu único objetivo erradicar o crime, passando por cima – se necessário – por direitos e garantias fundamentais; regimes políticos democráticos, sobretudo aqueles baseados em constituições rígidas, teriam adotados políticas de limitação e contenção da violência estatal, por meio de programas alternativos ao poder punitivo. Investindo na concretização de direitos individuais e sociais, a Política Criminal abandonaria sua orientação punitiva paulatinamente (SANZ MULAS, 2019, p. 16-17).

Ocorre que, diferentemente do que sustenta o referido autor, a porosidade da Política Criminal não é apenas ao regime político declarado do Estado, mas – e talvez sobretudo – a elementos autoritários latentes no sistema político e jurídico do país.

Zaffaroni (2016, p. 173) percebeu essa dicotomia, inclusive, ao afirmar que o Estado de Polícia¹⁹, ou poderíamos dizer o Estado Autoritário, cresce dentro do próprio Estado de Direito e tende – conforme aumenta – a suplantá-lo por completo.

Eis o grande problema, a nosso ver, no campo da política criminal atual: a possibilidade do florescimento de uma ciência política do poder punitivo de corte eminentemente autoritário, dentro de um sistema político e jurídico declaradamente democrático, garantido – inclusive – por uma Constituição rígida e pródiga em direitos e garantias fundamentais.

É o caso da Política Criminal de Emergência.

Dentro da Ciência Política, emergência, exceção e crise são conceitos profundamente imbricados e, não raras vezes, tomados pelo mesmo significado. Isso porque, a emergência, segundo Fauzi Hassan Choukr (2002, p. 05), denota “aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados pela normalidade”; enquanto que a exceção, nos dizeres de

¹⁹ Pierangelo Schiera (1998, p. 409), a propósito do termo Estado de Polícia, afirma que “o termo em questão adquiriu seu significado técnico no campo historiográfico. [...] Ela remonta mais precisamente àqueles historiadores constitucionais alemães da metade do século XIX que, movidos por um compromisso político liberal burguês, correspondente ao ideal constitucional do "Estado de direito", entenderam contrapor a este, como fase antitética ou ao menos anterior ao desenvolvimento histórico das formas estatais, precisamente o 'Estado de polícia'”.

Rafael Valim (2018, p. 18), classicamente, “consistiria no momento durante o qual as regras jurídicas, previstas para períodos de calma, são transgredidas ou suspensas para o enfrentamento de determinado perigo”; a crise, por outro lado, anota Marilena Chauí (2019, p. 99), “é imaginada como um movimento da irracionalidade que invade a racionalidade do social e do político, gera desordem e caos e precisa ser conjurada para que a racionalidade (anterior ou outra, nova) seja restaurada”.

Ora, desde a Ciência Política, nota-se que as noções de emergência, exceção e/ou crise levam-nos a dizer que “a ‘conjuntura’ põe em risco a ‘estrutura’ ou, então, que a estrutura é inadequada para absorver a novidade ou lidar com o perigo” (CHAUI, 2019, p. 145).

Tais noções invadem o sistema democrático tentando plantar nele a semente autoritária e não obstante gozam de ampla capilarização social, razão pela qual Chauí (2019, p. 146) afirma também que “a ideia de crise é empregada para fazer com que surja diante dos agentes sociais e políticos o sentimento de um perigo que ameaça igualmente a todos, dando-lhes o sentimento de uma comunidade de interesses e de destinos, que os leva a aceitar a restauração de uma sociedade supostamente una, homogênea” e, conseqüentemente, autoritária.

Não é à toa que Levitsky e Ziblatt (2018, p. 94) afirmam ser a crise, a emergência e a exceção verdadeiros elementos de legitimação conjuntural do autoritarismo. Vários foram os discursos emergenciais na base de regimes políticos autoritários, desde crises de estrutura social, até crises da civilização ocidental.

Contudo, no Brasil, uma das formas de discurso emergencial com maior porosidade – o qual atravessa desde a ditadura varguista até a redemocratização – é o discurso de crise na segurança pública, capaz de fustigar direitos e garantias fundamentais previsto no próprio texto constitucional.

Com efeito, são as regras que positivam garantias individuais os primeiros a serem sacrificados no altar da emergência. Segundo Choukr (2002, p. 33), o sistema de garantias é colocado em xeque “quando confrontado com o discurso da necessidade de se enfrentar o caos, este normalmente identificado como a exteriorização da desordem, capaz de levar à ruptura definitiva do tecido social”.

Como se pode notar, todo esse discurso de caos está intimamente ligado ao conceito de emergência, apresentando um tom dramático e, por isso mesmo, ele é tendencialmente inclinado para o autoritarismo. O discurso emergencial é, portanto, sempre aquele do “algo precisa ser feito”.

Luigi Ferrajoli (2010, p. 649), olhando para a conjuntura italiana do final da década de 80, afirma que a cultura de emergência e a prática da exceção, antes mesmo das

transformações legislativas, foram as responsáveis pela involução do ordenamento punitivo italiano que “se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia”.

Para Ferrajoli (2010, p. 650), é da essência da emergência substituir o primado da razão jurídica, enquanto um conjunto de técnicas de controle racional das práticas e procedimentos persecutórios estatais, pela razão de Estado como critério informador do direito, do processo penal e – em última análise – da Política Criminal.

A razão de Estado, dirá Ferrajoli (2010, p. 650), “equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas à esta supraordenada”. Ou seja, a lei fundamental de toda emergência é a salvação e o bem do Estado.

Ela é a lei suprema que impregna todas as outras, aí compreendidas regras e os princípios gerais da política e da Justiça. Bobbio (1998, p. 962) complementa essa afirmação aduzindo que, por razão de Estado, entende-se “aquele conjunto de princípios e máximas segundo os quais ações que não seriam justificadas, se praticadas só pelo indivíduo, são não só justificadas como também por vezes exaltadas e glorificadas se praticadas pelo príncipe ou por quem quer que exerça o poder em nome do Estado”.

Foi, inclusive, Maquiavel (2006, p. 108) um dos primeiros no campo da Ciência Política a teorizar sobre a Razão de Estado. Embora não trate explicitamente ou conceitue o termo em sua obra, ele foi o responsável por estabelecer as bases programáticas do que será tomado (ainda que erroneamente) como verdadeiro mantra político (principalmente autoritário) nos séculos que se seguiram:

Deve-se entender que um príncipe [...] nem sempre pode observar tudo o que é considerado bom nos outros homens, sendo muitas vezes obrigado, para preservar o Estado, a agir contra a fé, a caridade, a humanidade e a religião.

E, mais adiante, Maquiavel (2006, p. 109) conclui dizendo que:

Na conduta dos homens, especialmente a dos príncipes, contra a qual não há recurso, os fins justificam os meios. Portanto, se um príncipe pretende conquistar e manter o poder, os meios que empregue serão sempre tidos como honrosos, e elogiados por todos, pois o vulgo atenta sempre para as aparências e os resultados [...].

Ocorre que, na base da emergência, opera uma política alicerçada na relação amigo e inimigo. Carl Schmitt foi um dos teóricos a perceberem e verbalizarem essa relação. Não por

outro motivo, Bobbio (1998, p. 959) esclarece que, para a concepção emergencial, “o campo de origem e de aplicação da Política seria o antagonismo e a sua função consistiria na atividade de associar e defender os amigos e de desagregar e combater os inimigos”.

Por meio da emergência a guerra é trazida para dentro da esfera política, subvertendo a democracia. Isso porque, conforme Malan (2019, p. 58), “a razão jurídica do Estado Democrático de Direito só conhece culpados e inocentes, não amigos e inimigos”.

Zaffaroni (2016, p. 138), em estudo seminal sobre o direito penal do inimigo, nos mostra a profunda ligação que existe no campo político entre o discurso emergencial e a guerra interna ou combate à figura do inimigo. Segundo autor, a própria emergência é o momento em que cabe definir e enfrentar a figura do *hostil*.

Por isso, toda teorização legitimadora do tratamento penal diferenciado para inimigos ou estranhos “baseou-se em emergências, ou seja, em ameaças à própria sobrevivência da humanidade e da sociedade, que assumiam o caráter de guerras e, por conseguinte, reduziam o direito penal ao direito administrativo e as penas à coerção direta” (ZAFFARONI, 2016, p. 138). O direito penal e a própria política assumiriam, assim, uma imagem bélica, voltados à erradicação de estranhos, *hostis* ou inimigos.

Tal constatação é de suma importância pois, como destaca Zaffaroni (2016, p. 18), a essência do tratamento dado ao inimigo consiste na negação jurídica da sua condição de pessoa. “Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho”.

Daí que, a distinção entre amigos (cidadãos) e inimigos (*hostis*) tem como escopo final privar estes últimos de certos direitos individuais. Ora, “não é somente a quantidade de direitos que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente um ente perigoso” (ZAFFARONI, 2016, p. 18).

Para sustentar o discurso bélico de perseguição ao inimigo, dirá Zaffaroni (2016, p. 57), a política de emergência se utiliza da técnica populista²⁰ de alimentar e reforçar os piores

²⁰ De acordo com Gianturco (2018, p. 115), “o governo às vezes pode ser levado a fazer propostas e projetos populistas para responder a demandas pontuais de algumas partes do eleitorado, para ganhar votos e apoio”. Já Ludovico Inosa (1998, p. 980), afirma que “podemos definir como populistas as fórmulas políticas cuja fonte principal de inspiração e termo constante de referência é o povo, considerado como agregado social homogêneo e como exclusivo depositário de valores positivos, específicos e permanentes”. Ainda segundo o autor, “Como representante, como quinta a essência do povo, é evocado aquele elemento social que parece menos contaminado por ingerências exteriores e que se pode identificar, em países predominantemente agrícolas, entre a população rural”.

preconceitos, estigmas e mentiras com o escopo de estimular publicamente o ódio social ao inimigo da vez.

Nesse sentido, “tanto o crime organizado como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incômoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções” (ZAFFARONI, 2016, p. 64).

A emergência, inclusive, promove a falácia de que o direito penal do inimigo afeta unicamente as garantias destes e de que ele é – efetivamente – eficaz contra aquelas fontes de perigo.

Nas palavras de Zaffaroni (2016, p. 119), diante da emergência, “imediatamente invoca-se o efficientismo penal, próprio do Estado autoritário e de sua razão de Estado, recolocando a opção tão reiterada quanto falsa entre eficácia e garantias, mediante a qual a única coisa que se pretende dizer é que, dessa forma, serão obtidas mais sentenças condenatórias”.

Em suma, a admissão do conceito de inimigo tanto no campo político quanto no campo jurídico representa, historicamente, “o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de Direito, posto que se trata apenas de uma questão de quantidade – não de qualidade – de poder. O poder do soberano fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é pessoa” (ZAFFARONI, 2016, p. 152/153).

Sem embargo, as considerações acima nos permitem uma aproximação ao próprio conceito de Política Criminal de Emergência, entendida como um programa político que, valendo-se da retórica de crise ou exceção, está inequivocamente voltada para a colmatação autoritária tanto da legislação quanto das agências do sistema penal. Trata-se de conferir, por meio de engenharia institucional, uma natureza radicalmente bélica ao poder punitivo. Forte na razão de Estado, sua primeira tática consiste em sacrificar direitos e garantias fundamentais no altar da segurança pública, pondo em marcha não apenas uma política – como afirmou Carl Schmitt – baseada na relação amigo/inimigo, mas também um sistema jurídico ancorado nessa dicotomia. Dada a sua capacidade de transitar entre regimes declaradamente autoritários e democráticos, é a Política Criminal de Emergência mais perigosa para o Estado de Direito que as supostas crises que ela se propõe a enfrentar.

2.2. Implicações político-criminais de emergência no sistema penal: ou sobre a fenomenologia emergencial

A Política Criminal de Emergência, fisiologicamente, se parece muito com o deus hindu da destruição, Shiva²¹, cujo corpo é formado de quatro braços, todos autônomos, mas ligados à uma matriz central (que é o tronco do próprio deus). Com efeito, o direito penal de emergência, a jurisdição de emergência, os maxiprocessos e o *lawfare* podem ser considerados como os braços concretos dessa forma de Política Criminal. Cada um deles assumindo a tarefa latente, mas decisiva, de implodir o Estado Democrático de Direito.

2.2.1. Direito penal de emergência

Segundo Ana Eliza Bechara (2008, p. 422), a terminologia Direito Penal de Emergência teve origem na Itália, para designar as modificações estruturais promovidas em seu sistema penal, a partir da década de 70 do último século, com o fim de combater – sobretudo – o terrorismo e o crime organizado. Segundo a autora, “tais modificações consistiram na reforma das leis penais existentes e na criação de novos dispositivos legais, visando o oferecimento de uma resposta estatal imediatista à então nova criminalidade, na esteira de um apelo social fortemente influenciado pelos meios de comunicação” (BECHARA, 2008, p. 422).

Ferrajoli (2010, p. 650) define o Direito Penal de Emergência como um conjunto de legislações de exceções²² que, por meio da derrogação implícita de garantias constitucionais, realiza uma profunda mutação no modelo clássico de legalidade penal (ancorado nos ideais de

²¹ Disponível em: <<https://www.significados.com.br/shiva/#:~:text=Shiva%20C3%A9%20um%20dos%20deuses,em%20quem%20pratica%20a%20atividade.>>. Acesso em: abril de 2022.

²² Com efeito, Ferrajoli (2010, p. 656) narra que a Itália viveu três fases de emergência penal: a) “numa primeira fase, que vai de 1974 a 1978, as leis excepcionais não tiveram qualquer relação com o terrorismo nem com a criminalidade organizada de forma geral. No entanto, em contraste com os princípios de Estado de direito, não são leis que incidem de maneira direta e significativa no tecido das garantias próprias do subsistema penal ordinário” (FERRAJOLI, 2010, p. 656). São exemplos dessa primeira fase, *La legge Bartolomei*, de 14.10.1974, com a qual foram estendidos os poderes policiais de investigação sumária e foi reintroduzido o interrogatório de polícia, ainda que com a presença do defensor, e *La legge Reale*, de 22.05.1975, a qual estendeu a prisão preventiva judiciária, o poder de perquirição pessoal sem mandado, alargou as medidas de confinamento e ampliou a faculdade de os agentes de polícia efetuarem disparos a fim de impedir o possível cometimento de crimes graves; b) numa segunda fase, que vai de 1979 até meados dos anos 80, vê-se que “é a magistratura, e não a polícia, que assume por inteiro o peso da luta contra o terrorismo e à qual se endereça a atenção e a sustentação das forças políticas” (FERRAJOLI, 2010, p. 658). São exemplos dessa segunda fase, as várias mudanças causadas no Código Rocco por *La legge Cossiga*, de 15.02.1979, pela lei sobre os arrependidos de 29.05.1982 e pelas várias leis e medidas em matéria carcerária; e, c) numa terceira fase, que vai de meados dos anos 80 para frente, vê-se a criação de toda uma legislação penal de exceção voltada não apenas a “combater” o terrorismo, mas também a máfia, o tráfico internacional de drogas e de armas, a alta criminalidade econômica e financeira, a corrupção política e administrativa. São exemplos dessa terceira fase, as leis “de 1981 quanto aos pequenos acordos, de 1982 quanto aos prêmios aos arrependidos, de 1986 quanto às medidas alternativas à pena e, enfim, as normas quanto ao interrogatório sem defesa e quanto aos grandes acordos contidos no novo Código de Processo Penal: o qual, então, por este aspecto, assinala o fim ao período de emergência e, por sua vez, a normalização de sua mais emblemática instituição” (FERRAJOLI, 2010, p. 659).

anterioridade²³ e taxatividade²⁴), solapando a segurança jurídica através da inserção, no direito, de um conjunto de figuras típicas elásticas e dotadas de sentidos variados que se prestam, pela sua própria indeterminação semântica, a serem usadas como “caixas vazias” dando corpo a hipóteses criminais elaboradas a partir da personalidade dos imputados.

Ora, quando a razão de Estado e o paradigma político do inimigo invadem o direito, percebe-se que a taxatividade penal vai cedendo espaço para “uma velha e nunca abandonada tentação totalitária: a concessão ontológica – ética ou naturalista – do crime como mal *quia peccatum* e não apenas *quia proihibitum*, e a ideia que se deva punir não apenas por aquilo que se fez mas por aquilo que se é” (FERRAJOLI, 2010, p. 651).

Podemos dizer que o Direito Penal de Emergência é excepcional à Constituição Federal pois subverte o caráter fragmentário e subsidiário da lei penal em prol de uma imagem bélica como instrumento político de segurança pública.

Nesse sentido, de acordo com Ferrajoli (2010, p. 650), são exemplos clássicos de figuras emergenciais “os delitos associativos – bandos armados, associação subversiva, insurreição armada contra os poderes do Estado, associação de tipo mafioso ou camorrista –, bem como, a categoria do concurso moral e a agravante da ‘finalidade de terrorismo’ como desvalor subjetivo da atividade delituosa”.

Como se pode notar, o liame que atravessa todos os tipos penais apontados acima é justamente a sua pouca verificabilidade pela acusação e sua parca capacidade de refutação por parte da defesa.

Assim, das características apontadas acima, podemos dizer que o Direito Penal de Emergência: *i*) não é um direito penal do crime, mas do autor; *ii*) não tem o mínimo respeito pelo princípio da taxatividade penal; e *iii*) possui um caráter simbólico, na medida em que tenta produzir no meio social um sentimento de tranquilidade e de um legislador atuante, não obstante a sua real ineficácia para o oferecimento de segurança pública²⁵.

²³ Nas palavras de Ferrajoli (2010, p. 301), “trata-se, mais precisamente, de uma regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito e que as leis somente dizem o que é delito (e não também o que é pecado)”.

²⁴ Segundo Ferrajoli (2010, p. 77), “quanto mais precisas sejam as definições dos pressupostos típicos abstratos ditados na lei, de conformidade como princípio de legalidade estrita, tanto mais determinados serão os pressupostos típicos concretos aos quais aquelas se referem e tanto mais nelas subsumíveis mediante proposições verdadeiras ou falsas e, antes mesmo, verificáveis e falseáveis. Compreende-se, por outro lado, como o princípio de legalidade estrita implica todas as demais garantias - da materialidade da ação ao juízo contraditório - como outras tantas condições de verificabilidade e de verificação e constitui por isso também o pressuposto da estrita jurisdicionalidade do sistema”.

²⁵ Bechara (2008, p. 413) afirma que a cultura de emergência e a prática da exceção “são responsáveis pela involução do ordenamento jurídico-penal, que se expressa na reedição, talvez em novos trajes, dos velhos modelos

2.2.2. Processo penal de emergência

O processo penal de emergência ou jurisdição de emergência, por sua vez, pode ser definido como o produto da degeneração no campo processual do modelo clássico de legalidade fustigado pelo paradigma político do inimigo e pela razão de Estado no âmbito do direito penal. E isto acontece através de uma verdadeira reciclagem dos métodos e técnicas típicos do sistema inquisitório.

Segundo Ferrajoli (2010, p. 452), podemos chamar um sistema processual de inquisitório quando “o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa”. Por outro lado, acusatório é “todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção” (FERRAJOLI, 2010, p. 452).

Nereu Giacomolli (2021, p. 479) informa, inclusive, que o sistema inquisitivo surgiu na “época da decadência do império romano, inicialmente de forma excepcional, até atingir o seu auge na idade média, sob influência dos procedimentos da inquisição. Nessa concepção, o imputado era considerado como objeto da prova, não havia clara divisão entre as funções de acusar e de julgar, mantendo-se o segredo e a escritura, com forte ativismo judicial”.

Camilin Marcie de Poli (2019, p. 55) complementa a afirmação acima ao dizer que o sistema inquisitório, na forma como é estudado hoje, teve origem no âmbito da Igreja Católica entre os séculos XII e XIII. Ele “foi criado e instituído como resposta defensiva à evolução como aquilo que se convencionou chamar de doutrinas heréticas. Entretanto, podem ser encontrados modelos processuais com características inquisitoriais em fase anterior, porém, não na sua forma pura”.

É necessário ressaltar, como faz a autora, que – não obstante – todas as características apontadas acima, a principal marca desse sistema está no fato de que “a gestão das provas está concentrada essencialmente nas mãos do magistrado, que as recolhe secretamente. A ele

próprios da tradição penal pré-moderna, como a adoção de práticas inquisitivas e métodos de intervenção típicos da atividade da Polícia”.

incumbe o mister de investigar, acusar e julgar em uma posição de superioridade perante o acusado que resta como mero objeto de verificação” (POLI, 2019, p. 107).

Este também é o diagnóstico de Jacinto Coutinho (2018, p. 37), o qual – em estudo seminal sobre o tema dos sistemas processuais penais – sustenta que o inquisitório “é o maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes, e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos”.

Na perspectiva do autor, é justamente a gestão da prova concentrada nas mãos do Juiz que permite com que ele se afaste do contraditório e saia em seu encaixe guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato. “Como crime e pecado passam a ser sinônimos, o processo é imaginado e posto em prática como um mecanismo terapêutico capaz de, pela punição, absolver” (COUTINHO, 2018, p. 42).

A própria lógica dedutiva desse sistema é amplamente arbitrária, na medida em que deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, “quicá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão. Estamos diante daquilo que Franco Cordero, com genialidade, chamou de *‘primatto dell’ipotesi sui fatti’*: o ponto central do sistema e sem o qual não é possível compreendê-lo na essência” (COUTINHO, 2018, p. 43).

Enquanto o sistema acusatório (próprio do Estado Democrático de Direito) favorece procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade, o sistema inquisitório tende a privilegiar estruturas judiciárias burocratizadas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz, autoritariamente (FERRAJOLI, 2010, p. 660).

Isso explica porque Choukr (2002, p. 40) afirma que o modelo processual empregado pela jurisdição de emergência em nada difere da ação dos demonólogos e inquisidores medievais, havendo tão somente o reavivamento das velhas técnicas, dos velhos medos, por outros mais avançados tecnologicamente. Nas palavras do autor, “a intolerância religiosa e a verdadeira ignorância que sustentaram a tortura e o desrespeito ao ser humano naquela forma de perseguição hoje se apresentam disfarçadas da necessidade de uma repressão mais eficaz aos delitos aludidos acima” (CHOUKR, 2002, p. 42).

Com efeito, baseado nas lições de Ferrajoli (2010, p. 660), podemos dizer que a inserção do discurso emergencial no campo processual penal assume um duplo sentido.

Inicialmente, ele transforma o processo em um momento de “guerra” ao crime e contra o criminoso. Abandona-se a perspectiva de um “processo informativo”, de busca indifferente dos fatos, em detrimento de um “processo ofensivo”, no qual – conforme assinalava

Beccaria (2005, p. 77) – “o juiz torna-se inimigo do réu, desse homem acorrentado [...]; não busca a verdade do fato, mas busca no prisioneiro o delito, e o insidia, e se considera perdedor se não consegue, e crê estar falhando naquela infalibilidade que o homem se arroga em todas as coisas”.

Depois, muda-se o próprio objeto do processo penal. Ou seja, vemos um progressivo decaimento de uma investigação imparcial de condutas e ações, em prol de um significativo alargamento dos julgamentos de personalidade, de status e de condições pessoais. Noutras palavras, na medida em que o processo carece de verificação empírica das hipóteses de acusação, abundam as técnicas inquisitivas de avaliação da subjetividade inimiga ou amiga do agente (uma espécie de processo penal do autor).

Essas duas modificações no âmbito da jurisdição permitem inferir que a introdução do paradigma político do inimigo e da razão de Estado no âmbito do direito e no processo penal vivifica a figura dos juízes justiceiros ou juízes policiais, órgão de extensão da segurança pública. É, inclusive, a sobredita contaminação policial²⁶ da jurisdição que Ferrajoli (2010, p. 662) denomina como a terceira grande deformação do processo penal, promovida pela Política Criminal de Emergência.

Todavia, há também uma última grande alteração operada pela Política Criminal de Emergência no modelo clássico de legalidade penal, a qual – poderíamos dizer – encontra-se no limiar entre o direito material e a jurisdição, isto é, na execução penal.

Consoante Ferrajoli (2010, p. 661), se, por um lado, a pena passa a ser predominantemente aplicada antes da condenação, na forma de prisão preventiva – assumindo uma posição pré-moderna de lugar de trânsito mais do que de expiação –, por outro lado, a sanção penal – quando aplicada ao fim do processo – perde muito do seu caráter abstrato, de certeza e de predeterminação legal, que eram próprios da pena privativa de liberdade no seu modelo liberal.

Ainda conforme o autor, “cárceres especiais, regimes especiais e diferenciados, tratamentos personalizados, classificações por graus de periculosidade, medidas alternativas e

²⁶ Nas palavras de Ferrajoli (2010, p. 663), “a primeira dessas diferenciações é a natural parcialidade da polícia em relação à imparcialidade institucional do juiz: as forças de polícia, tendo por missão descobrir e capturar os culpados, construindo profissionalmente as suas funções como “luta” contra a delinquência, e tendo desta maneira a tendência de considerar todos os suspeitos como culpados e inimigos. Uma segunda diferenciação é o caráter discricionário, porque principalmente preventivo, da missão de polícia: os aparatos policiais, especialmente na Itália, onde exercitam promiscuamente funções de polícia judiciária e de ordem pública, têm como tarefa primária a segurança coletiva contra delitos futuros mais do que a justiça dos casos individuais e passados; e seguem portanto estratégias flexíveis e mutáveis, não subordinadas aos rígidos vínculos legais e procedimentais que devem presidir a verificação judicial dos crimes. Existe, ainda, um terceiro caráter [...] que é próprio do poder policialesco: é a relação de sujeição e por vezes de prevaricação que este tende a estabelecer com o inquirido: uma relação que se consuma em segredo, e por isso pode-se transformar em ameaças, enganos, chantagens, e negociações realizadas ‘por debaixo dos panos’”.

outras formas de prêmios ou punições modelam a pena à personalidade singular do condenado” (FERRAJOLI, 2010, p. 661). Seguramente, a submissão do tratamento prisional ao paradigma político do inimigo, tende a exacerbar a severidade da pena aplicada conforme o grau de irreduzibilidade ou de arrependimento ou não recuperação ou de recuperação social de um detento singularmente considerado.

É assim, portanto, que “na pena legal de privação de liberdade pessoal se agregam penas nas penas ou, ao inverso, prêmios nas penas, uns e outros atípicos, extralegais e extrajudiciais, não mais vinculados ao delito senão ao réu, e discricionariamente dispensados por via substancialmente administrativa” (FERRAJOLI, 2010, p. 661).

Em suma, a Política Criminal de Emergência transforma o direito penal do fato em direito penal do autor; converte o processo penal em técnica (neo)inquisitória, bem como, marca a execução penal com regimes especiais e diferenciados, por meio da lógica amigo/inimigo, que deita raízes na obra de Carl Schmitt. Por isso, Ferrajoli (2010, p. 663) afirma que quando a jurisdição se rende à razão de Estado, ela mesma deixa de existir e dá lugar a outra coisa: “arbitrio policialesco, repressão política, regressão neo-absolutista do Estado a formas pré-modernas”.

2.2.3. Maxiprocessos criminais

O terceiro elemento da Política Criminal de Emergência é aquilo que Ferrajoli (2010, p. 661) denominou de megaprocessos criminais ou maxiprocessos, os quais, segundo o autor, representam “um terreno fértil para todo tipo de abusos de poder e ilegalidades”.

Diogo Malan (2019, p. 46) nos conta que “na perspectiva política, se afigura mais correto situar a origem dos megaprocessos criminais na ruptura paradigmática com o modelo haurido da tradição liberal [...], ocorrida na Itália durante as décadas de 1970 e 1980”. Assim como ocorreu com o Direito Penal, nas sobreditas décadas, a sedimentação de um caldo cultural de emergência (com leis antiterrorismo, antimáfia, anticrime organizado e anticorrupção) e de práticas judiciais de exceção levaram a Itália não somente a reeditar figuras típicas elásticas, mas também a pensar uma “nova” forma de inquisitorialismo em solo nacional²⁷.

²⁷ Diogo Malan (2019, p. 55) conta que “o exemplo paradigmático de megaprocessos criminais é aquele iniciado em Palermo (Itália) em 1986, cujos números superlativos impressionam: acusação contra 475 acusados de pertencer à organização criminosa de tipo mafioso denominada Cosa Nostra, 200 defensores técnicos, 349 audiências, 1.314 depoimentos, 114 acusados e absolvidos, 346 condenados a 19 penas de prisão perpétua e 2.665 anos de reclusão. O que viabilizou tal megaprocessos foram alguns fatores: (i) o rompimento do pacto de silêncio (omertà) que vicejava na própria Cosa Nostra e na sociedade siciliana como um todo, em razão dos acordos de colaboração premiada firmados por Tommaso Buschetta e Salvatore Contorno, os quais revelaram detalhes sobre a estrutura hierárquica

Ainda conforme o autor, os maxiprocessos são permeados de elementos metajurídicos, por exemplo. emotivos, ideológicos, sociológicos ou políticos, os quais “modificam as tradicionais funções processual e judicial: o juiz deixa de ser terceiro imparcial e desinteressado no resultado do processo tornando-se defensor das instituições sociais supostamente postas em causa pela criminalidade organizada” (MALAN, 2019, p. 50).

Malan (2019, p. 50) se refere a eles como sendo uma espécie de representação cênica, celebrada publicamente para atestar o poderio estatal de dominar o fenômeno criminal. “Tal representação é eleita por representar a exteriorização da força do Estado para enfrentar as formas de criminalidade mais graves ou temíveis” (MALAN, 2019, p. 50).

Por tais razões, poderíamos realizar uma aproximação ao conceito de maxiprocessos dizendo que são processos empregados (ainda que não declaradamente) como “instrumentos de luta contra a criminalidade organizada, em contexto cultural de emergência e práticas judiciárias de exceção, no qual acusador e julgador têm conotação partidária e há imputação de multiplicidade de delitos (de cariz associativo e crimes afins) a grandes quantidades de imputados” (MALAN, 2019, p. 50).

Nesse sentido, consoante Santoro e Tavares (2021, p. 50) as mais importantes características dos maxiprocessos são: “1) cobertura midiática massiva; 2) o gigantismo processual; 3) a confusão processual; 4) a mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal; 5) o incremento da utilização dos meios de investigação ou obtenção de provas”.

A primeira característica, denominada por Santoro e Tavares (2021, p. 50) de “cobertura midiática massiva” dos maxiprocessos, apresentam implicações sensivelmente especiais no campo da segurança pública, vez que – diferentemente da usual retórica do medo que inflama os telejornais diários – ele se vale de um discurso mais sofisticado: o da impunidade.

Tal retórica acarreta três consequências básicas: “(i) espetaculariza os eventos originados de investigações e processos criminais, (ii) confere publicidade opressiva aos julgamentos criminais interferindo no direito ao um processo justo e (iii) determina a agenda dos órgãos atuantes na justiça criminal” (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 50).

A segunda característica, identificada por Ferrajoli (2010, p. 661) como “gigantismo processual” se desenvolve, por sua vez, em três dimensões: horizontalmente, com

verticalizada, os integrantes, o quartel-general, o código de conduta e as atividades criminosas da Cosa Nostra; (ii) a introdução da figura típica de associação criminosa de tipo mafioso (associazione per delinquere di tipo mafioso) no artigo 416-bis do Código Penal pela Lei n.º. 646, de 1982 (Legge Rognoni-La Torre); (iii) a formação do chamado pool antimáfia, composto pelos juízes de instrução Giovanni Falcone, Paolo Borsellino, Giuseppe Di Lello e Leonardo Guarnotta, instituição que permitiu diluição do risco pessoal de cada um, a distribuição racional do trabalho, o compartilhamento de dados sigilosos entre eles e a preservação da memória histórica da investigação”.

abertura de grandes investigações contra vários de imputados, mediante prisões baseadas em frágeis indícios como primeiros e prejudiciais atos de instrução (FERRAJOLI, 2010, p. 661); verticalmente, com uma multiplicação da responsabilidade sobre cada imputado dos delitos adjudicados, com delitos associativos gerando imputações específicas e vice-versa, circularmente; e, temporalmente, com o prolongamento desmensurado dos processos que se arrastam frequentemente sem razão – às vezes com intervalos de anos –, acompanhados de prisões preventivas ou afastamento de direitos fundamentais por categorias processuais antes do efetivo julgamento (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 50).

A terceira característica, classificada por Santoro e Tavares (2021, p. 51) como “confusão processual” se apresenta de forma subjetiva (confusão processual subjetiva) e/ou objetiva (confusão processual objetiva).

Para os autores, “a confusão processual subjetiva se caracteriza quando a polícia exerce funções tipicamente judiciais ou quando o juiz exerce funções policiais, tal como a atribuição de tarefas e instrumentos investigativos aos julgadores”.

Já a confusão processual objetiva significa “uma confusão entre processos supostamente diversos ou entre processos e investigações, que terminam por tratar de temas ou fatos parcial ou quase integralmente idênticos, gerando novas investigações a partir de processos criminais” (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 51).

A quarta característica, segundo apontam os autores é a “mutação do modelo clássico de legalidade” operada no âmbito do Direito Penal de Emergência, cuja principal consequência – como foi apontado acima – é a flexibilização de figuras típicas penais como “caixas vazias” de precisão semântica (direito penal do autor), através da assunção do paradigma político do inimigo e da razão de Estado.

A quinta característica consiste no “incremento da utilização dos meios de investigação ou obtenção de provas”, segundo Santoro e Tavares (2021, p. 52). Para os autores, isso significa o manejo progressivo de meios emergenciais de obtenção de prova, pois eles se caracterizam por “serem instrumentos ou atividades extraprocessuais, que podem ser produzidos na fase investigatória, sem a participação do investigado e da defesa, mas com a participação do juiz baseado no fator surpresa, por isso, não há contraditório direto, não podendo serem repetidos”.

Logo, eles se destinam a fornecer um conjunto de informações centrais para o julgamento antes de serem aplicáveis ao imputado as garantias processuais, com a participação ativa do juiz, aproximando os maxiprocessos de uma lógica tipicamente inquisitiva, o que difere radicalmente dos meios de prova tradicionais, produzidos em juízo, sob o crivo do contraditório,

com a participação do acusado e sua defesa e, normalmente, passíveis de serem repetidos (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 53).

Ora, o elevado número de réus, o volume e a complexidade da carga probatória subjacente aos maxiprocessos são elementos capazes de empoderar sobremaneira aquilo que Malan (2019, p. 49) chama de verdadeiro “abuso do poder de acusar (*overcharging*)”, tornando-os um campo propício a todo um conjunto de violações ao direito de defesa dos acusados e até mesmo prerrogativas profissionais dos advogados.

No Brasil, Prates e Bottino (2019, p. 149) empreenderam um estudo pioneiro sobre essa questão. Ao longo de 01 (um) ano, os autores realizaram entrevistas qualitativas com onze membros do Ministério Público e nove advogados criminalistas, todos da região sudeste, com atuação profissional voltada quase que exclusivamente para maxiprocessos e grandes operações policiais, e ao final da pesquisa conseguiram mapear – através do relato desses juristas – algumas das principais implicações dos megaprocessos no âmbito do direito de defesa.

De início, verificou-se que o imenso volume probatório presente nos megaprocessos torna praticamente impossível o conhecimento de todos os aspectos relacionados aos clientes dos advogados.

Nesse sentido, “esta estrutura processual acaba por criar uma situação paradoxal na qual a própria carga probatória constitui um limite ao exercício de uma defesa plena, tendo em vista a quase que total impossibilidade de ciência da integralidade das provas que dizem respeito a seus representados” (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 150).

Outrossim, os advogados entrevistados relataram uma grande dificuldade de acesso à informação em se tratando especialmente dos dados oriundos do compartilhamento de prova, recurso habitualmente utilizado em maxiprocessos (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 151).

Isso porque, diante do seu gigantismo horizontal, várias investigações compartilham seus elementos de provas para a abertura de novos processos, contra novos réus, o que acarreta uma sistemática dificuldade de acesso a determinadas informações pela defesa e, quando não, implica numa falta tempo hábil para tomar conhecimento de todos os elementos de provas sobre os réus patrocinados (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 151).

Outros dois instrumentos utilizados no contexto dos maxiprocessos com fins de debilitamento do direito de defesa dos investigados, destacam Prates e Bottino (2019, p. 160), são o bloqueio de bens e, em menor grau, a prisão processual dos envolvidos.

O bloqueio de bens ensejaria uma limitação prática ao direito de defesa, na medida em que – muitas vezes – tem o objetivo velado de, infligindo uma sensível restrição patrimonial ao indivíduo, limitar a contratação de bancas advocatícias especializadas em processos deste

jaez, diminuindo, portanto, a qualidade da defesa técnica proporcionada aos investigados e acusados em maxiprocessos (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 160-161).

Já a privação preventiva da liberdade dos investigados, para além do seu inegável objetivo de fomentar colaborações por parte dos presos, suscita também uma limitação ao direito de defesa que é de duas ordens (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 163).

Primeiro, os advogados destacaram a dificuldade de construção de uma estratégia defensiva haja vista que muito da carga probatória dos maxiprocessos – sobretudo provas documentais – não pode ser analisada e discutida em conjunto com o cliente em razão das limitações decorrentes da sua prisão (não obstante previsão expressa no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil garantindo a comunicação pessoal e reservada com clientes presos) (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 163).

Segundo, os advogados mencionaram um sentimento de insegurança no que diz respeito à comunicação realizada com os clientes nas unidades prisionais, especialmente, nas de segurança máxima que ocorre por meio de parlatório (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 164).

Além disso, vários advogados – segundo os autores – falaram de maneira extremamente preocupada sobre os riscos de criminalização da prática da advocacia criminal oriundos da atuação no âmbito dos maxiprocessos. Eles relacionam, inclusive, o atropelo às prerrogativas da advocacia criminal e ao exercício do direito de defesa com a confusão que se faz sobre o papel da defesa de cúmplice dos investigados e a confusão que se faz do Jurisdição e do Ministério Público como órgãos de extensão da polícia (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 165).

Em suma, há nos maxiprocessos uma nova forma de presunção de culpabilidade, sem a qual eles não conseguem operar adequadamente. Trata-se de uma forma “mais sutil e cínica, condizente e coerente com as novas perspectivas políticas do autoritarismo no final da segunda década do século XXI” (SANTORO; DAMASCENO; CYRILLO *et al*; 2021, p. 190).

2.2.4. O *lawfare* político

O último braço da Política Criminal de Emergência é o *lawfare* político. Santoro e Tavares (2021, p. 49) frisam que “Luigi Ferrajoli jamais usou a expressão ‘*lawfare*’ ou qualquer referência a estudos sobre esse tema, mas é possível identificar aquilo que ele chama de subsistema penal de exceção como um dos instrumentos de *lawfare* político caracterizado como ‘instauração de persecuções criminais para alcançar objetivos políticos’”.

Isso nos mostra que “há uma identidade entre os fundamentos da intervenção punitiva no subsistema penal de exceção trabalhado por Ferrajoli e os fundamentos da intervenção

punitiva usada como instrumento de *lawfare*: os objetivos políticos” (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 49).

E, de fato, percebe-se que entre os maxiprocessos e o *lawfare* político existe uma relação de continente e conteúdo; nem sempre obrigatória, mas perfeitamente adequável, perfeitamente operacionalizável.

Não é à toa que diversos autores já identificaram os maxiprocessos como verdadeiros instrumentos de *lawfare* político, a exemplo do que ocorreu no Brasil no caso da famosa Operação Lava-Jato (SANTORO; DAMASCENO; CYRILLO *et al*; 2021, p. 13).

Se traduzirmos “*lawfare*” para o português veremos que a expressão corresponde à “guerra jurídica”, ou seja, uma sobreposição das palavras “law” e “warfare”. Conforme Erica Matos (2019, p. 227), desde uma singela mirada, *lawfare* assume o sentido de “uso do direito como um instrumento de combate a um oponente”.

A autora situa a origem do termo em um pequeno artigo escrito por John Carlson e Neville Yeomans em 1975, “em que se denunciavam aspectos individualistas e acusatórios do direito nas sociedades ocidentais, chamando tal fenômeno – de substituição de armas por leis – de *lawfare*” (MATOS, 2019, p. 228).

Contudo, o termo ganhou projeção internacional – num primeiro momento – dentro do contexto de segurança internacional.

De acordo com Matos (2019, p. 228), foi Charles Dunlap, Coronel das Forças Armadas dos Estados Unidos, quem primeiro descreveu o fenômeno do *Lawfare* como um substituto legal para os meios tradicionais militares, com alta capacidade de alcançar objetivos operacionais. Para ele, tal estratégia poderia ter bons ou maus propósitos; principalmente porque os Estados Unidos poderiam usar o direito internacional como um meio de resguardar a sua hegemonia global.

Todavia, foi no campo da judicialização da política que o *lawfare* se tornou uma questão incontornável para as Democracias contemporâneas.

Segundo Santoro e Tavares (2021, p. 36), isto acontece porque as disputas por espaços de poder, antes restritas à arena política, se expandiram cada vez mais para a arena jurídica, “não apenas pelo acesso dos políticos e partidos ao Judiciário com demandas sobre questões que estão até mesmo no dia a dia da vida parlamentar [...], mas também com a incidência da justiça penal sobre agente políticos, afetando diretamente questões políticas”.

Diante das considerações acima, com apoio em Matos (2019, p. 231), podemos conceituar *Lawfare* político como o “uso do direito – em sua totalidade, como instituições, leis,

estruturas, procedimentos, etc. – e de táticas nele não previstas para se alcançar um objetivo político que, normalmente, não se encontraria como finalidade comum àquele procedimento”.

Inclusive, Santoro e Tavares (2021, p. 37) indicam dois testes para que se reconheça se uma dada ação jurídica pode ser identificada como Lawfare político, a saber: a) “o autor (seja uma pessoa ou um grupo político) da ação deve usar o Direito para criar os mesmos ou similares efeitos àqueles tradicionalmente buscados pelas ações políticas” e; b) “a motivação do autor da ação ou de pessoas ou grupos políticos que utilizam a ação deve ser enfraquecer ou destruir um adversário político contra o qual o Lawfare está sendo manejado”.

Existem, nos dizeres de Santoro e Tavares (2021, p. 38), 06 (seis) instrumentos para a utilização do direito com fins políticos. O primeiro é a iniciativa de criação de novas leis que permitam a redução de garantias no âmbito das persecuções penais. Com efeito, embora nem lei ou propostas de lei que permita a redução de garantias no âmbito criminal tenha a finalidade de criar efeitos similares à ações políticas, o açodamento de direitos fundamentais permite a utilização prática dessas leis como arma de Lawfare político justamente por não conferir mais ao cidadão uma proteção constitucional contra os abusos judiciários (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 38).

O segundo é a iniciativa de criação de novas leis com tipificações abertas que permitam a adequação de condutas com finalidade de coibição de ações políticas tidas como criminosas ou que invertam o ônus probatório (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 40). Ou seja, projeta-se uma engenharia legislativa voltada para a construção de figuras típicas abertas e sem uma precisão semântica mínima. Trata-se, como verificamos acima, de um problema de mutação no próprio modelo clássico de legalidade, o qual é condição de possibilidade para o direito penal de emergência. Sem a afetação da legalidade, fica difícil para o discurso emergencial implementar seu programa político criminal.

O terceiro é a jurisdicionalização de discussões outrora essencialmente reservadas ao campo político. De acordo com Santoro e Tavares (2021, p. 41), “há certas atividades que embora sejam tradicionalmente reservadas ao âmbito da discussão política, vêm sendo jurisdicionalizadas”. Exemplo disto são as discussões a respeito da criação de leis no âmbito do parlamento que sempre foram matérias essencialmente políticas, mas que progressivamente estão sendo submetidas à apreciação dos tribunais. Há, portanto, uma tentativa de sobreposição do pronunciamento judicial sobre o debate político, especialmente, em questões que poderiam e deveriam ser resolvidas dentro do parlamento (SANTORO; DAMASCENO; CYRILLO *et al*; 2021, p. 32).

O quarto é reinterpretação criativa de leis existentes reduzindo a importância dos direitos humanos e fundamentais. Seguramente, uma das táticas mais poderosas quando falamos de Lawfare político reside, justamente, diante da falta de aderência do parlamento a uma reconstrução emergencial da legislação, conferir a ela uma interpretação de exceção. Nesta hipótese, sob a escusa de uma interpretação progressiva, conferem-se a dispositivos penais entendimentos incompatíveis com a Constituição Federal, ou mesmo tratados internacionais de direitos humanos (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 42).

O quinto é a instaurações de perseguições criminais para alcançar objetivos políticos. É importante, contudo, atentar que esse instrumento não diz respeito a uma simples perseguição pessoal, mas sim de um ato de controle político. Noutras palavras, o gigantismo processual horizontal opera aqui não apenas buscando punir inimigos, mas também a partir desses procedimentos pautar a própria agenda política por meio do silenciamento ou apagamento de adversários (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 43).

O último consiste na divulgação de perseguições criminais com a afetação de imagens pessoais para alcançar objetivos políticos (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 44). Neste ponto, é preciso ressaltar a profunda ligação que existe entre *lawfare*, maxiprocessos e mídia.

Como bem aponta Matos (2019, p. 232), “a mídia se tornou importante instrumento de legitimação do *lawfare* [...], seja para conferir legitimidade às ações jurídicas tomadas, seja para contribuir com a destruição da imagem do inimigo, e também para vangloriar a imagem do autor do *lawfare*”.

Marcus Alan Gomes (2020, p. 66) explica que “a imprensa deve ao ideário iluminista o papel de mediadora do processo comunicativo social. Aliás, ela foi modelada para esse fim pelas revoluções liberais burguesas, que lhe outorgaram o encargo de fiscalizar o poder político, como verdadeiro *watchdog* (cão de guarda) das instituições democráticas”.

O autor afirma também que, enquanto *watchdog* da democracia (assim como os partidos políticos, as organizações não governamentais, sindicatos e *etc.*), cabe a ela fiscalizar o exercício do poder, principalmente, para: “a) informar a sociedade e permitir que ela decida, pelas vias democráticas, sobre o seu destino político; b) viabilizar, como fiscal, a limitação do poder, o que implica um atento controle dos excessos e desvios nas decisões políticas” (GOMES, 2020, p. 137).

Ocorre que, a história recente demonstra uma significativa mudança na seara midiática e informacional, isto é, “a informação e o seu conteúdo político, econômico e cultural cederam espaço ao inusitado, ao escandaloso, ao espetacular” (GOMES, 2020, p. 56), de sorte que a função da mídia jornalística nas sociedades contemporâneas não é mais somente informar,

porém – e principalmente – entreter. E é nesse contexto que o sistema penal aparece como um campo de possibilidades tanto jornalísticas, quanto de entretenimento.

Gomes (2020, p. 57) anota que a lógica da espetacularização, nas últimas décadas, tem transformado o direito e o processo penal numa mercadoria cara aos conglomerados midiáticos. Com o seu alto apelo social, “o conflito penal é transformado em espetáculo, não importa quem esteja envolvido – pessoas comuns, empresários, políticos, ou os estigmatizados de sempre pelas instâncias de controle social – e o que há de relevante no fato, pois muitas vezes há, torna-se secundário e acaba banalizado pelas caricaturas criadas midiaticamente” (GOMES, 2020, p. 57).

Eis que a espetacularização do processo penal – conforme aduz Rubens Casara (2017, p. 178) –, ao abraçar os enredos baseados em violência policial e prisional como forma de manter e agradar o grande público, cria um ambiente de indulgência e cumplicidade com a violação sistêmica de direitos fundamentais por parte de agentes do sistema penal. Muitas vezes, atos declarados de abuso, são aplaudidos midiaticamente como “guerra ao crime”.

Obviamente, os maxiprocessos se aproveitam dessa dinâmica e jogam com a opinião pública(da) a fim de legitimar as diversas formas de gigantismo processual.

Entretanto, o ponto central de observação para a compreensão da íntima conexão entre o *lawfare* político e a mídia está em compreender o seu papel decisivo de porta-voz da ideologia política dos setores economicamente dominantes.

Esse é o diagnóstico de Gomes (2020, p. 58), o qual afirma que “a imprensa acaba se constituindo num significativo meio de reprodução de discursos ideológicos, que tentam explicar o que não pode mais ser visualizado e vivido como experiência direta por grande parte dos cidadãos, principalmente pelos trabalhadores”.

Jessé Souza (2019, p. 226) aponta a mesma questão ao aduzir que “a história da sociedade brasileira contemporânea não pode ser compreendida sem que analisemos a função da mídia e da imprensa conservadora”.

De fato, os conglomerados midiáticos possuem, enquanto empresas privadas e agentes ideológicos, o poder de pautar o debate político num nível macro estrutural. Isto é o que se denomina, inclusive, de seletividade informacional ou *agenda setting*.

Conforme Gomes (2020, p. 78), os meios de comunicação são seletivos na definição de sua agenda, ou seja, eles escolhem o que deve ser divulgado ao público, aquilo que vai se tornar notícia, de modo que “essa seletividade da mídia aprofunda a do sistema penal, já tão marcante tanto na criminalização primária quanto na secundária”.

A agenda *setting*, traduzida para a linguagem do *Lawfare*, é exatamente a possibilidade que a mídia tem alterar significativamente o cenário político por meio da transmissão ostensiva de maxiprocessos criminais, elegendo inimigos políticos e apresentando alternativas a esses ditos inimigos. Ou seja, ideologicamente, ela apresenta a emergência (que quer) e dá a solução (que deseja).

Certamente, não há como pensar um *lawfare* de sucesso sem a cobertura dos meios de comunicação. É justamente a divulgação sistemática de operações policiais, audiências criminais, interrogatórios e conduções coercitivas, com o emprego de imagens impactantes de réus/investigados e comentários ácidos de jornalistas “com opinião”²⁸, que gera um ambiente de hostilidade às garantias individuais e vinda os olhos das Cortes de Justiça para o uso do direito como arma política.

É preciso destacar, ainda, que o *lawfare* político não é um elemento assim tão novo na história da América Latina, em geral, nem na história do Brasil, em particular. Pelo contrário, Levitsky e Ziblatt (2018, p. 14) identificam alguns exemplos emblemáticos do uso do direito como arma política em países latino-americanos, principalmente, durante a segunda metade do século XX.

O mais exemplo contundente, segundo os autores, foi a queda de Salvador Allende no Chile em 1973. Allende, candidato do partido Unidade Popular, venceu Radomiro Tomic, candidato do Democracia Cristã, em uma eleição marcada por uma acirrada polarização. Embora comprometido com a democracia, o recém empossado presidente teve de lidar com um parlamento majoritariamente conservador e, por isso mesmo, hostil ao seu conjunto de propostas socialistas.

Desde o começo de seu mandato, Allende teve que lidar com estratégias de *lawfare* político por parte da extrema direita, sobretudo em face do partido Pátria e Liberdade, que tentou impedir o seu governo por meio de uma reinterpretação criativa de um dispositivo da Constituição chilena, o qual – segundo o partido – admitiria a escolha do Presidente pelo Congresso caso nenhum dos candidatos tivesse ao menos 50% (cinquenta por cento) dos votos. Allende tinha alcançado 36% (trinta e seis por cento).

Como a primeira ofensiva jurídica não deu certo, a extrema direita chilena tentou inviabilizar o governo de Allende impugnando, com base na Constituição, todas as indicações

²⁸ Levitsky e Ziblatt (2018, p. 116) mencionam, inclusive, o nascimento dos complexos de entretenimento conservador, como estações de rádio, redes de televisão serviços de *streaming* e etc., dentro os quais temos o exemplo privilegiado da *Fox News* norte-americana.

do Presidente aos cargos de ministros de Estado. De acordo com Levitsky e Ziblatt (2018, p. 115), o objetivo era “não permitir que Allende marcasse um gol sequer”.

Ocorre que o governo não admitiu as ofensivas e adotou uma postura intransigente com a oposição, o agravou a o clima de tensão política e iniciou uma série de pedidos de *impeachments* contra o Presidente. Allende resistiu ao *lawfare* por quase todo o ano de 1973, porém, em setembro, vendo a grande dificuldade que era derrotá-lo institucionalmente, a extrema direita chilena conseguiu aprovar uma resolução no Congresso Nacional declarando que “o governo era inconstitucional” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 116).

Salvador Allende foi morto no dia 11 de setembro em um ataque de caças *Hawker Hunter* sobre La Moneda (Palácio presidencial chileno). Foi assim que o *lawfare* político fez uma das suas primeiras vítimas dentro da América Latina.

Entretanto, o uso do sistema penal para essa finalidade pode ser evidenciado com maior nitidez nos exemplos da Argentina e da Venezuela. Na Argentina, Juan Peron mobilizou o Poder Judiciário contra seu principal opositor político, Ricardo Baldín, que foi preso simplesmente por “desrespeitar” o presidente durante a campanha eleitoral. “Baldín ainda apelou à Suprema Corte, mas, como Perón havia alterado sua composição em seu favor, não teve sequer uma chance” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 86).

Na Venezuela, por sua vez, o governo de Hugo Chávez desencadeou uma “investigação sobre irregularidades financeiras cometidas pelo proprietário da emissora Globovisión, Guillermo Zuloaga, forçando-o a fugir do país para não ser preso. Sob intensa pressão financeira, Zuloaga finalmente vendeu a Globovisión para um empresário simpatizante do governo chavista” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 87).

Na história brasileira, conforme aponta Matos (2019, p. 234), abundam exemplos de “ocasiões em que o Direito, a legislação ou a justiça criminal foram utilizados como forma de atingir fins políticos, econômicos e sociais, como materialização do poder de dominação, em completa dissonância com o objetivos e fundamentos da República Brasileira enunciados na Constituição Federal”

Ocorre que a prática do *lawfare* político, em solo brasileiro, ganhou maior evidência recentemente, num contexto de investigações e operações judiciais contra atores políticos, no âmbito da já mencionada Operação Lava-Jato.

Nas palavras de Matos (2019, p. 235), “com forte apelo popular, haja vista se tratar de uma grande investigação envolvendo funcionários públicos e políticos, os condutores da Operação se tornaram uma espécie de celebridade na luta contra o crime organizado, sempre ancorados na grande mídia”.

E, de fato, a Operação Lava-Jato não é somente o seu exemplo mais destacado em terras brasileiras; foi também a união perfeita entre maxiprocessos, discurso de emergência e *Lawfare* político. É a partir dela que podemos compreender uma das principais construções emergenciais em vigor no país hoje, a saber: o conjunto de implicações legislativas no campo da execução penal, promovidas pela Lei 13.964/2019; fruto direto do pensamento e da práxis lavajatista.

2.3. Ponto de ignição: a Operação Lava Jato e suas manifestações emergenciais

Verdadeiramente, “não é de hoje que o estado brasileiro adota uma política penal de exceção, contrária às noções de democracia e cidadania, e que coloca a ‘questão social como caso de polícia’” (PASTANA, 2013, p. 35). Com efeito, antes mesmo da Operação Lava-Jato observa-se uma forte adesão do executivo, do legislativo e do judiciário ao programa político de endurecimento punitivo.

Casara (2017, p. 75) afirma que, desde a redemocratização, a Política Criminal de Emergência tem progressivamente orientado a engenharia institucional, a legislação e os órgãos que compõe as agências do sistema penal brasileiro²⁹.

Todavia, embora possamos reconhecer que a Operação Lava-Jato não iniciou, no Brasil, a Política Criminal de Emergência, não há como negar, que o lavajatismo a inseriu numa nova fase, mais pujante e descontrolada. Por isso, podemos dizer que, em relação à emergência, a Operação Lava-Jato serviu de verdadeiro ponto de ignição, haja vista que – na linguagem da física – ponto de ignição não significa apenas uma queima inicial de combustível, mas sobretudo uma queima acelerada.

Essa afirmação é possível de ser comprovada mediante, por exemplo, a análise da série histórica da produção legislativa em matéria criminal antes e depois do ano de 2014, ou seja, antes e depois da deflagração da Operação Lava-Jato.

Campos e Azevedo (2020, p. 08), em investigação sobre esse tema, afirmam que “o exame da legislação aprovada em segurança pública e justiça criminal por ano aponta que, de 1989 a 2016, o maior número de aprovações ainda ocorre nos primeiros anos em que governos diferentes assumiram o poder”.

²⁹ A título de exemplo, a autora cita uma pesquisa realizada no ano de 2007, cujo resultado constatou que entre 2004 a 2007, dos 646 projetos de Lei que tratavam sobre alterações normativas no campo penal, apenas 20 deles destinavam-se a relaxar alguma figura delitiva; todos os outros tinham por escopo agravar penas, regimes e restrições (PASTANA, 2013, p. 40).

Na medida em que, no primeiro ano, tanto do governo Lula (2003) quanto do governo Dilma (2012), foram aprovadas – respectivamente – 10 e 11 leis sobre segurança pública e justiça criminal, nota-se que no restante do período de mandato a série histórica reduzia brusca e abruptamente para uma quantidade variável de uma a quatro legislações penais aprovadas ao ano.

Ocorre que, se fizermos o mesmo recorte entre os anos de 2014 (instauração da Operação Lava-Jato) e 2019 (indicação de Sérgio Moro para o cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública), perceberemos que o número de leis criminais aprovadas ao ano não diminuiu mais.

Em consulta ao banco de dados do Senado Federal (*Normas.leg.br* – “As normas federais na linha do tempo”) pode-se constatar – em consonância com Campos e Azevedo (2020, p. 08) – que no ano de 2014 foram aprovadas 2 leis criminais; no ano de 2015 foram aprovadas 5; no ano de 2016 foram aprovadas 5; no ano de 2017 foram aprovadas 5; no ano de 2018 foram aprovadas 15 e no ano de 2019 foram aprovadas 13, sendo a Lei 13.964/2019 a penúltima delas.

Temos, então, um total de 45 leis sobre segurança pública e justiça criminal entrando em vigor no ordenamento jurídico dentro de um intervalo de apenas 06 anos³⁰. Ou seja, uma verdadeira usina de legislações criminais pós-deflagração da Lava-Jato.

Ora, como se pode notar, esse incremento do sistema penal não foi mera coincidência. Ele ocorreu porque a Lava-Jato representou um marco não apenas do ponto de vista jurídico penal, mas, sobretudo, político. Tratou-se de uma operação policial que – efetivamente – conseguiu alterar todo o panorama governamental e, literalmente, submeteu o debate político pós 2014 às suas pautas (como se observa da própria quantidade de leis criminais aprovadas durante os tempos áureos do lavajatismo) (FERREIRA *et al*, 2018, p. 60).

Não por acaso se dizia que a Operação Lava-Jato era a Política dentro do Judiciário, ao mesmo tempo em que ela foi o Judiciário pautando a Política. E a pauta era: criminalização (KERCHE; MARONA, 2022, p. 199).

Segundo Prates e Bottino (2019, p. 146), não obstante hajam exemplos de outros megaprocessos criminais no Brasil, como o “Caso Mensalão”, “Castelo de Areia”, “Operação Pecúlio” e “Operação Satighara”, nenhum deles foi mais paradigmático que a Operação Lava-Jato, tanto nos seus métodos, quanto nos seus resultados.

A Lava-Jato soube manejar, com maestria, todos os quatro braços da Política Criminal de Emergência: desde o direito, o processo penal de exceção, os maxiprocessos, até o

³⁰ Disponível em: <<https://normas.leg.br/busca?q=&anoInicial=2014&anoFinal=2019>>. Acesso em: 06/06/2022.

lawfare político; e isto se manifesta, inclusive, nos números superlativos que a Operação colheu ao longo dos seus anos de sua tramitação, a saber:

Em Curitiba, foram 130 denúncias apresentadas; 179 ações penais; 174 condenados (1ª e 2ª instâncias); 209 acordos de colaboração premiada; 17 acordos de leniência; 163 prisões temporárias; 132 prisões preventivas; 1.450 buscas e apreensões; 211 conduções coercitivas; 138 acordos de colaboração homologados no STF em atuação conjunta com a Procuradoria Geral da República; R\$ 4,3 bilhões de reais revertidos aos cofres públicos (Petrobras, União *etc*) e R\$ 2,1 bilhões de reais previstos em multas compensatórias decorrentes de acordos de colaboração premiada.

No Rio de Janeiro, foram 104 denúncias apresentadas; 104 ações penais; 183 condenados (1ª e 2ª instâncias); 180 acordos de colaboração premiada; 9 acordos de leniência; R\$ 4,4 bilhões de reais em bloqueios requeridos nas ações de improbidade administrativa e R\$ 3,8 bilhões de reais em multas compensatórias decorrentes de acordos de colaboração premiada.

Enquanto que, em São Paulo, foram 9 denúncias apresentadas; 9 ações penais; 4 condenados (1ª e 2ª instâncias); 10 acordos de colaboração premiada; 2 acordos de leniência; 3 ações de improbidade; 89 denunciados e 223 procedimentos judiciais ainda em andamento.

Nesse sentido, de acordo com Kerche e Marona (2022, p. 96), três elementos emergenciais marcariam a Operação Lava Jato desde a sua estreia: 1) a mobilização de um contingente expressivo da força policial; 2) a autorização, por Sérgio Moro, da utilização indiscriminada de mecanismos investigativos invasivos (prisões preventivas, conduções coercitivas, busca, apreensão e sequestro de bens, bloqueio de valores, *etc.*); 3) o controle sobre a narrativa acerca da própria atuação, por meio da concessão de entrevistas coletivas articuladas às fases da operação.

2.3.1. O que foi a Operação Lava-Jato?

De acordo com o Ministério Público Federal³¹ (MPF), a Operação teve início em março de 2014 sob a direção da 13ª Vara Federal de Curitiba, órgão jurisdicional do qual Sérgio Moro figurava como juiz titular.

A narrativa principal é que a apuração teve como alvo a ação de quatro supostas organizações criminosas, que contando com a participação de agentes públicos, empresários e “doleiros”, eram responsáveis pelo cometimento de diversas ilegalidades contra a Petrobrás,

³¹ Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em: abril de 2022.

maior estatal do país, por meio da celebração de contratos vultosos, como o de construção da usina nuclear Angra 3.

Ainda consoante o MPF, grandes empreiteiras organizadas na forma de cartéis pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos, as quais variavam entre 1% a 5% do montante total de contratos superfaturados. Então, o suborno era distribuído por meio de operadores financeiros; muitos deles, investigados na primeira etapa da Operação.

A dinâmica dos supostos crimes era a seguinte: com o fim de fraudar as mais diversas licitações lançadas pela Petrobrás, as empreiteiras investigadas se cartelizaram numa espécie de “clube” para substituir a concorrência real por uma aparente³². Os preços que eram oferecidos à Petrobrás já eram todos calculados em reuniões secretas anteriores, nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal.

Nas palavras do MPF, “o cartel tinha até um regulamento, que simulava regras de um campeonato de futebol, para definir como as obras seriam distribuídas. Para disfarçar o crime, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a distribuição de prêmios de um bingo”.

Desse modo, como as empreiteiras precisavam garantir que apenas aquelas que faziam parte do cartel fossem convidadas para as licitações, era conveniente cooptar agentes públicos. Assim, os funcionários não só se omitiriam em relação ao cartel (do qual tinham conhecimento), como também o favoreciam, através da restrição de outras empresas convidadas e garantindo a vitória das cartelizadas.

Para tanto, eram feitas negociações diretas injustificadas, celebravam-se aditivos desnecessários e com preços excessivos, aceleravam-se contratações com supressão de etapas relevantes da licitação e vazavam informações sigilosas, a fim de garantir que tão somente as empresas participantes do Cartel fechassem os contratos com a Petrobrás.

Os “lavadores de dinheiro” ou “operadores financeiros” eram responsáveis não só por intermediar o pagamento da propina, mas especialmente por entrega-la disfarçada de dinheiro limpo aos beneficiários. Primeiramente, o dinheiro ia das empreiteiras até o operador financeiro, de modo que o repasse era feito em espécie, por movimentação no exterior e por meio de contratos simulados com empresas de fachada. Depois, o dinheiro ia do operador

³² Rodrigues (2020, p. 119) alerta que “a despeito da constante referência ao ‘clube das empreiteiras’ e ao desvio de recursos públicos em licitações fraudadas, mencionadas doze vezes no site da força-tarefa do Ministério Público Federal no Paraná, que também cita quinze vezes o crime de cartel, houve apenas uma ação com acusação da prática de cartel (sete réus) e duas envolvendo crimes de licitação (dez réus), uma delas não relacionada com a Petrobras e nenhuma das três julgadas até dezembro de 2018”.

financeiro até o beneficiário em espécie, por transferência no exterior ou mediante pagamento de bens.

O núcleo político das investigações, por sua vez, seria formado por agentes que integravam ou estavam relacionados a partidos políticos responsáveis por indicar e manter os diretores da Petrobrás, em troca de vantagens financeiras indevidas. Segundo o MPF, as principais indicações teriam ocorrido no âmbito das diretorias de: *i)* Abastecimento, ocupada por Paulo Roberto Costa, entre 2004 e 2012, indicado pelo PP, com posterior apoio do MDB; *ii)* Serviços, ocupada por Renato Duque, entre 2003 e 2012, indicado pelo PT; *iii)* Internacional, ocupada por Nestor Cerveró, entre 2003 e 2008, indicado pelo MDB.

Em relação ao núcleo político da Operação, especificamente, esses foram os três grandes partidos investigados pela Lava-Jato (embora em alguns momentos as apurações tenha recaído sobre outros agentes públicos esparsos e integrantes de outros partidos políticos³³). Contudo, o foco principal em relação a este núcleo foi o Partido dos Trabalhadores pois, oficialmente, era ele quem estava na direção do governo federal entre os anos de 2003 a 2016.

Ao todo, segundo Rodrigues (2021, p. 119), as acusações no âmbito da Operação Lava Jato giraram ao redor de 22 crimes, sendo os mais recorrentes: lavagem de dinheiro (337 pessoas em 515 acusações), organização criminosa (170 pessoas em 178 acusações), corrupção ativa (173 pessoas em 165 acusações), corrupção passiva (91 pessoas em 157 acusações), associação criminosa (66 pessoas em 66 acusações), evasão de divisas (37 pessoas em 57 acusações), operação não autorizada de instituição financeira (31 pessoas em 32 acusações) e gestão fraudulenta de instituição financeira (39 pessoas em 32 acusações).

Além disso, conforme o MPF, a Lava-Jato teria sido uma Operação tão grande e tão complexa, desde o ponto de vista político e econômico, que foram abertas frentes de investigação em vários estados, como Rio de Janeiro, São Paulo e Distrito Federal. Além de serem instaurados inquéritos junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), para apurar os casos em que agentes políticos tivessem prerrogativa de função.

³³ Vide a Operação Furna da Onça, um dos desdobramentos da 56ª fase da Operação Lava-Jato, na qual o Ministério Público Federal ampliou investigação na Alerj com a prisão de 10 deputados estaduais e outros 12 alvos, entre ex-secretários de Estado, atuais e ex-assessores na Alerj e dirigentes do Detran. O MPF, Polícia Federal e Receita Federal deflagraram operação para apurar a participação dos deputados em esquema de corrupção, lavagem de dinheiro, loteamento de cargos públicos e de mão de obra terceirizada, no Detran/RJ e outros órgãos estaduais. Além dos três réus da Operação Cadeia Velha (Jorge Picciani, Paulo Melo e Edson Albertassi, do MDBRJ), foram investigados os deputados estaduais André Correa (DEM), Chiquinho da Mangueira (PSC), Coronel Jairo (SD), Luiz Martins (PDT), Marcelo Simão (PP), Marcos Abrahão (Avante) e Marcus Vinicius 'Neskau' (PTB). Outro alvo foi o deputado federal então recém-eleito Vinicius Farah (MDB), ex-presidente do Detran. Pg. 42 da material Op. Lava-Jato.

Enquanto o núcleo da Lava Jato em Curitiba ficou responsável relacionados à Petrobras, no Rio de Janeiro ficaram os casos relacionados a ilícitos contra a Eletronuclear (Usina Angra 3). Brasília, por outro lado, ficou os processos envolvendo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDS) e com os fundos de pensão sediados na capital federal, como o Funcef e o Postalís (Operação Greenfield). São Paulo, residualmente, ficou responsável pelos caso envolvendo o Ministério do Planejamento.

Ainda conforme Rodrigues (2021, p. 193) o foco principal da Lava Jato sempre foi o núcleo político³⁴. Isto é possível de ser inferido pela análise de diversas situações, mas, principalmente, 1) pela celeridade dada aos processos envolvendo lideranças políticas do PT e 2) pela assinatura de acordo de colaboração premiada com Marcelo Odebrecht, “ex-presidente da *holding* da maior e principal empreiteira ligada aos crimes acusados pela Lava Jato, que supostamente ocuparia posição de liderança na organização criminosa reiteradamente mencionada nas decisões judiciais [...]”.

De onde é possível cogitar que a Operação “tinha por finalidade muito mais a obtenção de delações para punir a classe política do que a efetiva punição dos empresários envolvidos no alegado esquema institucional de corrupção”³⁵ (RODRIGUES, 2021, p. 193).

Enquanto que em relação no núcleo empresarial prevaleceu a aparência de um megaprocesso, com o emprego de técnicas emergências no campo penal e processual; em relação ao núcleo político prevaleceu uma estratégia de Lawfare, como principal arma de ataque a lideranças políticas ligadas ao PT³⁶, com destaque para a figura do ex-presidente da república, Luiz Inácio Lula da Silva (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 187).

2.3.2. Fatídicas origens: como nasceu a Operação Lava-Jato?

Oficialmente, destaca Rodrigues (2021, p. 118), a Operação Lava Jato teve início, com sua primeira fase ostensiva, em 17 de março de 2014, quando 400 policiais federais

³⁴ Sérgio Moro (2021, p. 36), em sua biografia, reconhece que tinha preferência por investigar agentes públicos. Ele cita como exemplo o caso Banestado, quando “optei por solicitar a Receita Federal um cruzamento de dados para identificar, entre milhares de nomes [titulares das contas CC-5], quais eram agentes públicos. A esses casos eu daria especial atenção, já que as transações no exterior poderiam envolver produto de crimes contra a administração pública”.

³⁵ Rodrigues (2020, p. 213) cita ainda os casos de Léo Pinheiro e Agenor Franklin Medeiros, executivos da OAS que somente depois de terem apontado a responsabilidade criminal de Lula, em colaboração premiada, obtiveram o benefício de redução da pena.

³⁶ Kerche e Marona (2022, p. 103) aduzem que “uma distinção fundamental que enquanto a Lava Jato carioca ostentava um réu confesso - o ex-governador Sérgio Cabral, líder de uma organização criminosa que sangrava o Estado -, a curitibana seguia à caça de Lula, a quem imputava posição equivalente de chefe de quadrilha, mas na dimensão da República. Lula, no entanto, sempre negou os crimes, mesmo depois de condenado”.

cumpriram 04 decisões da 13ª Vara Federal de Curitiba autorizando a realização de 81 medidas de busca e apreensão, 18 prisões preventivas, 10 prisões temporárias e 19 conduções coercitivas.

Freitas (2019, p. 193) anota que a Lava-Jato teve origem nos inquéritos n. 2006.7000018662-8 e n. 2009.7000003250-0 da Polícia Federal, onde se apuravam crimes de lavagem de dinheiro na cidade de Londrina/PR.

Entre os anos de 2008 e 2009, o ex-deputado federal José Mohamed Janene, do PP, teria investido recursos de origem duvidosa na empresa Dunel Indústria e Comércio LTDA, através da empresa CSA Project Finance LTDA (FREITAS, 2019, p. 193).

Por meio do rastreamento da origem dos valores investidos em Londrina, foram identificados depósitos financeiros bastante significativos nas empresas Angel Serviços Terceirizados LTDA e Torre Comércio de Alimentos LTDA, as quais seriam controladas, em tese, pelo “doleiro” Carlos Habib Chater (FREITAS, 2019, p. 194).

Segundo Freitas (2019, p. 194), existiriam indícios de crimes de lavagem de capitais por meio da utilização das duas empresas citadas, razão pela qual foi autorizada, em 11 de julho de 2013, a interceptação telefônica e telemática de Carlos Habib Chater, de seus subordinados e de seus associados; sendo tal decisão proferida nos autos do processo n. 5026387-13.2013.404.7000.

Com efeito, a interceptação telefônica de Chater e de seus agregados foi prorrogada sucessivamente até 17 de março de 2014. No curso da referida diligência, teriam sido colhidos indícios de novos delitos, além de outras lavagens de capitais (FREITAS, 2019, p. 194).

As sucessivas renovações das interceptações telefônicas permitiu o encontro fortuito de provas contra vários outros operadores do mercado paralelo de câmbio, dentre eles: Nelma Mitsue Penasso Kodama, Raul Henrique Srouf e Alberto Youssef, respectivamente. Assim, nasciam as Operações Lava Jato, Dolce Vita, Bidone e Casa Blanca (FREITAS, 2019, p. 194).

O núcleo da operação que se ocupou da atuação de Alberto Youssef foi nomeado pela Polícia Federal de Operação Bidone, em homenagem ao clássico filme de Federico Fellini traduzido no Brasil como *A Trapaça*, enquanto que o termo Lava Jato (que inicialmente fazia referência ao núcleo de Carlos Habib Chater) passou a ser empregado para identificar o conjunto geral das fases da operação que se seguiram, associadas essencialmente às atividades financeiras de Youssef (RODRIGUES, 2021, p. 145).

Inclusive, a Delegada de Polícia Federal Erika Marengo batizou a operação de Lava Jato não porque houvesse, de fato, um lava a jato no posto de gasolina utilizado por Chater para

fazer a movimentação financeira da organização, mas sim porque o volume de recursos envolvidos era tão grande que daria para lavar um avião a jato (RODRIGUES, 2021, p. 145).

Logo em seguida, descobriu-se também o envolvimento do ex-diretor da Diretoria de Abastecimento da Petrobrás, Paulo Roberto Costa, por meio da doação de um veículo da marca Land Rover, modelo Evoque, feita por Youssef (FREITAS, 2019, p. 194).

A partir disso, de colaboração premiada em colaboração premiada, a Operação Lava Jato foi assumindo dimensões cada vez maiores (megaprocessos), chegando – como dito acima – até as outras diretorias da Petrobrás (a exemplo da diretoria de Serviços e da diretoria Internacional), bem como, a uma série de agentes políticos ligados ao Partido dos Trabalhadores, ao Movimento Democrático Brasileiro e ao Partido Progressista (SANTORO, 2020, p. 85).

Conforme Marcelo Semer (2021, p. 149), não obstante a Operação Lava Jato tenha se originado faticamente das circunstâncias acima descritas, tecnicamente falando, ela já “estava desenhada antes mesmo de nascer”. Isso porque, ainda em 2004 (dez anos antes de sua deflagração), Sérgio Moro (2004, p. 56) escreveu o artigo “Considerações sobre a operação *Mani Pulite*”³⁷, considerado por muitos como o verdadeiro estatuto axiológico do lavajatismo ou, mais precisamente, sua certidão de nascimento.

Destaque-se, desde logo, que Moro (2021, p. 50) refuta veementemente essa afirmação em sua biografia, dizendo que “devido a algumas semelhanças entre as duas operações, muitos concluíram que a Lava Jato já estaria toda planejada e que teria sido meticulosamente arquitetada. Fantasia pura. O artigo é uma mera análise da Mãos Limpas”.

Ademais, em “março de 2014, quando sua fase ostensiva teve início, ninguém poderia imaginar a repercussão que teria e os seus desdobramentos posteriores [...]” (MORO, 2021, p. 50).

Contudo, ainda que o autor negue essa correlação, chama atenção o fato de que diversas estratégias de emergência da *Mani Pulite* foram emuladas com sucesso na Lava Jato,

³⁷ Fábio Kerche (2018, p. 255) narra que a Operação *mani pulite* foi deflagrada em fevereiro de 1992, na cidade de Milão, quando um administrador de um hospital público, membro pouco expressivo do Partido Socialista, foi pego recebendo US\$5.000,00 em propina. Segundo o autor, a partir desse caso, a Operação *mani Pulite* se desenvolveu e suas consequências para o Sistema de Justiça italiano foram significativas: 5.000 pessoas envolvidas nas investigações, entre elas 06 ex-primeiros-ministros e 200 parlamentares (KERCHE, 2018, p. 256). Então, “como reflexo das operações de combate à corrupção, o sistema partidário sofreu mudanças dramáticas e o antigo equilíbrio político construído no pós-guerra se desmanchou. Entre 1992 e 1994, os cinco partidos políticos mais importantes colapsaram de 53,1% para 13,8%. Democratas Cristãos – renomeados como Partido Popular – caíram de 29,6% para 11,1%; o Partido Socialista de 13,6% para 2,2%. Mesmo as agremiações que não participavam das coalizões que governavam a Itália após a Segunda Grande Guerra, como o Partido Comunista e os grupos pós-fascistas, sofreram transformações radicais nos anos seguintes. Enquanto isso, novos atores políticos emergiram na cena para preencher o vácuo político que foi deixado pela desintegração do velho. É nesse contexto que Silvio Berlusconi, o homem mais rico da Itália, proprietário de vários veículos de comunicação e neófito na política, cria um novo partido de centro-direita, *Forza Italia*, e se torna primeiro-ministro do país” (KERCHE, p. 255/256).

por exemplo, os vazamentos seletivos de informações do processo como forma de agitar a opinião pública³⁸; a parceria entre conglomerados de mídia e magistrados; as prisões preventivas com fins de fomentar colaborações premiadas³⁹, bem como, as confissões obtidas mediante pressão psicológica dos procuradores sobre os investigados⁴⁰. Estratégias essas que estão minuciosamente documentadas na pesquisa de Rodrigues (2021, p. 243).

Moro (2004, p. 57), elenca dois elementos considerados centrais para o desenvolvimento da Operação *Mani Pulite*, os quais também serviram para o sólido desenvolvimento Operação Lava Jato. Primeiro, a proteção da opinião pública e da mídia. Haja vista que, para ele, “é ingenuidade pensar que processos criminais eficazes contra figuras poderosas, como autoridades governamentais ou empresários, possam ser conduzidos normalmente, sem reações”⁴¹ (2004, p. 57). Segundo, a aparição de um novo tipo de juiz na magistratura italiana, os chamados *pretori d’assalto*, os quais não tinham qualquer senso de deferência em relação ao poder político (MORO, 2004, p. 58).

Nas palavras de Moro (2004, p. 58), “a independência judiciária, interna e externa, a progressiva deslegitimação de um sistema político corrupto e a maior legitimação da magistratura em relação aos políticos profissionais foram, portanto, as condições que tornaram possível o círculo virtuoso gerado pela operação *Mani Pulite*”⁴².

O principal óbice a todo esse mecanismo, porém, estaria na presunção de inocência, que, no mais das vezes, impediria prisões pré-julgamento. Para Moro (2004, p. 61), “tal

³⁸ Veja-se trecho do referido artigo: “os responsáveis pela operação *mani pulite* ainda fizeram largo uso da imprensa. [...] Há sempre o risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado. Cabe aqui, porém, o cuidado na desvelação (*sic*) de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios” (MORO, 2004, p. 59).

³⁹ Veja-se trecho do referido artigo: “a estratégia de investigação adotada desde o início do inquérito submetia os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto a confessar, espalhando a suspeita de que outros já teriam confessado e levantando a perspectiva de permanência na prisão pelo menos pelo período da custódia preventiva no caso da manutenção do silêncio ou, vice-versa, de soltura imediata no caso de uma confissão [...] A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos. Desde que presentes os seus pressupostos, não há óbice moral em submeter o investigado a ela” (MORO, 2004, p. 58-59).

⁴⁰ Veja-se trecho do referido artigo: “há quem possa ver com maus olhos tal estratégia de ação e a própria delação premiada. Cabem aqui alguns comentários. Não se prende com o objetivo de alcançar confissões. Prende-se quando estão presentes os pressupostos de decretação de uma prisão antes do julgamento. Caso isso ocorra, não há qualquer óbice moral em tentar-se obter do investigado ou do acusado uma confissão ou delação premiada, evidentemente sem a utilização de qualquer método interrogatório repudiado pelo Direito” (MORO, 2004, p. 58).

⁴¹ Ele exemplifica tal afirmação com os casos da tentativa do primeiro-ministro Giuliano Amato, em março de 1993, de descriminalizar a realização de doações ilegais para partidos políticos, a qual impedida pela reação negativa da opinião pública; bem como, da tentativa de Silvio Berlusconi, em julho de 1994, de abolir a prisão pré-julgamento para os crimes de corrupção, violentamente contestada pela opinião pública e pelos procuradores do caso (MORO, 2004, p. 57).

⁴² Para uma defesa da Operação Mani Pulite, além da de Sérgio Moro, confira-se a obra “Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato” de Gianni Barbacetto, Peter Gomez e Marco Trava-glio. publicado pela Editora CDG, em 2016.

construção representa um excesso liberal com uma pitada de ingenuidade”, em especial no caso brasileiro, onde uma interpretação excessivamente liberal da presunção de inocência impediria a prisão automática após condenações em segunda instância.

De sorte que, apesar desse obstáculo, Moro (2004, p. 61) vaticina que “no Brasil, encontram-se presentes várias das condições institucionais necessárias para a realização de ação judicial semelhante”.

Ora, a própria construção do texto evidencia que se trata, principalmente, de uma obra de ciência política e não somente uma pesquisa jurídica (não obstante tenha sido publicado em uma revista do Conselho da Justiça Federal). O que explica, inclusive, o fato de Moro antecipar com assustadora precisão até mesmo desdobramentos políticos da Lava Jato; somente por meio da análise da *Mani Pulite*.

É curioso perceber que após os acontecimentos da Operação *Mani Pulite* muitos dos chamados *pretori d’assalto* ficaram conhecidos na Itália por uma outra alcunha, a saber: *Giudici partisans*⁴³ (CASTRO, 2017, p. 293),

Veja-se o exemplo de Antônio Di Pietro, juiz responsável pela condução do caso, que se aproveitou da fama para abandonar a toga e entrar na política, primeiro como ministro de Estado do governo de Romano Prodi, em 1996, depois fundando o seu próprio partido, o *Italia Dei Valori (IdV)*.

Do mesmo modo sucedeu em relação a Moro (2021, p. 134), que deixou o Poder Judiciário justamente para se tornar Ministro da Justiça e Segurança Pública de Jair Bolsonaro (*outsider* político vinculado a extrema direita brasileira), tentando, mais recentemente concorrer ao próprio cargo de Presidente da República pelo *Podemos*.

E mais, quando se aduz que a Lava Jato já estava desenhada mesmo antes de sua deflagração, não se está querendo dizer que Moro já tinha conhecimento dos fatos antes de 2014, mas sim que o seu *designe* emergencial já estava bem planejado na cabeça do ex-juiz desde o primeiro governo Lula, não sendo por acaso que ela se tornou o mais poderoso maxi-processos que este país já viu. Sem mencionar que muitas das estratégias que Moro implementou ao longo da Lava Jato já haviam sido testadas em um grande caso anterior, o escândalo do Banestado.

⁴³ O termo *partisans* – que remonta aos estudos políticos de Carl Schmitt – denotaria justamente a figura de um combatente. Porém, não simplesmente um soldado, mas um partidário, um militante tomado por uma ideologia ou meta política que o diferencia de um soldado regular (CASTRO, 2017, p. 293). O *partisan*, por isso mesmo, é um partidário. Segundo Castro (2017, p. 293), sua frente de combate é uma frente política e é precisamente o caráter político de sua ação que confere validade ao sentido original do termo *partisan*. A palavra remeteria, assim, ao vínculo com um partido ou grupo beligerante, politicamente ativo ou de alguma forma em combate.

2.3.3. Exemplos lavajatistas de *lawfare* político

Castro (2017, p. 299) sustenta que o direito e o processo penal de emergência foram largamente utilizados na Operação Lava Jato como instrumentos de extermínio de uma força política que se encontrava no comando do governo federal desde 2003, a saber: a esquerda brasileira, capitaneada pelo Partido dos Trabalhadores⁴⁴.

De acordo com o autor, haviam indícios de que essa força política pudesse vencer mais uma eleição em 2018, “o que movimentou as forças políticas a ela antagônicas a um ataque sem precedentes no país, que tem sido identificado por muitos teóricos como uma tática deliberada de *lawfare*, ou seja, como a utilização do direito e do processo penal como armas de guerra para exterminar um inimigo” (CASTRO, 2017, p. 299).

Desde seu núcleo político, Santoro e Tavares (2021, p. 133) identificaram uma série de exemplos de *Lawfare* perpetrados pela Operação Lava-Jato contra lideranças de esquerda no Brasil, sendo o principal alvo, indiscutivelmente, o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, candidato a presidência da república nas últimas eleições. Para os referidos autores, a Operação Lava Jato a par de desvelar um imenso esquema de corrupção que relacionava a Petrobrás com influentes agentes políticos, “conduziu Jair Bolsonaro a presidência do Brasil por meio de perseguições penais que relativizaram direitos fundamentais de diversos investigados, mais especificamente do ex-presidente Lula” (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 187).

A seminal pesquisa de Rodrigues (2021, p. 243), a despeito da veemente negativa por parte de Moro (2021, p. 91), também concluiu que o núcleo curitibano da Lava Jato foi estruturado e conduzido pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, de um lado, e pela Justiça Federal, de outro, com o fim de atingir os integrantes do sistema político.

Contudo, dentro desse grupo, parece difícil negar que Lula foi o alvo principal desde as fases iniciais da investigação, “ao menos desde a assinatura, em 2014, dos acordos de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef, Augusto Ribeiro Neto e Pedro

⁴⁴ Ressalte-se, a bem da verdade, que a todo momento em sua biografia, Moro (2021, p. 91) refuta essa acusação dizendo que a Lava Jato nada teve de orientação política. Em suas palavras, “em vez de discutir fatos e provas, a defesa do ex-presidente e o próprio discurso de Lula buscavam retratar os policiais, procuradores e o juiz como politicamente orientados, seriam aliados da direita brasileira buscando inviabilizar governos de esquerda. Nada mais falso. Tratava-se de subornos pagos sistematicamente por dirigentes de empreiteiras a gerentes e diretores da Petrobras, bem como a agentes políticos que eram responsáveis pela indicação desses gerentes e diretores a seus cargos. Quem controlava essas nomeações na época dos fatos, entre 2003 e 2014, era o governo capitaneado pelo PT como havia um loteamento político dos cargos entre os partidos que apoiavam as gestões petistas, era natural que os subornos, quando pagos, fossem direcionados a agentes políticos dessas siglas - basicamente integrantes do PT, PP e PMDB”.

Barusco Filho, todos ouvidos como testemunhas no caso do tríplice do Guarujá” (RODRIGUES, 2021, p. 243).

Segundo a autora, a análise dos processos componentes da Operação Lava Jato sugere que o núcleo de Curitiba nasceu e se desenvolveu adotando estratégias que pressupõem a existência de “uma hipotética organização criminosa de estrutura piramidal, esquadrihada nas denúncias e decisões judiciais, formada por uma base integrada por operadores financeiros, por uma camada intermediária de gestores das grandes empreiteiras e pelo topo, composto pelas lideranças políticas, que seriam coordenadas pelo ex-presidente Lula” (RODRIGUES, 2021, p. 243).

Note-se que “estratégia semelhante já havia sido utilizada no caso do Mensalão, que chegou à antessala da presidência, mais precisamente à Casa Civil” (RODRIGUES, 2021, p. 243).

Pois bem. O primeiro exemplo de *Lawfare* contra Lula que podemos apontar foi a sua condução coercitiva à sede da Polícia Federal no aeroporto de Congonhas-SP, em 04 de março de 2016, para depor como investigado na Operação Aletheia, a 24ª fase da Operação Lava Jato (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 133).

Amplamente divulgada pela mídia, o que era para ser um simples depoimento se tornou um espetáculo que chegou a interromper a programação matinal da Rede Globo, com direito até a filmagem exclusiva da condução coercitiva por uma equipe cinematográfica⁴⁵ (CARVALHO; FONSECA, 2019, p. 107).

A ilegalidade da medida era flagrante frente ao que determinava o art. 260 do Código de Processo Penal (CPP), haja vista que o ex-presidente não havia sido intimado previamente, bem como, não havia se recusado a prestar qualquer declaração no bojo da referida investigação (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 133).

Diante de toda a repercussão que o episódio assumiu, o Supremo Tribunal Federal, em 2018, foi obrigado a reconhecer, por ocasião do julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 395 e ADPF 444, que a condução coercitiva de qualquer acusado ou investigado é inconstitucional (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 133).

Apenas 06 dias depois desse episódio, em 10 de março de 2016, o Ministério Público de São Paulo, por meio dos promotores de justiça Casio Conserino, José Carlos Blat e Fernando Henrique Araújo, se antecipando ao MPF e ao próprio Sérgio Moro, denunciaram Lula, Marisa Letícia, Fábio Lula da Silva, Leo Pinheiro e outros por suposta lavagem de

⁴⁵ Tratava-se da produção do filme “*Polícia Federal: A lei é para todos*” produzido pela Globo Filmes em parceria com Dawtown Filmes.

dinheiro e corrupção (ativa e passiva) envolvendo um apartamento triplex no Guarujá, litoral do Estado de São Paulo (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 134).

A referida denúncia — marcada por todo tipo de elucubrações e pela famosa confusão entre Hegel e Engels — foi rejeitada pela juíza de direito Maria Priscilla Ernandes Veiga Oliveira, titular da 4ª vara criminal de São Paulo em 14 de março de 2016, a qual remeteu o processo do triplex para o então juiz da 13ª vara federal criminal de Curitiba, Sérgio Moro (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 134).

O referido declínio de competência foi tomado como um desprestígio ao Ministério Público de São Paulo, que protestou contra o ato afirmando que a competência para análise e processamento do feito era do Estado de São Paulo, haja vista que “a investigação estadual [quanto ao apartamento triplex] estava em curso em relação ao caso Bancoop [Cooperativa Habitacional dos Bancários de São Paulo] desde 2009”⁴⁶ (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 134).

Então, somente 02 dias após o declínio de competência proferido pela Juíza Maria Priscilla Ernandes Veiga Oliveira, isto é, em 16 de março de 2016, Sérgio Moro entendeu por bem divulgar conversas telefônicas particulares havidas entre o ex-Presidente Lula e a Presidenta Dilma a respeito da posse dele no cargo de Ministro da Casa Civil, onde dava-se a entender que tal manobra seria para livrá-lo de uma investigação criminal em Curitiba (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 97).

O acontecimento em questão foi tão impactante para a política nacional que, no dia seguinte, já haviam mais de 20 ações protocoladas solicitando o impedimento de Lula em assumir o cargo de Ministro de Estado. Assim, em 18 de março de 2016, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, deferiu a liminar em dois mandados de segurança (impetrados pelo PPS e pelo PSDB) suspendendo de vez a posse de Lula no governo da Presidente Dilma Rousseff (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 97).

Nesse meio tempo, as investigações foram deslocadas da 13ª Vara Federal de Curitiba para o STF, haja vista o suposto envolvimento da então presidente da república.

⁴⁶ Kerche e Marona (2022, p. 144-145) reproduzem a nota oficial dos promotores de São Paulo, na qual afirmavam que “[...] o caso Bancoop [era] absolutamente independente da Operação Lava Jato, com possível desvio de recursos da Petrobras. Não por outra razão já tramitava processo crime perante a 5ª Vara Criminal do Foro Central de São Paulo (Barra Funda) sobre o mesmo assunto. Afirma-se que o repasse de diversos empreendimentos imobiliários da Bancoop para a OAS com a ocorrência de inúmeros crimes de estelionato, falsidades ideológicas e crimes contra incorporação imobiliária é independente da Petrobras. Há de separar-se o ‘joio do trigo’. Em 2009/2010 não se falava de escândalo na Petrobras. Em 2005 quando o casal presidencial, em tese, começou a pagar pela cota-parte do imóvel, não havia qualquer indicação do escândalo do ‘petróleo’. Ao contrário, estávamos no período temporal referente ao escândalo do ‘mensalão’. Não é possível presumir genericamente e sem conhecer detidamente as investigações que tramitam perante a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba que tudo tenha partido de corrupção na estatal envolvendo desvio de recursos federais”.

Ocorre que isso não demorou muito, considerando que a divulgação ilegal das conversas interceptadas foi um golpe tão duro no governo que precipitou a perda da sua base parlamentar e, por consequência, levou a admissão pela Câmara dos Deputados Federais do processo de *impeachment*, que terminou por afasta-la do cargo e por determinar o retorno do processo às mãos de Moro (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 135).

Inclusive, quando da apuração do desvio ético de Moro, o TRF-4 legitimou a execução da medida afirmando que “a ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava Jato, inclusive, mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional” (CASTRO, 2017, p. 301).

Outro exemplo de Lawfare contra o ex-Presidente Lula foi o incidente conhecido como o do *Powerpoint*.

No dia 14 de setembro de 2016, no salão *Royalle* do Hotel Lizon, em Curitiba, a Força-Tarefa do Ministério Público Federal responsável pela Operação Lava Jato, sob a chefia do Procurador da República, Deltan Dallagnol, reuniu um grupo de jornalistas para apresentar um esboço (em Powerpoint) da sua narrativa sobre os supostos crimes de Lula (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 135).

Para o MPF, o ex-Presidente seria o centro de um grande esquema criminoso e que ele era o chefe da organização. “Sem que formalmente tenham-no acusado de pertencer a uma Organização Criminosa, muito menos chefiá-la, a denúncia cingia-se a imputar-lhe os tipos penais de corrupção e lavagem de dinheiro, que consistiria em receber um apartamento triplex no Guarujá” (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 135).

A partir dessa suntuosa apresentação do MPF, transmitida ao vivo para televisão, ganhou popularidade uma frase que marcaria os processos de Lula na Operação Lava Jato, qual seja: “não temos provas, mas temos convicção” (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 135).

Depois disso, Lula foi intimado para mais dois interrogatórios. O primeiro abordando, em 10 de maio de 2017, a denúncia de que ele teria recebido como propina o triplex no Guarujá. O segundo abordando o apartamento em que Lula morava, em São Bernardo do Campo, e uma possível doação de um terreno em São Paulo pela empresa Odebrecht para o Instituto Lula. Ambas as declarações foram prestadas na 13ª Vara Federal de Curitiba, diante do Juiz Sérgio Moro (CARVALHO; FONSECA, 2019, p. 108).

Vale ressaltar que, em relação ao primeiro interrogatório de Lula, a revista *Isto É* publicou uma capa com as expressões “Moro x Lula” e “Ajuste de contas – 14h – Fórum de Curitiba”, em que estavam ilustrados de um lado o juiz Sérgio Moro e do outro Lula, ambos vestidos com calções e luvas de box (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 136).

De fato, como pontuam Santoro e Tavares (2021, p. 136), “a percepção da imprensa e do público não estava equivocada”. Ao longo de todo o interrogatório Sérgio Moro antagonizou com o ex-Presidente, deixando Lula numa posição em que ele parecia um inimigo a ser combatido em nome da moralidade pública e da luta contra a corrupção. Dessa forma, não obstante as mais de 05 horas de interrogatório, nada poderia impedir Moro de condenar Lula.

E foi o que aconteceu. Mesmo diante da inexistência de provas cabais contra o ex-Presidente, Sérgio Moro o condenou – em primeira instância – a uma pena de 9 anos e seis meses. Embora, “uma análise cuidadosa dos argumentos utilizados pelo juiz Sérgio Moro para condenar penalmente Lula evidencie que se trata de uma decisão inconsistente” (COSTA, 2017, p. 34).

A tese de Moro foi de que Lula era proprietário “de fato” do triplex do Guarujá desde 2009; e isto seria suficiente para justificar a sua condenação por corrupção. “Mas não há nada de claro na afirmação de que Lula e Marisa eram proprietários do famoso triplex. As provas indicadas por Sérgio Moro não eram plenamente compatíveis com essa leitura, que força os fatos para se encaixarem nas pretensões do juiz” (CASTRO, 2017, p. 38).

Castro (2017, p. 38) pondera que “não obstante hajam provas de obtenção por Lula de vantagens pagas pela OAS, Sérgio Moro operou uma série de malabarismos argumentativos para caracterizar como ‘corrupção passiva’ os atos do ex-presidente e para justificar sua própria competência para julgá-los”, o que exigia uma vinculação direta dos supostos benefícios recebidos com os contratos investigados pela Operação Lava Jato.

Em tempo recorde, ou seja, apenas 127 dias depois dessa sentença (contados da data da distribuição do processo para o Desembargador Gebran Neto)⁴⁷, o recurso de apelação do ex-Presidente já estava julgado pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal-4 (TRF-4), o qual aumentou a pena de Lula, por unanimidade, para 12 anos e 1 mês, abrindo caminho para a sua prisão (CARVALHO; FONSECA, 2019, p. 108).

De acordo com Santoro e Tavares (2021, p. 161), “o ato da prisão de Lula, em 07 de abril de 2018, foi sem dúvida um espetáculo político”.

Após a determinação de Sérgio Moro para que ele se recolhesse à prisão até as 17 horas de sexta-feira, dia 06 de abril 2018, Lula permaneceu na sede do sindicato dos metalúrgicos do ABC em São Bernardo do Campo até sábado, dia 07 de abril de 2018, ocasião em que

⁴⁷ Rodrigues (2021, p. 252-253) aduz que “a gritante diferença impressa pelo TRF-4 no ritmo da tramitação das apelações do caso triplex pode ser observada no gráfico 10, onde se verifica que apenas um caso teve julgamento mais rápido (138 dias), com apenas um apelante, que estava preso (ação 21 do quadro 7)”.

fez um discurso assistido por uma multidão de militantes, transmitido ao vivo por inúmeras emissoras de televisão (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 161).

Então, pouco antes das 19h, o ex-presidente saiu da sede do sindicato, contudo, foi impedido pelos militantes em vigília de passar com o carro e teve que seguir a pé até um prédio próximo, onde agentes da Polícia Federal o aguardavam para levá-lo à carceragem da Superintendência da Polícia Federal em Curitiba, onde ele cumpriria 580 dias de prisão (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 161).

Outro exemplo claro de *lawfare* contra Lula, foi o episódio ocorrido três meses depois de seu encarceramento em Curitiba, isto é, em 8 de julho de 2018 (um domingo), quando o desembargador Rogério Favreto, responsável pelo plantão do TRF-4, exarou decisão no HC 5025614-40.2018.4.04.0000 soltando o ex-Presidente até às 17h12 daquele dia (CARVALHO; FONSECA, 2019, p. 109).

Conforme narram Santoro e Tavares (2021, p. 153), o delegado de Polícia Federal Rogério Galloro revelou em entrevista ao jornal *O Estado de São Paulo* que, no dia dos fatos, ele telefonou para o então Ministro da Justiça, Raúl Jungmann, informando que iria cumprir a decisão de soltar Lula.

Porém, a Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, ligou em seguida dizendo que estava protocolando uma medida no STJ contra a liberação do ex-Presidente. Em seguida, o Presidente do TRF da 4ª Região, Thompson Flores, ligou para ele determinando que não soltasse Lula (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 154).

Mais tarde, Sérgio Moro, que estava de férias em Portugal, proferiu decisão afirmando que Favreto não era competente e declarou na própria decisão que havia sido orientado pelo Presidente do TRF-4 a consultar o relator da Apelação. Após, determinou que a autoridade policial não cumprisse a ordem do Desembargador plantonista e aguardasse a posição de Gebran Neto (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 154).

Note-se que a decisão de Favreto foi proferida às 09h05, ao passo que a de Moro foi proferida às 12h05, três horas depois 19 minutos depois, às 12h24, o Desembargador Rogério Favreto reiterou a ordem, determinando que a Polícia Federal cumpra imediatamente o alvará e afirma que qualquer agente de polícia poderia fazê-lo (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 154).

Às 14h13, o Desembargador Gebran Neto, expressamente em razão da provocação realizada pelo juiz Sérgio Moro, avocou o HC para o seu gabinete e proferiu nova decisão onde determinava que a autoridade policial se abstivesse de praticar qualquer ato que modificasse a decisão da 8ª Turma do TRF da 4ª Região (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 154).

Com efeito, o desfecho que se delineava desde o início dos acontecimentos envolvendo Lula era o impedimento da sua candidatura às eleições presidenciais de 2018, do qual, inclusive, era líder em intenções de voto (CARVALHO; FONSECA, 2019, p. 110).

Ocorre que a candidatura de Lula foi alvo de 16 impugnações, entre elas do Ministério Público, pela Procuradora-Geral da República Raquel Dodge, do PSL, partido de Jair Bolsonaro, e do Partido Novo (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 163).

Em um ato simbólico, o Ministro Relator pediu ao TSE a convocação para o dia 31 de agosto de 2018 de sessão extraordinária com a finalidade de julgamento das impugnações à candidatura de Lula, exatamente no aniversário de 2 (dois) anos do impeachment da Presidenta Dilma Rousseff (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 163).

O primeiro voto foi proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso que votou por indeferir o pedido de candidatura de Lula, facultando à coligação “O Povo Feliz de Novo” (PT/PCdoB/Pros) substituir o candidato no prazo de 10 dias, bem como, a retirada do nome de Lula da urna eletrônica e vedou a prática de atos de campanha pelo candidato cujo pedido de registro foi indeferido (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 163).

Barroso foi acompanhado por outros 05 Ministros do TSE, restando vencido o Ministro Edson Fachin, que admitia o registro da sua candidatura (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 163).

Ademais, durante todo o período em que esteve na carceragem da Polícia Federal de Curitiba, Lula foi impedido, inclusive pelo Min. Luiz Fux, de conceder entrevistas (até a semana de 25 de abril de 2019). A justificativa para tal negativa era sempre por “questões de segurança”, haja vista que em, período eleitoral, entrevistas dele poderiam interferir nos resultados da disputa presidencial (CARVALHO; FONSECA, 2019, p. 110).

Com Lula fora do pleito, as projeções sobre a substituição do eixo político no governo federal se concretizaram, sendo eleito para o cargo de mandatário máximo da república o adversário do ex-presidente e principal figura da direita conservadora brasileira, Jair Messias Bolsonaro, tendo Sérgio Moro aceitado participar do novo governo – em 01 de novembro de 2018 – como Ministro de Estado (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 187).

Lula ficou preso até o dia 8 de novembro de 2019, quando, enfim, foi solto em razão do julgamento – no dia anterior – das ADC’s n. 43 e 44 pelo STF, as quais afirmaram a legitimidade do art. 283 do CPP e, portanto, a inconstitucionalidade da prisão automática após condenação em segunda instância (SANTORO; TAVARES, 2021, p. 187).

Aproximadamente um mês depois, em 24 de dezembro de 2019, foi sancionada a Lei 13.964/2019 pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro, gestada por Sérgio Moro no

comando do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em forte atuação junto ao congresso nacional para transformar em normativa federal práticas e ideais lavajatistas consagradas ao longo dos anos que ele ficou à frente do núcleo de Curitiba.

2.4. Sérgio Moro: o Juiz, o Ministro e a Lei 13.964/2019

Não obstante as diversas estratégias de *lawfare* enumeradas acima⁴⁸, se empreendemos algumas breves incursões na história profissional do maior expoente da Operação Lava Jato, Sérgio Moro, perceberemos que o discurso de exceção há muito faz parte da sua agenda política.

Obviamente, isto também iria reverberar na produção da Lei “Anticrime”. Sobre-tudo, porque a edição de uma legislação (emergencial) contra a corrupção, o crime organizado

⁴⁸ É importante registrar que tais estratégias de *lawfare* político, praticadas pelo núcleo curitibano da Lava-Jato, foram expostas pelo conjunto de 10 matérias publicadas pelo jornal *The Intercept Brasil*, ao longo da metade do ano de 2019 e início de 2020. O episódio ficou, inclusive, conhecido como Vaza-Jato (DUARTE; THE INTERCEPT BRASIL, 2020). Embora questione a veracidade dos diálogos, Moro (2021, p. 249) afirma que as conversas vazadas pelo *The Intercept* causaram um grande impacto na imagem pública da Operação, começando a empoderar narrativas de perseguição política. De modo que até mesmo a base de apoio da Lei 13.964/2019 no Congresso Nacional viria a ser afetada diante daqueles acontecimentos. Em 09 de junho de 2019, a Vaza-Jato publicou três reportagens mostrando discussões internas e atitudes altamente controversas, politizadas e legalmente questionáveis da força-tarefa da Lava-Jato, coordenada por Deltan Dallagnol, em colaboração com Sérgio Moro, naquela época, celebrado mundialmente (DUARTE; THE INTERCEPT BRASIL, 2020, p. 301). Os arquivos aos quais o *The Intercept* teve acesso foram as conversas privadas, extraídas de dentro do aplicativo *Telegram*, dos principais nomes ligados à Operação. Ao que tudo indicava, as mensagens haviam sido hackeadas diretamente do celular de Deltan Dallagnol, abrangendo os anos de 2015 a 2018. Entre essas conversas estavam provas de que o núcleo curitibano tinha pretensões de implantar uma agenda política lavajatista no Brasil. Sendo necessário, para isso, evitar o retorno do PT ao poder (DUARTE; THE INTERCEPT BRASIL, 2020, p. 41). Diante dos gravíssimos fatos expostos pelo *The Intercept*, em 23 de julho de 2019, foi deflagrada a Operação *Spoofing*, “com o objetivo de identificar os autores do hackeamento contra os celulares de Moro e Dallagnol” (DUARTE; THE INTERCEPT BRASIL, 2020, p. 96). Segundo a Política Federal, mil números de telefone haviam sido alvos da ação do grupo, incluindo os do presidente Jair Bolsonaro e da ex-presidente Dilma Rousseff. Então, em dezembro de 2019, o inquérito policial foi concluído no sentido de que o objetivo do grupo seria obter informações para fraudes bancárias e que eles haviam invadido os celulares de apenas 176 pessoas (bem menos do que os mil aparelhos estimados inicialmente pela PF) (DUARTE; THE INTERCEPT BRASIL, 2020, p. 115). Entre os crimes atribuídos ao grupo, estão organização criminosa e interceptação telefônica. Os indiciados foram Gustavo Sousa, Danilo Marques, Suelen Priscila de Oliveira, Thiago Eliezer Martins, Luiz Henrique Molição e Walter Delgatti Neto. Tendo este último confessado a autoria do hackeamento e que havia encaminhado voluntariamente o arquivo com as mensagens da Lava-Jato para o jornalista Glenn Greenwald do *The Intercept Brasil* (DUARTE; THE INTERCEPT BRASIL, 2020, p. 115). A defesa do ex-presidente Lula solicitou acesso às mensagens, o que foi concedido pelo ministro Ricardo Lewandowski, em caráter liminar, no final de 2020. As provas produzidas no âmbito da *Operação Spoofing* e o trabalho de jornalismo investigativo do *The Intercept* foram decisivos para o reconhecimento, primeiro pelo STF e, mais recentemente pela ONU, da inocência do ex-presidente Lula em razão da parcialidade de Moro na condução do caso, bem como, em função das diversas violações às regras do jogo democrático pela força-tarefa de Curitiba (a exemplo da usurpação de competência da Justiça Estadual de São Paulo). Todavia, àquela altura, Jair Bolsonaro já estava eleito presidente do Brasil e Moro era o seu principal ministro. O estrago já estava feito (STRECK; CARVALHO, 2020, p. 294). Seguramente, a consequência prática da Vaza-Jato e da Operação *Spoofing* não foi apenas restituir a liberdade de Lula, mediante a comprovação da parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro, mas — sobretudo — desnudar o *modus operandi* da política criminal de emergência lavajatista, mediante a sistemática transgressão de garantias individuais de investigados e processados por membros no MPF e do próprio Poder Judiciário (STRECK; CARVALHO, 2020, p. 295).

e a “criminalidade” violenta constituía o principal objetivo político de Moro ao assumir o Ministério da Justiça e Segurança Pública do governo Jair Bolsonaro⁴⁹.

Pois bem. É preciso ressaltar que Sérgio Moro tomou posse no concurso de Juiz Federal em 1996. Até 1998, sua atuação ficaria restrita a uma vara de execução fiscal em Curitiba. Apenas em meados de 1999 ele seria transferido para a Vara Federal de Cascavel, onde, pela primeira vez, lidaria com processos de natureza penal. No ano seguinte, foi transferido para a 3ª Vara Federal de Joinville, ficando responsável por processos cíveis e criminais (MORO, 2021, p. 24).

Ainda nos anos 2000, Moro cuidaria dos processos de execução penal da Penitenciária Federal de Catanduvas, primeiro presídio federal de segurança máxima inaugurado no Brasil. Ao descrever tal experiência, ele afirma: “regime duro e cruel, mas necessário diante do histórico de periculosidade e violência dos criminosos transferidos para esses locais” (MORO, 2021, p. 160).

Durante o ano de 2002 ele seria transferido para a 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, a qual viria a se transformar, anos mais tarde, na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, epicentro do lavajatismo no Brasil (MORO, 2021, p. 24).

Na época de faculdade, Moro (2021, p. 20) “não nutria lá muita atração pelas matérias de direito penal e processo penal”. Seus estudos na área começaram a se aprofundar diante da necessidade de gerenciar a 2ª Vara Federal Criminal e, principalmente, diante da determinação do TRF-4 de especializar aquela unidade judicial em crimes de lavagem de dinheiro.

Seguramente, o caso Banestado seria a oportunidade perfeita para o juiz testar os seus “novos” conhecimentos.

De acordo com Rodrigues (2021, p. 153), no início dos anos 2000, tramitavam na Justiça Federal uma série de inquéritos cujo objetivo era apurar um grande esquema de evasão de divisas praticado por meio das chamadas contas CC-5, isto é, contas bancárias no Brasil de pessoas residentes no estrangeiro, mantidas em diversas instituições financeiras, mas – especialmente – no Banco do Estado do Paraná (Banestado).

Na época, a Polícia Federal e o MPF descobriram que contas desse tipo, abertas em agências de Foz do Iguaçu, haviam se transformado em verdadeiros dutos por onde foram

⁴⁹ Moro (2021, p. 133) reconhece esta afirmação em sua biografia, ao dizer que aceitou o cargo “porque sabia que a reação aos avanços anticorrupção da Lava Jato era iminente e, como ministro, acreditava que poderia atuar de maneira mais eficaz para impedi-la, além de construir políticas públicas consistentes contra a corrupção, o crime organizado e a criminalidade violenta”.

enviados ao exterior, entre 1996 e 2000, aproximadamente 24 bilhões de dólares (RODRIGUES, 2021, p. 153).

Segundo Moro (2021, p. 30), pelas CC-5 teria transitado dinheiro decorrente de variados crimes, como sonegação fiscal, corrupção, tráfico de drogas e até mesmo valores “desviados da construção da avenida Água Espraiada, em São Paulo, na gestão do prefeito Paulo Maluf (1993-1996), e do grupo criminoso dirigido pelo ex-policial e bicheiro João Arcanjo Ribeiro, do Mato Grosso”.

Por estarem as contas localizadas na cidade de Foz do Iguaçu a competência para o julgamento dos referidos crimes recairia sobre a 2ª Vara Federal de Curitiba, na época sob responsabilidade de Moro (RODRIGUES, 2021, p. 153).

A fase latente das investigações foi marcada pela criação da força-tarefa CC-5, pioneira nesse formato em terras brasileiras, formada pelos mesmos nomes que, anos depois, comporiam a força-tarefa Lava Jato, a saber: os procuradores Deltan Dallagnol, Orlando Martello, Carlos Fernando dos Santos Lima e Januário Paludo (RODRIGUES, 2021, p. 154).

Ela seria marcada também pela cooperação internacional entre a Promotoria de Nova York (*New York Country District Attorney's Office*), o MPF e a Polícia Federal, a qual forneceu aos agentes brasileiros a quebra de sigilo bancário de aproximadamente 1.700 contas mantidas em diversos bancos nos E.U.A, notadamente, no *JP Morgan Chase*. De sorte que, as principais contas identificadas, eram administradas pela empresa *Beacon Hill Service Corporate* (RODRIGUES, 2021, p. 153).

Outra característica central da fase latente das investigações foi a celebração de acordos de colaboração premiada com doleiros responsáveis por movimentar o dinheiro nas contas CC-5. O principal deles foi ninguém menos que, Alberto Youssef (o mesmo que 11 anos depois seria responsável por denunciar os desvios no âmbito da Petrobras), acusado de movimentar, em apenas duas contas, entre os anos de 1997 e 1998, aproximadamente 831 milhões de dólares (MORO, 2021, p. 33).

As informações prestadas por Youssef forneceram o subsídio necessário para a deflagração, em 17 de agosto de 2004, da Operação Farol da Colina (tradução de *Beacon Hill*), a qual – nas palavras de Moro (2021, p. 35) – foi considerada “a maior da Polícia Federal até aquele momento, com buscas em 150 endereços em sete estados e 54 pessoas presas cautelarmente, entre prisões preventivas e temporárias”.

Além disso, a Operação Farol da Colina ficaria marcada por outros dois episódios envolvendo o então juiz. Primeiro, quando Sérgio Moro compeliu dois acusados a oferecerem o número de suas contas bancárias, sob o pretexto de que a cooperação internacional não

funcionava naquela época⁵⁰; e, o segundo, quando ele determinou que Polícia Federal oficiasse todas as companhias aéreas para saber os voos em que o advogado de um dos investigados estava⁵¹.

Na verdade, o plano inicial do MPF e da Polícia Federal era fazer as buscas e prisões e depois remeter os processos para as cidades de residência dos investigados, que, na maioria dos casos, eram também os seus centros de operações (MORO, 2021, p. 36). Todavia, Moro (2021, p. 36) argumenta que, “em quase todos os lugares, os processos, quando chegaram, foram tratados sem muita prioridade, o que resultou na soltura dos presos e no prosseguimento moroso das ações”.

Para ele, a lição extraída deste caso foi que “faça o seu trabalho e não remeta, se a lei permitir, o processo a outro juízo, pois a atenção que ele receberá é incerta” (MORO, 2021, p. 36).

De fato, o destino final da Operação foi a remessa dos autos para os juízes competentes. Moro (2021, p. 36) reclama disso afirmando que perdeu o controle sobre os processos e que muitos deles restaram prescritos pela falta de atenção dos outros juízes federais, mas, principalmente, por causa do sistema recursal brasileiro (que permitiu aos réus continuarem recorrendo das decisões).

Chama atenção, contudo, o fato de que – em 2020 – o STF reconheceu a parcialidade dele na condução das investigações. Segundo noticiou o Consultor Jurídico⁵² (CONJUR), “Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski entenderam que Moro pulou o balcão para se tornar acusador por ter colhido depoimento da delação premiada de Alberto Youssef e por ter juntado documentos aos autos depois das alegações finais da defesa”.

Em seu voto no *Habeas Corpus* nº 144.615, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que “coisas muito estranhas aconteceram em Curitiba, naquela Vara Federal”, ao reconhecer que o *modus operandi* do ex-juiz era de significativo desprezo pela imparcialidade e devido processo legal.

O apetite de Moro por medidas de exceção se manteria também ao longo da Operação Lava Jato.

⁵⁰ Disponível em: <<https://www.prerro.com.br/no-banestado-moro-obrigou-investigado-a-produzir-prova-contra-si-mesmo/>>. Acesso em: junho de 2022.

⁵¹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-05/excessos-sergio-moro-sao-discutidos-cnj-2005#author>>. Acesso em: junho de 2022.

⁵² Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/ajudar-provas-moro-nao-julgado-banestado>>. Acesso em: junho de 2022.

Fora todas as estratégias de emergência citadas ao norte, é possível mencionar três circunstâncias que demonstram a preferência de Moro por atuar a margem dos direitos e garantias individuais no âmbito da Operação Lava Jato.

Em primeiro lugar, podemos citar a sua conivência com os atos normativos do TRF-4, que lhe permitiram officiar somente nos processos que tivessem relação com a Lava Jato, de modo que, entre 2014 e 2018, Sérgio Moro se dedicou exclusivamente aos casos da operação, transformando a vara de Curitiba num verdadeiro juízo de exceção (RODRIGUES, 2021, p. 239).

Em segundo lugar, podemos citar suas ações estratégicas para manter os casos da Lava Jato sob o domínio da 13ª Vara Federal Criminal. Isso porque, a fim de induzir o STF a manter em Curitiba a competência dos casos, “o juiz Sérgio Moro não incluiu em suas decisões a relação de todos os fatos criminosos, acompanhados dos respectivos locais de consumação, limitando-se a citar apenas os poucos fatos que faziam referência a alguma cidade do estado do Paraná” (RODRIGUES, 2021, p. 239).

Por último, podemos citar as suas reiteradas tentativas de manter “viva” a Lava Jato, ainda que essa fosse a função do Ministério Público Federal.

O principal exemplo disso é confessado no livro “*Contra o sistema da corrupção*” (2021, p. 47).

A história é a seguinte: no início da Operação, após a prisão de Paulo Roberto Costa, o Ministro do STF, Teori Zavascki, suspendeu as investigações, mandou libertar os detidos e determinou o envio do caso a Suprema Corte, haja vista que a defesa do ex-diretor da Petrobras havia logrado demonstrar – em sede de *habeas corpus* – que a 13ª Vara Federal Criminal estava investigando, na surdina, pessoas com prerrogativa de foro.

Perturbado com o pronunciamento do ministro, Moro (2021, p. 48) refletiu ao longo de dias como faria para reverter aquela decisão. Ele pensou em ligar para Zavascki pedindo que reconsiderasse e mantivesse Paulo Roberto Costa preso (assim seria mais fácil dele delatar), mas desistiu por não ter proximidade com o ministro.

Então, se antecipando ao MPF, ele arquitetou uma estratégia que ao final se provou acertada, qual seja: Moro identificou entre os presos iniciais da Operação um narcotraficante ligado ao doleiro Carlos Habib Chater; nesse momento, ele encaminhou um ofício a Teori perguntando se a decisão de libertar o ex-diretor da Petrobras se estendia também aos outros 11 presos, incluindo, o traficante de drogas. No que o Ministro Zavascki, para não ter que soltar o referido investigado, voltou atrás em sua decisão e mandou prender novamente Paulo Roberto Costa (MORO, 2021, p. 48).

Após isso, Moro encaminhou ao STF todos os processos da Operação Lava Jato, o que – na visão dele – foi decisivo para que a 2ª Turma entendesse por manter a competência da 13ª Vara Federal Criminal nos processos envolvendo a Petrobras. “A Lava Jato estava salva e as investigações continuariam”, disse ele (MORO, 2021, p. 49).

Ora, os relatos acima ilustram bem o modo particular como Sérgio Moro vê o sistema penal, notadamente, o processo penal e a pena criminal.

Ele sustenta que no processo penal brasileiro, “há uma valorização excessiva do formalismo jurídico, que, na área criminal, acaba servindo como escudo protetor para acusados com algum poder econômico, capazes de contratar advogados com competência para manejar o intrincado sistema processual penal brasileiro” (MORO, 2021, p. 25-26).

Ademais, a “busca pela verdade no processo penal transforma-se, muitas vezes, na busca pelo erro processual, na tentativa de anular todo um trabalho do policial, do procurador ou do juiz, a partir de pequenas falhas formais que, na maioria dos casos, em nada prejudicam a qualidade das provas nem afetam direitos fundamentais do acusado” (MORO, 2021, p. 26).

Por outro lado, o objetivo da pena criminal seria “neutralizar o risco oferecido pelo preso à sociedade e recuperá-lo a fim de retornar, após a prisão, ao convívio social” (MORO, 2021, p. 161). Isto significa que “não adianta nada encarcerar um criminoso e imaginar que apenas isso resolve o problema. Se ele não for controlado, sempre terá uma maneira de reiterar a atividade criminosa, transformando a cela em um QG do crime” (MORO, 2021, p. 161).

Portanto, controle e disciplina fariam do ambiente prisional o local propício a ressocialização, inclusive, com o oferecimento de oportunidades de trabalho e estudo ao preso (MORO, 2021, p. 161).

Segundo Moro (2021, p. 26), essas sempre foram as perspectivas que guiaram sua atuação na magistratura.

Ora, uma simples mirada no discurso do ex-juiz a respeito do sistema penal já é suficiente para revelar a presença da razão de estado na base de seu pensamento jurídico. Contaminado por uma visão bélica do direito penal, ele se deixa capturar pelo dogma “*fins justificam meios*”, bem como, orienta sua percepção política através da lógica amigo x inimigo, a qual está na base da própria emergência.

Em sua visão, o excesso de formalismo nada mais é do que as intransponíveis barreiras que os direitos fundamentais colocam a atuação do poder punitivo, o que dificultaria a ação estatal na perseguição de acusados criminais. Com efeito, diferentemente do autoritarismo da segunda metade do séc. XX, marcado pela perseguição aberta de opositores, sua

compreensão acerca do sistema penal operaria desde uma perspectiva mais refinada, mais *soft*, isto é, o discurso emergencial.

Com efeito, em 1º de janeiro de 2019, essa particular forma de autoritarismo iria se deslocar de Curitiba para Brasília, através da saída de Sérgio Moro da magistratura e de sua entrada, oficial, na vida política.

De acordo com Moro (2021, p. 127), o convite para assumir a pasta do Ministério da Justiça e Segurança Pública partiu de Paulo Guedes, em 23 de outubro de 2018 (uma semana depois dele ter divulgado a delação premiada de Antônio Palocci no primeiro turno das eleições), numa reunião particular na casa de um amigo comum, na cidade de Curitiba.

A aceitação do convite, segundo o autor, ficou condicionada a “avançar na agenda anticorrupção, a fim de consolidar o progresso obtido durante a Lava Jato, e desejava também uma atuação mais incisiva do governo federal contra o crime organizado e a criminalidade violenta” (MORO, 2021, 128).

Outrossim, Bolsonaro se comprometeria a delegar ao novo ministro o direito de indicar, para os principais postos subordinados ao Ministério da Justiça, nomes ligados a Lava Jato – a exemplo de Erika Marena para o DRCI, Roberto Leonel para o COAF, Maurício Vailleixo para a Diretoria da Polícia Federal e Rosalvo Franco para o centro de Operações Integradas; bem como, o Planalto apoiaria um novo projeto de lei que substituiria o fracassado PL 4850/2016, popularmente conhecido como *10 medidas contra a corrupção*.

O curto período de um ano e quatro meses de Sérgio Moro no governo Bolsonaro é considerado por vários cientistas políticos como relativamente tímido, não utilizando seu grande capital político e as prerrogativas do cargo para “fazer avançar novas condições estruturantes para uma segurança pública mais cidadã e efetiva” (KERCHE; MARONA, 2022, p. 205).

De fato, suas principais ações a frente do Ministério da Justiça e Segurança Pública, como ele mesmo relata, foram 1º) a transferência dos líderes do PCC de São Paulo para penitenciárias federais; 2º) a criação do programa “Em frente Brasil”, consistente na saturação do policiamento ostensivo em 05 cidades brasileiras, por meio da atuação conjunta de União, Estados e Municípios; 3º) A criação de uma Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP) para situações de emergência prisional, tendo a referida força se instalado primeiramente no complexo penitenciário de Santa Izabel/PA (MORO, 2021, p. 135).

Como se pode constatar, a atuação do Ministro Moro esteve muito ligada ao campo prisional. A experiência dele a frente da prisão federal de Catanduvas, e depois, como

corregedor da justiça federal junto aquela unidade prisional, foram de grande peso para a construção do seu programa político na área da segurança pública (MORO, 2021, p. 161).

Ele percebeu que junto com o combate a corrupção, era preciso fazer uma reforma do sistema penitenciário. Primeiro, por meio da indicação de uma pessoa da sua confiança para o DEPEN (neste caso o Delegado de Polícia Federal Fabiano Bordignon), depois, por meio de uma reforma legislativa que abarcasse essa necessidade (MORO, 2021, p. 161).

Ocorre que o combate a corrupção teve que ficar em segundo plano durante a gestão de Sérgio Moro no Ministério da Justiça e Segurança Pública. Principalmente, porque, enquanto ele esteve em Brasília, o governo Bolsonaro foi sucessivamente impactado por escândalos envolvendo pessoas próximas ao Planalto ou mesmo ligadas ao círculo íntimo do Presidente da República (KERCHE; MARONA, 2022, p. 203).

O primeiro desses escândalos foi relacionado ao então Ministro da Casa Civil de Bolsonaro, Onix Lorenzoni, citado na delação premiada dos irmãos Joesley e Wesley Batista como tendo recebido valores oriundos de caixa dois eleitoral da JBS, o que depois foi confessado por Lorenzoni; em seguida, a aparição de acusações contra o filho do presidente, Flávio Bolsonaro, como partícipe num esquema de “rachadinhas” na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (KERCHE; MARONA, 2022, p. 203-204).

Acuado pela notoriedade desses e outros incidentes envolvendo corrupção no governo federal, de fato, não sobrou a Moro outra opção senão concentrar os esforços do Ministério da Justiça no campo da execução penal. Enquanto isso, restava também trabalhar pela aprovação de um pacote legislativo que injetasse – de uma vez por todas – o ideal lavajatista na fisiologia do sistema jurídico brasileiro (KERCHE; MARONA, 2022, p. 205).

Segundo Moro (2021, p. 177), ainda no fim de 2018 ele e sua equipe já tinham começado a trabalhar no projeto da Lei 13.964/2019, o qual seria protocolado no início de 2019, assim que fosse formada a presidência da Câmara, do Senado e das comissões legislativas no Congresso. O objetivo era a alteração de, ao menos, 16 leis criminais, endurecendo o tratamento punitivo no Brasil.

Na Câmara, o projeto de Sérgio Moro foi unido a uma proposta legislativa anteriormente apresentada pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes, transformando-se no PL 10.372/2018. Então, foi criado um Grupo de Trabalho, composto de vários partidos de esquerda e direita, que por aproximadamente 200 dias se debruçou sobre o PL e alterou uma série de disposições constantes na proposta inicial (KERCHE; MARONA, 2022, p. 206).

Com efeito, somente em outubro de 2019, após a efetiva aprovação da reforma da Previdência e a finalização do relatório por parte do Grupo de Trabalho, foi que o Projeto de

Lei 13.964/2019 entrou na mira do plenário. Para impulsionar a votação do pacote legislativo, o Ministério da Justiça e Segurança Pública investiu numa campanha publicidade com o lema “a lei tem que estar acima da impunidade”. Todavia, o TCU suspendeu a divulgação sob o argumento de que a campanha não tinha propósito educativo ou informativo, já que a questão ainda estava em tramitação no Congresso (MORO, 2021, p. 178).

A partir de outubro, Moro tentou ao máximo convencer o Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, a levar o PL 10.372/2018 para votação em plenário. Todavia, além da resistência de deputados de outros partidos, o Planalto não se movimentou para que ele fosse aprovado. Era uma luta isolada do Ministro da Justiça (MORO, 2021, p. 189).

No dia 04 de dezembro de 2019, o PL 10.372/2018 foi submetido ao plenário da Câmara e, após manifestação favorável de partidos da situação e oposição, votado em caráter de urgência. Durante a votação, foi ressaltado por diversos deputados a atuação democrática do Grupo de Trabalho, coordenado pela Deputada Federal Margareth Coelho⁵³.

Dentre as propostas constantes no projeto encaminhado por Sérgio Moro, várias foram vetadas pelo Grupo de Trabalho. Era o caso da excludente de ilicitude para agentes de segurança pública (que na prática funcionaria como verdadeira licença para matar); da disposição prevendo a barganha no âmbito do sistema penal; do confisco alargado; bem como, da emenda constitucional prevendo a execução provisória da pena após condenação em segunda instância.

Por outro lado, proposições importantes foram inseridas, no relatório final do PL 10.372/2018, a partir da atuação de Deputados Federais de oposição como Marcelo Freixo e Orlando Silva; introduzindo no Brasil a previsão do sistema acusatório; do Juiz de Garantias; da necessidade de fundamentação das decisões que decretassem prisões preventivas e temporárias; da revisão *ex officio* de prisões a cada 90 dias; da cadeia de custódia da prova; *etc.*

Era visível que nenhuma das bancadas no Parlamento estava totalmente satisfeita com a redação final do projeto. Porém, da tribuna da Câmara, o Deputado Capitão Augusto acalmou as lideranças dizendo que, não obstante as radicais mudanças promovidas pelo Grupo de Trabalho, entre 65 a 70% da proposta inicial do Ministério da Justiça e Segurança Pública estava intacta. De sorte que, nos pontos mais importantes para o governo, ela havia sobrevivido. Sobretudo, em relação a execução penal, a qual experimentaria uma mudança de paradigma com a aprovação da Lei 13.964/2019.

⁵³ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kQudbvB7vUw>>. Acesso em: junho de 2022.

Destaque-se que o Deputado Glauber Paiva ainda advertiu que a Lei 13.964/2019 - mesmo com as alterações sofridas no Grupo de Trabalho - seria um verdadeiro veneno para a Segurança Pública e o direito brasileiro, haja vista o tom autoritário que a proposta assumia em grande parte de seu texto. Já o Deputado Ivan Valente, reconheceu que o plano da oposição foi tão somente reduzir os danos da bomba política que seria a aprovação do PL 10.372/2018 em sua versão original.

No mesmo dia, a proposta foi aprovada com folgada na Câmara dos Deputados Federais e na semana seguinte - 12 de dezembro de 2019 - ela foi aprovada sem modificações no Senado Federal. Finalmente, em 24 de dezembro de 2019, ela foi encaminhada para a sanção presidencial, tendo Jair Bolsonaro sancionado, com poucos vetos, a Lei 13.964/2019, também conhecida como Lei "Anticrime".

Moro (2021, p. 188) relata que implorou a Bolsonaro que vetasse disposições como o Juiz de Garantias e a cadeia de custódia da prova, mas o Presidente deu de ombros ao pedido e manteve a assinatura da referida Lei; praticamente nos moldes como ela havia sido encaminhada pela Câmara dos Deputados.

O Ministro então se resignou, notadamente porque um dos seus principais intentos já havia sido alcançado, qual seja: conferir um novo desenho legislativo para a execução penal no Brasil. Era a *vitória de pirro* da Política Criminal de Emergência.

2.5. A execução penal na Lei 13.964/2019: um novo desenho legislativo para a pena privativa de liberdade (?)

Que a Lei 13.964/2019 - particularmente no que toca a execução penal - é um tributo a política criminal de emergência, já está claro. Entretanto, a partir dessa constatação, compreendemos ser imperativo realizar uma análise dos novos elementos introduzidos pelo pacote de Sérgio Moro no sistema penitenciário brasileiro.

Em primeiro lugar, no que tange ao atual *design* da execução penal, é possível observar duas espécies de alterações promovidas pela Lei 13.964/2019: a primeira, consistente num conjunto de mudanças dentro do corpo da Lei 7.210/84 (LEP), as quais poderíamos chamar de alterações *estricto sensu*; e, a segunda, consistente num conjunto de mudanças em outros diplomas legais (como o Código Penal, a Lei de Transferência de Presos para Presídios Federais e a Lei das Organizações Criminosas) mas que afetam diretamente o sistema de execução da pena privativa de liberdade no Brasil, as quais poderíamos chamar de alterações *lato sensu*.

Em relação as alterações *estricto sensu* na Lei de Execução Penal nota-se a inserção dos seguintes elementos: *i*) identificação obrigatória do perfil genético; *ii*) uma nova hipótese de falta grave; *iii*) um novo sistema de Regime Disciplinar Diferenciado (RDD); *iv*) um novo sistema de progressão de regime; e *v*) uma nova vedação a saída temporária.

O artigo 9º da LEP foi modificado para prever que todo condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como, por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, logo que der entrada em um estabelecimento prisional.

Entre os parágrafos 1º e 7º do novo artigo 9º, consta o itinerário que deverá ser seguido, dentro da casa penal, para extrair o material genético do interno, sendo que, especificamente no §4º, consta a previsão de que “o condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena”.

Há, ainda, uma ressalva empreendida pelo §5º com o fim nítido de minorar as consequências da extração compulsória do material genético do preso, ao afirmar que a “amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar”.

O caráter compulsório da medida está explicitado no §8º do referido dispositivo, cuja redação afirma que “constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”. Inclusive, o novo art. 50 da LEP reforça essa afirmação dizendo que “comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que [...] recusar a submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”.

Ou seja, a ausência de contribuição do preso com eventuais investigações criminais futuras, afetarão, hoje, a execução da sua pena; tornando possível para a administração penitenciária aplicar contra ele punições administrativas de diversas naturezas, desde restrições de benefícios a regressões de regime.

O artigo 52 da LEP, por sua vez, foi alterado no sentido de prever uma outra sistemática para o RDD.

De acordo com Valois (2021, p. 117), o RDD é uma punição “rigorosíssima criada pelas mentes férteis dos técnicos de segurança pública chamados a atuar no sistema penitenciário”. Sua criação remonta a Lei 10.792/2003, cujo escopo foi resolver uma prática ilegal –

fomentada pela resolução n. 26/2001/SP – em curso no Estado de São Paulo, a saber: eram enviados para lá presos de outras unidades da federação a fim de que cumprissem pena em estabelecimentos mais severos.

Agora, com a reformulação da Lei 10.792/2003 pela Lei 13.964/2019, o *caput* do art. 52 da LEP passa a prever que “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado”.

Suas consequências, como explica Valois (2021, p. 116), são: *i*) cumprir a medida em até 2 anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave; *ii*) isolamento em cela individual; *iii*) receber visitas apenas quinzenalmente, de 2 pessoas por vez, dentro de uma instalação equipada para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de duas horas; *iv*) saída da cela somente por duas horas diárias, em grupos de até 4 quatro presos, não podendo ter contato com os outros presos; *v*) realizar entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos; *vi*) ter fiscalizado o conteúdo da sua correspondência; *vii*) participar das audiências, preferencialmente, por videoconferência (com o direito do defensor estar no mesmo ambiente do preso).

Lembrando que, quanto à visitação do interno, os §§6º e 7º do referido artigo, vão além e dizem que as visitas serão gravadas em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e fiscalizada por agente penitenciário. Inclusive, pelo § 7º, somente após 6 meses de RDD, o preso que não receber visitas poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, gravado, com uma pessoa da família, duas vezes por mês e por somente 10 minutos.

Além disso, o § 1º do art. 52 da LEP aduz que o RDD se aplicará a qualquer preso que apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; ou sob os quais haja suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente dele ter praticado falta grave.

Sem mencionar que, segundo os §§3º, 4º e 5º, na hipótese de existirem indícios de que o interno exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ele terá que cumprir a medida em prisão federal de segurança máxima, podendo o RDD ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 ano, caso haja indícios que ele continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade; ou que ainda mantém vínculos com a organização.

Por outro lado, o sistema de progressão de regime previsto no art. 112 da LEP foi completamente modificado pela Lei 13.964/2019, por meio da introdução de novos marcos temporais para a progressão, isto é, de *i*) 16%, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; *ii*) 20%, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; *iii*) 25% , se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; *iv*) 30%, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; *v*) 40%, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; *vi*) 50% da pena, se o apenado for *vi.i*) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; *vi.ii*) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou *vi.iii*) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; *vii*) 60%, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; e, *viii*) 70%, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, sendo vedado para ele o livramento condicional.

Outrossim, conforme o atual § 1º, em todos os casos acima, o preso só poderá progredir de regime se ostentar boa conduta carcerária, que deverá comprovada pelo diretor do estabelecimento penal. Bem como, pelos §§6º e 7º, fica determinado que o cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, de modo que o reinício da contagem terá como base a pena remanescente, podendo o bom comportamento ser readquirido somente após um ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.

Destaque-se, também, que – de acordo com §2º do 122 da LEP – a decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes, bem como, pelo §5º, não será considerado como crime hediondo ou equiparado, para fins de progressão, o delito de tráfico de drogas.

Por último, o art. 122 da LEP foi modificado para prever que os condenados que cumprem pena em regime semiaberto não poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, se cumprirem sanção por praticar crime hediondo com resultado morte.

Em relação às alterações legislativas *latu sensu* da execução penal brasileira, certamente, uma das impactantes foi a promovida no âmbito do Código Penal. Apenas dois artigos foram modificados, contudo, tratou-se de uma radical transformação quanto a pena privativa de liberdade no Brasil, a saber: o estabelecimento de um novo limite para as penas criminais e a criação de novas exigências para a concessão do livramento condicional.

Primeiramente, o art. 75 do CP previu que, a partir daquele momento, o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade poderia atingir o limite de 40 anos, de sorte que, segundo o § 1º, quando o agente fosse condenado a penas privativas de liberdade cuja soma fosse superior a esse período, elas deveriam ser unificadas para atender ao limite máximo anteriormente mencionado.

Em seguida, o art. 83 do CP previu que o juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 anos, somente nos casos em que for *i)* cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; *ii)* cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; *iii)* comprovado bom comportamento durante a execução da pena; *iv)* não ter cometido falta grave nos últimos 12 meses; *v)* ter bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e *vi)* mostrar aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Note-se que o livramento condicional constitui a fase final não institucionalizada da execução da pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, sendo considerada um poderoso instrumento desencarceramento, o qual, pela Lei 13.964/2019, foi sensivelmente reduzido para abarcar somente uma ínfima parcela do contingente prisional (VALOIS, 2021, p. 114).

Outra alteração *latu sensu* ocorreu em relação a Lei 11.671/2008, conhecida como Lei de Transferência de Presos para Presídios Federais, a qual foi modificada para prever: a) novas hipóteses de transferência de internos para presídios federais de segurança máxima; b) novos marcos temporais de permanência nessas unidades prisionais; c) possibilidade de um órgão jurisdicional colegiado tomar as decisões sobre a transferência; e, d) possibilidade que cada estado da federação possua uma prisão federal de segurança máxima.

Primeiramente, consoante o novo art. 3º da Lei 11.671/2008 serão encaminhados para estabelecimentos prisionais federais de segurança máxima aqueles detentos para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.

Segundo o §1º, as características do regime fechado em segurança-máxima, a partir da Lei 13.964/2019, serão: *i)* recolhimento em cela individual; *ii)* visita do cônjuge, do

companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações; *iii*) banho de sol de até 2 horas diárias; e *iv*) monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita.

Além disso, o hodierno § 2º do art. 3º da Lei 11.671/2008, determina que os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas e no atendimento advocatício, salvo expressa autorização judicial em contrário.

A Lei 11.671/2008 ainda ressalva no § 3º que as gravações das visitas não poderão ser utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento. Todavia, pelo § 4º, fica determinado que os diretores dos estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou o Diretor do Sistema Penitenciário Federal poderão suspender e restringir o direito de visitas.

Já o § 1º do art. 10 da Lei 11.671/2008 passa a prever que, não obstante a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima seja medida excepcional e por prazo determinado, o período de permanência será de até 3 anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram.

O novo art. 11-A, por seu turno, estabelece que as decisões relativas à transferência ou à prorrogação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, à concessão ou à denegação de benefícios prisionais ou à imposição de sanções ao preso federal poderão ser tomadas por órgão colegiado de juízes, na forma das normas de organização interna dos tribunais.

Finalmente, o art. 11-B da Lei 11.671/2008 passa a autorizar que qualquer Estado, assim como o Distrito Federal, poderá construir estabelecimentos penais de segurança máxima, ou adaptar os já existentes, aplicando-se para esses casos o que estabelece a sobredita legislação.

Como apontamos acima, a última alteração *latu sensu* promovida pela Lei 13.964/2019 ocorreu no âmbito da Lei das Organizações Criminosas (ORCRIM), a qual foi modificada para prever, no novo art. 2º, §§8º e 9º, o cumprimento inicial obrigatório da pena, por lideranças de organizações criminosas armadas, em estabelecimentos penitenciários

federais de segurança máxima, bem como, a impossibilidade de progressão da pena ou de aplicação de substitutivos penais para membros de ORCRIM's.

É irônico perceber que, não obstante toda essa arquitetura legislativa, a Lei 13.964/2019 não possui sequer uma exposição de motivos. Ela tão somente apresenta, em seu cabeçalho, os dizeres: “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”.

Ora, em que pese a Lei 13.964/2019 tenha alterado aproximadamente 100 artigos de lei – o que, em números absolutos, é quase um terço do Código Penal – não houve a preocupação de estabelecer, ao menos em poucas linhas, as vigas mestras do projeto de Sérgio Moro. Ao contrário, o que existe é apenas uma justificativa que o Ministério da Justiça e Segurança Pública apresentou ao executivo federal no momento da proposição do PL 10.372/2018.

Naquela ocasião, ao invocar o discurso de emergência, Sérgio Moro definiu a proposta legislativa nos seguintes termos:

O Brasil atravessa a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública. Corrupção, diz-se com certa descrença, faz parte de nossa história, acompanhamos desde a chegada de Pedro Álvares Cabral em nosso território, pois, afirma-se que Pero Vaz de Caminha, em carta ao Rei de Portugal, teria solicitado liberdade para o seu genro que estaria preso na ilha de São Tomé. Corrupção, portanto, sempre existiu, porque é inerente à condição humana. Coisa diversa é a elevação acentuada de tal prática nas duas últimas décadas, fato este exibido pela mídia diariamente. Os índices da Transparência Internacional mostram vertiginosa piora do Brasil no ranking mundial. No ano de 2001, a pesquisa colocou o país na 46ª posição. Piorou a classificação no ranking de 2017, quando classificou-se na 96ª posição. E o mais grave é que as prisões de conhecidas pessoas do mundo político e econômico, não tiveram o esperado efeito de estancar referida prática. Ela continua desafiando o Estado. Na outra ponta, mas totalmente conectada à corrupção, encontra-se a questão da segurança pública. Esta, tal qual a primeira, avança de forma assustadora. É possível afirmar que nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural. É um fato notório que dispensa discussões. Nenhum exemplo seria melhor do que os ataques ao patrimônio público e privado que ocorreram nas cidades do Ceará no mês de janeiro de 2019, tudo porque o governo estadual anunciou que impediria o uso de celulares nos presídios e indicou um Secretário da Segurança não desejado pelas organizações criminosas que atuam no local. Segundo notícia da imprensa, no sétimo dia o número de ataques chegou a 180 e os criminosos explodiram uma ponte no km 6 da BR-222, em Caucaia, a 18 km de Fortaleza. Além disto, ônibus foram incendiados na capital e no interior. A situação se agravou posteriormente, exigindo a presença da Força Nacional. Óbvio que se está diante de uma criminalidade diferenciada, que põe em risco a existência do próprio Estado, planejando e executando a morte de seus agentes. Algumas destas facções, inclusive, possuem tribunais que julgam não apenas os seus membros, mas também terceiros que cometem crimes comuns. A rede mundial de computadores mostra a ação destes órgãos em quantidade significativa, em vários estados, merecendo destaque julgamento em Pirassununga, SP, realizado por celular e em Porto Alegre, com colheita de provas em audiência. Em ambos houve condenação à morte, executada de imediato. Por isso tudo, Guilherme

de Souza Nucci, com razão, considera a criminalidade organizada atentatória aos direitos humanos, inclusive porque impede investimentos sociais em saúde, educação, moradia e trabalho. É evidente que o Código de Processo Penal de 1941 e a legislação que a ele se seguiu não estão atendendo às necessidades atuais. Assim, as reformas que ora se propõem visam dar maior agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, quando impostas⁵⁴.

Nas palavras de Valois (2021, p. 176), a ausência de uma exposição de motivos neste ambicioso projeto de engenharia institucional, demonstra o seu significativo déficit democrático e científico, ao romper com uma antiga “tradição de permitir o debate de suas justificativas por parte da sociedade, da comunidade acadêmica, das instituições envolvidas, da Ordem dos Advogados, de todos, sendo um emaranhado de normas apresentado para a sociedade sem bases, sem fundamentos”.

Mas ainda é preciso ir além. Estamos convencidos que a ausência de uma exposição de motivos no corpo da autoproclamada Lei “Anticrime” não foi somente uma falha, um lapso; mas uma decisão estratégica. Foi a tentativa do lavajatismo de transformar a emergência em normalidade, a exceção em regra e não dar explicações ninguém. Daí porque a principal tarefa da crítica garantista consiste em revelar aquilo que o poder busca esconder. No caso, as tensões entre a política garantista e a política de emergência lavajatista no campo da execução penal.

54 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01aiig1j6envhwrday5hdc7v5a25683013.node0?codteor=1712088&filename=Tramitacao-PL+882/2019>. Acesso em: Junho de 2022.

3. O GARANTISMO JURÍDICO-PENAL E SEU PROGRAMA POLÍTICO: notas introdutórias ao pensamento de Luigi Ferrajoli

3.1. Entre o direito e a razão: o que é o garantismo jurídico-penal

A palavra “garantismo” é um neologismo que data do século XIX. Sua origem remontaria aos escritos de Charles Fourier (1772-1837), como espécie de estado da evolução civil anterior à realização de uma sociedade plenamente socialista. Nessa primeira acepção, se compreendia o garantismo num sentido mais social, designando um sistema político que procurava “salvaguardar os sujeitos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais (partindo daqueles conexos à subsistência) através de um plano de reformas que diz respeito tanto à esfera pública quanto à privada” (IPPOLITO, 2011b, p. 35).

Luigi Ferrajoli (2012, p. 13) costuma dizer que “o garantismo é a contraface do constitucionalismo”. Para ele, o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e vínculos, substanciais e formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pela Constituição Federal; e, como teoria do direito, equivale a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade de suas formas de produção, mas, principalmente, na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.

Ferrajoli (2006a, p. 18) complementa essa afirmação ao afirmar que o garantismo se configura tanto como uma teoria projetiva, dirigida a integrar as lacunas com as garantias que estão presentes em nível constitucional – porém, não em nível legislativo –, quanto uma teoria crítica, direcionada a identificar os traços de invalidade e incoerência da legislação vigente e da práxis judicial, em relação ao modelo constitucional.

Tais colocações permitem sustentar que o garantismo é uma construção teórica com pretensões amplas, sendo, antes de tudo, uma teoria do direito (positivo) e da democracia (constitucional), conforme aponta o próprio Ferrajoli (2011a, p. 17) em seu *capolavoro*, *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*.

Como teoria do direito, o garantismo está voltado para a diferenciação entre vigência e validade⁵⁵ das normas infraconstitucionais em relação à lei fundamental, a fim de

⁵⁵ Ferrajoli (2020, p. 46) pontua a diferença entre vigência e validade da seguinte maneira: “para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam as formas e os procedimentos do ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, o seu significado”. Em outra oportunidade, ele aprofunda um pouco mais essa explicação dizendo que “as

evidenciar lacunas e suprimir antinomias e, como teoria da democracia, ele se presta a estabelecer uma conexão indissociável entre democracia formal e substancial, isto é, sobre a criação de limites e vínculos ao que pode decidir uma maioria frente a uma minoria, bem como, ao que não pode deixar de decidir.

Daí porque o autor defende a existência de um garantismo patrimonial, para designar o sistema de garantias que tutelam o direito de propriedade e o restante dos direitos patrimoniais; um garantismo liberal ou penal, para designar as técnicas estabelecidas para a defesa dos direitos de liberdade, principalmente, os direitos de liberdade pessoal, frente a intervenções policiais ou judiciais arbitrárias; um garantismo social, para designar o conjunto de garantias encaminhadas a satisfazer os direitos sociais, como os direitos à saúde, a educação e trabalho; e até um garantismo internacional, para designar as garantias idôneas para a tutela dos direitos humanos estabelecidos nas declarações e convenções internacionais (FERRAJOLI, 2018a, p. 23).

Em termos gerais, segundo Abellán (2009, p. 21), o garantismo jurídico é um instrumento para a defesa dos direitos dos indivíduos frente a sua eventual agressão por outros indivíduos e, sobretudo, por parte do Estado, por meio do estabelecimento de limites e vínculos ao poder a fim de maximizar a realização desses direitos e minimizar suas ameaças.

Ademais, o garantismo se oporia ao autoritarismo na política e ao decisionismo no direito, propondo, frente ao primeiro, a tese da democracia substancial e, frente ao segundo, o princípio da legalidade, na forma de um governo *sub leges* (mera legalidade) e *per leges* (estrita legalidade) (ABELLAN, 2009).

Tudo isso, anota Ferrajoli (2011b, p. 18), é fruto de uma dura lição da história, ensinada pelo fracasso das grandes revoluções políticas do século XX, as quais – não obstante animadas por projetos de emancipação universal – subestimaram os direitos fundamentais em detrimento da confiança no “bom” poder; tão somente pelo fato dele haver sido conquistado e exercido em nome dos oprimidos.

Nas palavras de Trindade (2011, p. 128), “Ferrajoli afirma que a ideia de direito que marca as Constituições democráticas se caracteriza por ser sempre contrária ao poder. Vez

condições de validade das leis não são mais apenas formais, mas também substanciais, consistindo não apenas no único aspecto das regras processuais e de competência para a formação das decisões, mas também em um duplo vínculo de conteúdo: primeiro, na coerência das regras produzidas com os princípios constitucionais e, portanto, na proibição de produzir normas que conflitem com eles; segundo, na completude do sistema normativo e, portanto, na obrigação de introduzir as garantias dos direitos através de leis idôneas de implementação/atuação” (FERRAJOLI, 2011d, p. 43-44). Portanto, podemos dizer que a vigência ou efetividade de uma norma depende unicamente de sua validade formal (ou seja, ter obedecido ao respectivo processo legislativo), porém, o direito também deve exigir que as normas sejam substancialmente válidas (isto é, que guardem uma relação de coerência e completude com a Constituição Federal).

que, na base da teoria da democracia constitucional, existe uma concepção pessimista do poder, cujas origens remontam à Montesquieu”.

Dessa maneira, é possível identificar alguns traços comuns à ideia do que é garantismo: a diferença entre vigência e validade, a primazia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, como critério de legitimação e – sobretudo – de deslegitimação das leis infraconstitucionais; a desconfiança em relação aos poderes, sejam de natureza pública ou privada; a vinculação e a limitação desses mesmos poderes por parte dos direitos e garantias fundamentais; bem como, o seu aspecto mais importante, a proteção – por meio de direitos – do mais débil frente ao mais forte.

Não é à toa que Ferrajoli (2014, p. 131) apresenta a regra de ouro do garantismo como sendo “*la legge del più debole* em oposição à *la legge del più forte*, que prevaleceria em sua ausência”.

Ademais, é preciso ressaltar que o garantismo foi pensado para muito além dos limites do direito penal e processual penal. Todavia, é inquestionável sua aderência ao campo punitivo, vez que é lá onde se consegue sentir com maior evidência todas as tensões apontadas entre direito e poder.

Embora *Diritto e ragione*, na sua parte final, tenha se concentrado mais em trabalhar aspectos gerais da teoria garantista, nota-se que a obra visa apresentar como exemplo privilegiado de aplicação dessa teoria a seara penal. Daí o termo garantismo jurídico-penal.

Com base nos ensinamentos de Ippolito (2011a, p. 57), pode-se conceituar garantismo jurídico-penal “como uma teoria do direito penal que busca ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, contra os delitos e as penas arbitrárias, ou como um sistema de garantia idôneo a minimizar a violência na sociedade: aquela criminal, de índole individual e aquela institucional, dos aparatos repressivos”.⁵⁶

Tal concepção é endossada por Ferrajoli (2014, p. 130) quando ele afirma que o garantismo jurídico-penal “representa a instância que foi própria do iluminismo jurídico, de minimização daquele ‘terrível poder’, como dizia Montesquieu, que é o poder punitivo, através da sua rígida sujeição ao direito⁵⁷”. Precisamente, através da sujeição do poder à lei e à Constituição.

⁵⁶ No original: *il garantismo si presenta come una teoria del diritto penale inteso quale strumento di protezione dei diritti fondamentali tanto contra dai delitti quanto dalla pene arbitrarie, ovvero come sistema di garanzie idoneo a minimizzare la violenza nella società: quella criminale dei singoli individui e quella istituzionale degli apparati repressivi*.

⁵⁷ No original: “*Ed esprime l’istanza, che fu propria dell’illuminismo giuridico, della minimizzazione di quel “terribile potere”, come lo chiamò Montesquieu, che è il potere punitivo, attraverso la sua rigida soggezione al diritto[...]*”.

3.1.1. Matrizes teóricas do garantismo

Pinho e Albuquerque (2017) anotam que o edifício garantista está assentado, basicamente, em três fundamentos teóricos: *i*) a filosofia analítica; *ii*) o juspositivismo⁵⁸ crítico; e *iii*) o (neo) iluminismo.

A filosofia analítica, segundo Sales (2021, p. 177), caracteriza-se como um certo estilo de argumentação e escrita; um modo de trabalhar em filosofia e de conceber as tarefas e os fins do discurso filosófico de modo rígido, portanto, analítico.

Para o autor, a filosofia analítica “faz uso de formalismos e linguagens ‘disciplinadas’, requer argumentação em qualquer ponto ‘controlável’ [...] tem um corte prevalentemente conceitual ou temático, não se ocupando tanto de autores ou de textos, mas de conceitos ou problemas” (SALES, 2021, p. 177).

E, de fato, é traço comum nas obras e artigos de Ferrajoli (2010, p. 10) o enorme rigor conceitual, sempre retomando as categorias de análise anteriormente apresentadas no texto, bem como, no emprego de uma teoria axiomatizada do direito⁵⁹.

Por outro lado, o garantismo também radica a sua matriz teórica no positivismo jurídico, ou seja, na efetiva separação entre direito e moral.

Segundo uma clássica definição, o juspositivismo pode ser identificado por meio de dois elementos: *i*) a tese das fontes sociais do direito, que reconhece o direito como um fenômeno social, criado e modificado por atos humanos, e *ii*) a separação entre direito e moral, no sentido de que o valor moral de uma norma não é condição suficiente, nem necessária para sua validade jurídica (MARQUES NETO, 2001, p. 13).

⁵⁸ Marques Neto (2001, p. 101), sobre o positivismo jurídico clássico, anota que “o termo positivismo jurídico nem sempre é empregado na acepção que lhe atribui o positivismo filosófico de [Augusto] Comte, ou o neopositivismo do Círculo de Viena. Ele pode indicar, por exemplo, uma ênfase conferida ao Direito Positivo, ou seja, ao conjunto normativo vigente, em oposição aos princípios ideais do Direito Natural. Neste caso, ele engloba todas aquelas correntes que veem na norma jurídica o fundamento principal, senão exclusivo, do Direito. Por outro lado, ele pode designar aquelas correntes de pensamento que enxergam no Direito antes de tudo um fato que se gera e se transforma dentro do espaço social e – o que é mais importante – que pode ser captado em sua realidade objetiva, ou seja, tal qual ele efetivamente é. Neste caso, a expressão juspositivismo traduz os princípios do positivismo filosófico”.

⁵⁹ A teoria axiomatizada do direito, para Ferrajoli (1997, p. 235), diz respeito a aplicação de um método próprio da filosofia analítica, consistente em extrair teoremas de definições ou postulados, ou até mesmo de outros teoremas, cuja regra de formação remonta aos estudos da lógica e da própria matemática. Em várias obras, Ferrajoli se vale dessa metodologia para apresentar os teoremas derivados de suas proposições axiomáticas.

Todavia, o positivismo ao qual o garantismo se filia não é exatamente aquele defendido por autores clássicos como Kelsen, Hart e Bobbio⁶⁰, isto é, aquele incapaz de distinguir lei vigente de lei válida.

Na visão de Ferrajoli (2004, p. 66), o garantismo se afasta dessa forma de positivismo (denominada por ele de paleopositivismo) na medida em que o direito contemporâneo não programa somente as suas formas de produção, através das regras sobre a formação das leis e demais disposições. Ele programa, principalmente, seus conteúdos substanciais, vinculando as normas aos princípios e aos valores constitucionais, por meio das técnicas de garantia cuja elaboração é tarefa da cultura jurídica.

Ainda segundo o autor, o garantismo opera toda uma série de alterações no modelo paleopositivista.

A primeira alteração reside no âmbito da teoria do direito.

Diferentemente dos teóricos clássicos do positivismo, os quais compreendiam que a validade da norma se identificava, seja qual fosse seu conteúdo, com a sua existência, o garantismo faz uma diferenciação clara entre vigência e validade, a fim de distinguir as dimensões de regularidade e legitimidade das normas, Ferrajoli (2004, p. 20) afirma que uma concepção puramente formal de validade, nada mais é que “fruto de uma simplificação, que se deriva, por sua vez, de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado Constitucional de Direito”.

Por isso, especialmente após a segunda guerra mundial, os Estados nacionais incluíram em suas constituições uma vasta gama de dispositivos substanciais, como são os direitos fundamentais, que de várias maneiras vinculam e constroem os poderes públicos, excluindo ou impondo um determinado conteúdo.

Enquanto o primeiro juspositivismo, adotado pelo Estado Legislativo de Direito⁶¹, foi responsável pela positivação do “ser” legal do direito, permitindo a democratização das suas formas de produção ao condicionar a validade formal ao seu caráter representativo, sobre o qual se funda a dimensão formal da democracia política; o segundo juspositivismo (de corte

⁶⁰ Não é o objetivo do presente trabalho realizar uma análise aprofundada das teorias de cada um desses autores, porém, indicamos a leitura – para uma síntese do pensamento de Kelsen, Hart e Bobbio – da obra de Andrés Botero Bernal, *El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX*. Disponível em: < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/6.pdf>>. Acesso em: dezembro de 2021.

⁶¹ Ferrajoli (2006a, p. 45) aponta que “o Estado de Direito moderno nasce na forma do ‘Estado legislativo de Direito’ (ou se se preferir do ‘Estado legal’), no momento em que esta instância se realiza historicamente com a exata afirmação do princípio de legalidade como fonte exclusiva do direito válido e existente anteriormente. Graças a esse princípio e às codificações que constituem a sua atuação, todas as normas jurídicas existem e simultaneamente são válidas desde que sejam ‘postas’ por autoridades dotadas de competência normativa”.

garantista), adotado pelo Estado Constitucional de Direito, foi responsável pela positivação do “dever ser” constitucional do próprio direito, que permite a democratização dos seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais, e sobre os quais se funda a dimensão substancial da democracia constitucional” (FERRAJOLI, 2012, p. 23).

A segunda alteração foi a introdução de uma dimensão substancial no conceito de democracia.

Nas palavras de Ferrajoli (2020, p. 46), o garantismo propõe uma mudança em nossa compreensão acerca da natureza da democracia, “a qual não consiste mais apenas no poder das maiorias [democracia política ou formal], mas também nos limites e nos vínculos impostos a ela para garantir os direitos fundamentais [democracia substancial]”.

Do mesmo modo como existem duas classes de normas que disciplinam a produção jurídica – as formais, que condicionam a vigência, e as substanciais, que condicionam a validade –, da mesma maneira, a democracia possui duas dimensões.

A dimensão formal, cuja principal manifestação é a representação política, refere-se ao *quem* e ao *como* das decisões e é garantida por normas formais (regras do devido processo legislativo) que são a expressão da vontade da maioria.

Por outro lado, a dimensão material ou substancial da democracia é constituída pelas garantias dos direitos estabelecidos constitucionalmente: primeiro, em suas garantias primárias, isto é, na proibição de lesão ou restrição dos direitos de liberdade e de imunidade e na obrigação das prestações objeto dos direitos sociais; segundo, em suas garantias secundárias ou jurisdicionais, consistindo na revogação de leis inválidas por violação das garantias primárias (FERRAJOLI, 2020, p. 46).

Dito de outra maneira, numa democracia substancial, todos os poderes (públicos ou privados), ao menos em nível normativo, estão subordinados formal e materialmente aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Ademais, para Ferrajoli (2004, p. 23), os direitos fundamentais se configuram como outros tantos vínculos substanciais impostos a democracia política: “vínculos negativos, gerados pelos direitos de liberdade que nenhuma maioria pode violar, e vínculos positivos, gerados pelos direitos sociais que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer”.

Logo, nenhuma maioria, ainda que unânime, pode legitimamente decidir pela violação de um direito de liberdade ou deixar de decidir a respeito da satisfação de algum direito

social, estando os direitos fundamentais e as garantias individuais⁶² dentro daquilo que Ferrajoli (2004, p. 25) chamou de esfera do indecidível e do indecidível que não⁶³.

A terceira alteração diz respeito à introdução da dimensão substancial da democracia na forma como se compreende a independência judicial.

Com efeito, o garantismo busca ressignificar o papel do juiz frente ao direito. Ferrajoli (2004, p. 26) aponta que os desníveis entre normas, que estão na base da existência de normas inválidas, e, por outro lado, a incorporação dos direitos fundamentais em seu nível constitucional, mudaram a relação entre o magistrado e a lei, do mesmo modo que designam a jurisdição como uma função de garantia do cidadão frente às violações do poder público.

Por isso, a sujeição do juiz à lei não é – como se passava anteriormente – independente do seu conteúdo, senão a sujeição do magistrado a uma lei válida, coerente com os direitos fundamentais previstos na Constituição. A ressalva feita por Ferrajoli (2004, p. 26) neste sentido é cirúrgica: “no modelo constitucional garantista a validade já não é um dogma associado a mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada a coerência dos seus significados com a constituição [...]”

A sujeição ao texto constitucional passa a ser, então, o principal fundamento de legitimação da jurisdição. E é justamente através da garantia de direitos fundamentais que se justifica a independência do Poder Judiciário frente aos demais poderes, legislativo e executivo, ainda que eles sejam poderes de maioria.

Note-se que essa legitimidade não tem nada a ver com a legitimidade conferida pela dimensão formal da democracia, isto é, a representação. Em absoluto, seu fundamento passa a ser concebido a partir da intangibilidade dos direitos fundamentais. O garantismo funda-se, portanto, na ideia de que os direitos e as garantias fundamentais não são nem derogáveis, nem

⁶² Ferrajoli (2004, p. 25) compreende as garantias individuais como as técnicas previstas pelo ordenamento jurídico para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade e, conseqüentemente, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com a sua previsão constitucional. As garantias liberais, segundo ele, estão dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, consistem essencialmente em técnicas de invalidação ou de anulação de atos proibidos que as violam, enquanto as garantias sociais, consistem em técnicas de coerção e/ou de sanção contra as omissões das medidas obrigatórias que as satisfazem. No campo penal é onde verificamos, justamente, a incidência das garantias liberais, de imunidade contra o poder punitivo. Em suma, Ferrajoli (2004, p. 113) afirma que “*La garantía constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución reside, por consiguiente, en su inviolabilidad por parte de las leyes y, al mismo tiempo, en el sometimiento a ellos del legislador*”.

⁶³ Prieto Sanchís (2009, p. 42) explica que, para o garantismo, existem três esferas de decisões políticas: 1º) a esfera do indecidível, constituída pelo conjunto dos direitos de liberdade e de autonomia que impedem, enquanto expectativas negativas, decisões que possam lesionar ou reduzir tais direitos; 2º) a esfera do indecidível que não, determinada pelo conjunto dos direitos sociais que impõe, enquanto expectativas positivas, decisões dirigidas a satisfazer-los; e 3º) a esfera do decidível, em cujo interior é legítimo o exercício dos direitos de autonomia, tanto de autonomia política mediante a representação, como de autonomia privada segundo as regras de mercado.

disponíveis. Trata-se, como diz Ferrajoli (2004, p. 27), de uma legitimação democrática dos juízes, apoiada na ideia reitora de democracia substancial.

Ferrajoli (2004, p. 27) toma como exemplo dessa mudança de paradigma a famosa frase “haverá juízes em Berlim!”, para ilustrar que, desde uma perspectiva garantista, deve haver um juiz independente que intervenha para reparar as injustiças sofridas, para tutelar os direitos do indivíduo, ainda que a maioria ou até a totalidade se unam contra ele, a fim de absolvê-lo por falta de provas, ainda que a opinião geral queira a condenação, ou condena-lo, ainda que essa mesma opinião demande a absolvição.

A última alteração é a que afeta a própria cultura jurídica.

Diferentemente do juspositivismo clássico, Ferrajoli (2006b, p. 426) não enxerga as lacunas e as antinomias como um dado patológico do sistema jurídico, mas unicamente como vícios ligados aos desníveis normativos, frutos de uma ampla incorporação de princípios de justiça no texto constitucional, o que afasta formas de legitimação absolutas e apriorísticas das leis infraconstitucionais e nos permite, enquanto juristas, pensar mais do que a legitimação, isto é, a deslegitimação do exercício dos poderes públicos por violação ou descumprimento das mais altas promessas constitucionais.

Ferrajoli (2006b, p. 426) reposiciona o garantismo não só como uma teoria da legitimação, mas, sobretudo, como uma teoria da deslegitimação das invalidades legais. Sobre isso, ele advoga que

a tarefa do jurista, [...] não é mais aquela de sistematizar e reelaborar as normas do ordenamento para apresentá-las com uma coerência e uma completude que efetivamente não têm, mas, ao contrário, de explicar-lhes a incoerência e a não completude mediante juízos de invalidade sobre aquelas inferiores e correlativamente de não efetividade sobre aquelas superiores (FERRAJOLI, 2010, p. 704).

Passamos, então, de uma legalidade simples (que condiciona a produção das normas) para uma legalidade complexa (que condiciona a produção das normas, mas que também é condicionada em suas formas e em seus conteúdos pela Constituição), que confere à ciência do direito um papel crítico e projetivo que o positivismo jurídico clássico desconhecia (FERRAJOLI, 2004, p. 28).

Em resumo, é a crítica do direito inválido, dirigida a propiciar a sua anulação, que constitui a principal tarefa, científica e política, da ciência jurídica, dirá Ferrajoli (2006b, p. 427). Essa visão, repete-se, altera radicalmente a forma como a ciência jurídica lida com o paradigma juspositivista, na medida em que a ciência do direito deixa de ser descritiva e passa a ser crítica; crítica das invalidades.

Todas essas diferenças fazem com que Ferrajoli (2004, p. 29) afirme ser a teoria garantista uma espécie de juspositivismo crítico, isto é, uma ultrapassagem do paleopositivismo.

A última matriz teórica em que se radica o garantismo é o (neo) iluminismo.

Desde logo, é necessário destacar que o iluminismo não pode ser considerado como um bloco uniforme ou como uma “escola” filosófica propriamente dita. Na verdade, conforme Grespan (2008), embora as “luzes” não possam ser consideradas como uma “escola” de pensamento, nem por isso o iluminismo deve ser classificado como uma invenção ou construção pura e simples.

Pelo contrário, o ponto de contato entre os autores classificados como iluministas não é propriamente o que eles defendem, mas sim o que criticam, “sendo, aliás, principalmente como atitude crítica que se definem as ‘luzes’ aos olhos de seus contemporâneos” (GRESPLAN, 2008, p. 15).

Ora, segundo Grespan (2008, p. 14), “o iluminismo não foi uma ‘escola’ intelectual única, mas sim um movimento de ideias que repudiava justamente qualquer sistema rígido de pensamento”.

E isto implica reconhecer que, “na medida em que é movimento de crítica, o iluminismo tem um inegável aspecto revolucionário: por definição, ele nunca pode fixar fundamentos rígidos e construir um sistema acabado e imutável de ideias, mas, inversamente, sempre contestá-las e modificá-las” (GRESPLAN, 2008, p. 17).

Nesse sentido, o iluminismo vai se posicionar dentro do campo político na forma do liberalismo, como uma espécie de crítica demolidora do velho pelo novo, ou seja, contra a superstição, a razão; contra o despotismo, a democracia; e, contra a barbárie, o direito.

Não por outro motivo, Russel (2016, p. 373) adota uma classificação aproximada da conceituação oferecida por Grespan (2008), dizendo que “o iluminismo foi essencialmente uma revalorização da atividade intelectual independente que pretendia, literalmente, difundir a luz onde até então prevaleceram as trevas”.

Seguramente, Ferrajoli (2010) se apropria do iluminismo e do liberalismo político como forma de estabelecer essa crítica radical ao poder punitivo, daí porque – dirá Ippolito (2011a, p. 57) – “em *Diritto e ragione* se renova a fecunda união entre utilitarismo e contratualismo, típico do discurso político do iluminismo”.

Ainda conforme Ippolito (2011a, p. 57), a ideia reitora extraída do movimento iluminista está na consciência de que para tutelar o indivíduo era necessário regular, limitar e controlar o exercício do poder. “É nesta perspectiva que se inscreve a teoria da soberania da lei,

da divisão dos poderes e da representação política, através da qual se delinea o modelo de Estado preconizado pelo iluminismo: em outras palavras [...] o paradigma do Estado de Direito”. É mediante estes pressupostos iluministas que o garantismo buscará instrumentos aptos a constringer e vincular o poder punitivo.

De modo que,

contra o sistema punitivo do antigo regime, confessional nas proibições, feroz nas punições, vexatório nas imputações, arbitrário nas decisões, Beccaria, Voltaire, Filangieri (para não citar muitos outros expoentes do iluminismo jurídico) se posicionaram em favor de uma reforma da Justiça Penal voltada a tolher ‘do inocente todo o medo, do culpado toda esperança, e do ‘juiz todo o arbítrio’ (IPPOLITO, 2011a, p. 58).

Por isso, codificação legislativa do direito penal, humanização e racionalização das penas, secularização e liberalização dos crimes, demolição dos institutos do processo inquisitório e introdução das garantias fundamentais do imputado foram questões centrais para o iluminismo penal, durante os séculos XVII e XVIII⁶⁴.

Em suma, a ilustração marca o garantismo no sentido de lhe incumbir a tarefa limitadora do Estado frente à liberdade individual, bem como, de elaborar toda uma série de critérios de participação do cidadão no espaço público, mediante o incentivo de sua capacidade criativa e contestatória (CARVALHO, 2007, p. 77).

3.2. Constitucionalismo rígido e garantismo: um diálogo Brasil-Itália

Em variados momentos, Ferrajoli (2012, p. 232) situa o garantismo como um modelo antípoda do autoritarismo, bem como, uma teoria substancial dos direitos fundamentais, baseada em uma normatividade constitucional fortíssima, ou o que poderíamos chamar de constitucionalismo de alta performance.

Em sua visão, a Constituição significa um pacto de convivência pacífica entre diferentes e desiguais: um pacto de não agressão entre diferentes e um pacto de socorro mútuo entre desiguais. Por isso, “quanto maiores forem as diferenças de identidade pessoal a serem protegidas e as desigualdades materiais a serem reduzidas, muito mais legítima, necessária e urgente ela se faz” (FERRAJOLI, 2020, p. 18).

⁶⁴ Para Ferrajoli (2006c, p. 78), foram autores iluministas como Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, John Locke, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham, Francesco Mario Pagano, Gian Domenico Romagnosi, Christian Thomasius e John Stuart Mill que estabeleceram o pensamento liberal clássico no campo punitivo, pugnando – de modo pioneiro – por critérios, medidas de proibições e penas dentro do contexto de uma concepção estrita de direito penal como tutela dos cidadãos frente a violência do Estado e dos demais indivíduos.

Ora, diferentemente da definição oferecida por Carl Schmitt, no sentido de que as constituições servem para representar organicamente a vontade comum de um povo ou para exprimir alguma unidade ou identidade coletiva, Ferrajoli (2011d, p. 112) enxerga no texto constitucional a complexa tarefa de “garantir todos e cada um, também contra a maioria e, por isso, visa assegurar a convivência pacífica, mediante a garantia dos direitos fundamentais, entre sujeitos e interesses diferentes e virtualmente em conflito”.

É, portanto, na garantia dos diferentes tipos de direitos fundamentais – do direito à vida aos direitos de liberdade e àqueles sociais – que reside a “razão social” do Estado e das instituições políticas. Este é o motivo pelo qual Ferrajoli (2011d, p. 113) sustenta que “nessa relação, entre meios institucionais e fins sociais e na primazia dos direitos fundamentais sobre os poderes públicos, das pessoas de carne e osso sobre as máquinas políticas e sobre os aparatos administrativos, é que está o significado mais profundo da democracia”.

Como se pode ver, o constitucionalismo está na base do garantismo, principalmente, diante do fato de que o edifício garantista foi construído dentro de um contexto de crise dos direitos fundamentais e da própria constituição italiana de 1948.

Segundo Ferrajoli (2008, p. 203), com a queda do fascismo, o nascimento da república e a promulgação da Constituição, a forma do Estado italiano e junto com ele o paradigma do direito, mudaram radicalmente.

De acordo com o autor, a assembleia nacional constituinte, convocada em 1944 e, finalmente, reunida em 1946, foi responsável por produzir o debate institucional de maior envergadura da história jurídica italiana. Entre seus participantes, estavam grandes nomes ligados ao liberalismo, ao republicanismo e até mesmo representantes do movimento antifascista e da resistência de esquerda italiana (FERRAJOLI, 2008, p. 204).

O resultado das discussões políticas e jurídicas da assembleia foi a fundação de uma constituição marcada pela união de três forças culturais que representavam a maioria dos italianos e que haviam se aliado na resistência ao regime de Mussolini: a liberal, a católica e a socialista (FERRAJOLI, 2008, p. 206).

A constituição de 1948, portanto, seria o produto de uma democracia liberal-socialista cujas linhas principais eram, não obstante os princípios da soberania popular, dos direitos humanos e da paz, a centralidade do parlamento, o papel de garantia delegado ao Presidente da República e a Corte Constitucional, o controle popular das leis por meio de referendos e a independência da magistratura (FERRAJOLI, 2008, p. 207).

Além disso, o texto constitucional de 1948 ainda ficaria notabilizado pelos seguintes traços.

Primeiro, pela ruptura radical com o fascismo, que foi abertamente rechaçado pela carta política, porque representou a negação do constitucionalismo, ou seja, da divisão de poderes e das liberdades fundamentais, bem como, pela refundação do Estado italiano e com ele, da unidade nacional e da boa convivência civil, por meio de um pacto democrático pelos novos partidos políticos (FERRAJOLI, 2008, p. 205).

Segundo, pela introdução de garantias em favor da rigidez constitucional, mediante a incorporação de normas prevendo um procedimento legislativo especial para a alteração do texto constitucional e do controle da validade das leis pela Corte Constitucional italiana (FERRAJOLI, 2008, p. 207).

Por último, pela transformação do Estado de Direito italiano em um estado constitucional, marcado pelas garantias fundamentais como o vértice do ordenamento jurídico, das instituições políticas e das práticas judiciais e administrativas (FERRAJOLI, 2008, p. 209).

Ferrajoli (2008, p. 210) pondera que, diante de tamanhas inovações trazidas pela Constituição, a velha cultura jurídica articulou um movimento de verdadeiro refluxo nos anos posteriores.

Ainda em 1948, o contra-ataque a Constituição começou por meio da contundente vitória, nas eleições daquele ano, da Democracia Cristã, partido de direita, que estabeleceu como estratégia política a postergação da implementação de suas instituições mais garantistas, por exemplo, a Corte Constitucional e o Conselho Superior da Magistratura, instituídas somente em 1956 e 1958, respectivamente (FERRAJOLI, 2008, p. 212).

Porém, o verdadeiro esvaziamento da Constituição de 1948 começou na década de 1950 com uma operação que partiu de setores da própria magistratura italiana, quando a Corte de Cassação começou a catalogar normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais como “programáticas” ou de “eficiência diferida” a um futuro distante, o que significou negar a idoneidade dessas normas para ab-rogar legislações oriundas do período fascistas (FERRAJOLI, 2008, p. 214).

Sem embargo, foi durante o final da década da sessenta e setenta que, no campo do direito penal, se desenvolveu todo um conjunto de legislações de emergência⁶⁵ discursivamente

⁶⁵ Ferrajoli (2010) narra que a Itália viveu três fases de emergência penal: a) “numa primeira fase, que vai de 1974 a 1978, as leis excepcionais não tiveram qualquer relação com o terrorismo nem com a criminalidade organizada de forma geral. No entanto, em contraste com os princípios de Estado de direito, não são leis que incidem de maneira direta e significativa no tecido das garantias próprias do subsistema penal ordinário” (FERRAJOLI, 2010, p. 656). São exemplos dessa primeira fase, *La legge Bartolomei*, de 14.10.1974, com a qual foram estendidos os poderes policiaescos de investigação sumária e foi reintroduzido o interrogatório de polícia, ainda que com a presença do defensor, e *La legge Reale*, de 22.05.1975, a qual estendeu a prisão preventiva judiciária, o poder de perquirição pessoal sem mandado, alargou as medidas de confinamento e ampliou a faculdade de os agentes de polícia efetuarem disparos a fim de impedir o possível cometimento de crimes graves; b) numa segunda fase, que

voltadas ao combate do terrorismo político e do crime organizado (período que, inclusive, ficou conhecido como *Anni di piombo*⁶⁶), introduzindo no sistema penal italiano modelos diferenciados de processo penal e de tratamento carcerário (FERRAJOLI, 2008, p. 219).

Nesse contexto, foi que se viu o nascimento da “Magistratura Democrática”, uma associação de juízes progressistas que rechaçava abertamente a ideologia de classe, a neutralidade na aplicação da lei, bem como, a rígida separação entre a casta judicial e o resto da sociedade, que resultava na gravitação política e cultural dos magistrado na órbita do poder (FERRAJOLI, 2008, p. 223).

Segundo Ferrajoli (2008, p. 224) três grandes vetores orientaram a “Magistratura Democrática”: *i*) crítica do caráter puramente técnico e neutro da jurisdição; *ii*) o descobrimento da constituição como norma fundamental, e, conseqüentemente, da inevitável incoerência entre os valores que esta irradia dentro do ordenamento político e as leis ordinárias que se tinha; *iii*) a opção pelos direitos e garantias constitucionais na interpretação e aplicação da lei, com a máxima independência. O resultado dessa orientação ficou conhecido, inclusive, como jurisprudência alternativa.

Foi, então, em 1989, isto é, no calor da crise política causada pela Operação *Mani Pulite* e da perseguição policial aos grupos mafiosos (responsáveis por reacenderem as práticas de emergência), que Ferrajoli (2010, p. 7), membro da magistratura democrática, juiz e professor de filosofia jurídica da *Università degli Studi di Camerino*, publicou a sua primeira grande obra, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*.

vai de 1979 até meados dos anos 80, vê-se que “é a magistratura, e não a polícia, que assume por inteiro o peso da luta contra o terrorismo e à qual se endereça a atenção e a sustentação das forças políticas” (FERRAJOLI, 2010, p. 658). São exemplos dessa segunda fase, as várias mudanças causadas no Código Rocco por *La legge Cossiga*, de 15.02.1979, pela lei sobre os arrependidos de 29.05.1982 e pelas várias leis e medidas em matéria carcerária; e, c) numa terceira fase, que vai de meados dos anos 80 para frente, vê-se a criação de toda uma legislação penal de exceção voltada não apenas a “combater” o terrorismo, mas também a máfia, o tráfico internacional de drogas e de armas, a alta criminalidade econômica e financeira, a corrupção política e administrativa. São exemplos dessa terceira fase, as leis “de 1981 quanto aos pequenos acordos, de 1982 quanto aos prêmios aos arrependidos, de 1986 quanto às medidas alternativas à pena e, enfim, as normas quanto ao interrogatório sem defesa e quanto aos grandes acordos contidos no novo Código de Processo Penal: o qual, então, por este aspecto, assinala o fim ao período de emergência e, por sua vez, a normalização de sua mais emblemática instituição” (FERRAJOLI, 2010, p. 659).

⁶⁶ Os *Anni di piombo* (anos de chumbo) foram um período de endurecimento da política italiana. Durou da década de 60 até o final da década de 80 do século passado, em razão da agudização das diferenças políticas entre a extrema esquerda e a extrema direita italiana. Naquele período, foram cometidos uma série de crimes de natureza política, os quais restaram considerados pelo Estado italiano como atos terroristas. De acordo com Andrea Santurbano (2021), um dos momentos mais emblemáticos desse período aconteceu quando Aldo Moro, então presidente do maior partido italiano, o *Democrazia Cristiana* (favorável a acordos de governo com o *Partito Comunista Italiano - PCI*) foi sequestrado pelas *Brigate Rosse* (grupo radical de esquerda) em 16 de março de 1978. Três meses depois, após frustradas tentativas de negociações com o *Brigate Rosse*, Moro foi assassinado e seu corpo deixado em um porta-malas de um *Renolt 4*, exatamente no meio do caminho entre a sede do PCI e do *Democrazia Cristiana*.

Em seu prefácio, Bobbio afirmou se tratar de “uma extensa e minuciosa investigação, levada a efeito durante anos, sobre as mais diversas disciplinas jurídicas, especialmente o direito penal, e de uma longa e apaixonada reflexão, nutrida de estudos filosóficos e históricos, sobre os ideais morais que inspiram ou deveriam inspirar o direito nas nações civilizadas” (FERRAJOLI, 2010, p. 7).

Nesse sentido, Ferrajoli retomou, em *Diritto e ragione*, o significado pleno da palavra “garantismo”, aplicando-a ao direito e ao processo penal, como um parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva (IPPOLITO, 2011b, p. 35).

Devido à extensão do pensamento de Ferrajoli (2010, p. 30), o livro foi dividido em cinco partes: epistemologia, axiologia, teoria garantista, fenomenologia e, ao final, o desenvolvimento de uma teoria geral do garantismo. Tratava-se ali do primeiro grande edifício teórico garantista, em que foi escolhido como exemplo privilegiado de análise o direito e o processo penal.

Como se pode ver, não obstante as diferenças sociopolíticas entre Brasil e Itália, é inegável que, no campo jurídico, ambos os países apresentavam problemas similares quando do aparecimento das primeiras manifestações garantistas.

Isto é, assim como a Itália entre as décadas de 60 e 80, durante a década de 90, a comunidade jurídica brasileira estava em busca de programações teóricas que, primeiro, livrasse o direito nacional da influência da ditadura militar⁶⁷, e, segundo, conferissem a novíssima constituição, força suficiente para a implementação dos vários direitos e garantias fundamentais previstas em seu bojo, sob a forma de controle, limitação e vinculação do poder do Estado.

Ora, nas palavras de Pinho (2018, p. 35), o garantismo é uma teoria que se direciona a países de constituição rígida, visto que se opõe às constituições flexíveis no que se refere ao processo de modificação do texto fundamental, pois aquelas se assemelham a leis ordinárias.

⁶⁷ A respeito das gravíssimas violações de direitos humanos cometidos durante o período da ditadura militar brasileira – que vão desde prisões ilegais e arbitrárias, torturas, violências contra a crianças e adolescentes, violências sexuais, execuções e mortes decorrentes de torturas, até desaparecimentos forçados –, recomendamos a leitura da parte III, do volume I do *Relatório da Comissão Nacional da Verdade* (CNV), produzido durante o primeiro governo (dezembro de 2014) da ex-presidente Dilma Rousseff. Trata-se de um documento oficial extenso sobre o autoritarismo do regime militar brasileiro, construído, inclusive, a partir da narrativa de presos e perseguidos políticos daquela época. Disponível gratuitamente em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: dezembro de 2021. Vide também a obra *Brasil: nunca mais*, coordenada pelo Reverendo Jaime Wright e Dom Paulo Evaristo Arns. Ela é considerada como a mais ampla pesquisa realizada pela sociedade civil sobre a tortura política no país. O projeto foi uma iniciativa do Conselho Mundial de Igrejas e da Arquidiocese de São Paulo, os quais trabalharam sigilosamente durante cinco anos sobre 850 mil páginas de processos do Superior Tribunal Militar (STM), publicando, em 1985, as imensas violações aos direitos humanos promovidas pela repressão política durante os anos de ditadura militar (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014).

Enquanto as constituições rígidas exigem uma votação qualificada e procedimental complexa, ainda trazem um núcleo duro ou cláusulas pétreas, que incluem os direitos e garantias fundamentais. Por isso, “a rigidez constitucional serve para amarrar as mãos das gerações atuais para que elas não as amputem, como aconteceu com o fascismo nas gerações anteriores” (FERRAJOLI, 2020, p. 46). O que nos remete imediatamente ao texto constitucional de 1988.

Ferrajoli (2012, p. 232) reconhece a profunda aderência que a teoria garantista possui em relação ao sistema jurídico constitucional brasileiro. Inclusive, na obra *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, fica clara essa conexão. Nela, Ferrajoli (2012, p. 232) anota que a história do constitucionalismo é a história de um alargamento progressivo de tutelas: desde os direitos de liberdade nas primeiras declarações e constituições do século XIX, do direito de greve e dos direitos sociais nas constituições do século XX, até as constituições de terceira geração.

De acordo com o autor, não faz muito tempo, os países da América Latina mostravam-se subalternos às culturas jurídicas europeia e estadunidense, copiando para suas constituições o modelo norte-americano e para seus códigos o modelo europeu. Atualmente, vemos que essa relação se inverteu.

As novas constituições – como aquelas do Brasil, do Uruguai, do Equador, da Bolívia e da República Dominicana – nascidas ou reformadas depois de ditaduras militares como radicais “nunca mais” à perda das liberdades e da democracia marcam o nascimento do constitucionalismo de terceira geração.

Essas constituições, dirá Ferrajoli (2012, p. 232), podem ser chamadas de *constituições de terceira geração*, pois compartilham de alguns traços comuns. Por exemplo, são longas – assim como a Constituição portuguesa de 1976, que tem 299 artigos (responsável por inaugurar, inclusive, o constitucionalismo de terceira geração no mundo) – e preveem sistemas de garantias e instituições de garantia⁶⁸ (por exemplo, Ministério Público, Defensorias Públicas

⁶⁸ Ferrajoli (2020, p. 62) faz uma clara distinção entre instituições de governo e instituições de garantias. Para ele, “as instituições de governo são aquelas investidas de funções políticas, de escolha e inovação discricionária em relação àquela que podemos chamar a ‘esfera do decidível’: portanto, não só as funções propriamente governamentais de natureza política e de escolha administrativa, mas também as funções legislativas”. Por outro lado, as instituições de garantia são “as que têm funções vinculadas à aplicação da lei e, em particular, ao princípio da paz e dos direitos fundamentais, para garantir o que chamei de ‘esfera do indecidível (o que ou o que não)’: funções jurisdicionais ou de garantia secundária, mas também as funções administrativas de garantia primária de direitos sociais, como instituições de ensino, sanitárias, assistenciais, de previdência social e similares”. Na visão do autor italiano, são essas funções e instituições de garantia, muito mais do que as funções e instituições do governo, que precisam ser desenvolvidas a nível global com a implementação do paradigma constitucional. Por outro lado, a respeito desse assunto, recomendamos a leitura do artigo *Para um Ministério Público como instituição de garantia*, de Luigi Ferrajoli (2018b, p. 27), onde o italiano chama atenção para o fato de que “se é verdade que a independência é uma condição necessária aos múltiplos papéis de garantia atribuídos pelo paradigma constitucional aos Ministérios Públicos, é também verdade a tese inversa: somente o efetivo desempenho do papel de garantia dos

etc.) bem mais complexas e articuladas que as demais leis fundamentais de gerações anteriores. Todavia, Ferrajoli (2012, p. 232) termina essa afirmação dizendo que “de todas essas cartas, a Constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988 [...] é indubitavelmente a mais avançada”.

Em sua perspectiva, o Estado de Direito brasileiro foi enormemente potencializado pela Constituição Federal de 1988, seja por meio de garantias primárias, isto é, diante da criação de limites e vínculos impostos à legislação para a tutela dos direitos fundamentais estabelecidos, seja por meio de garantias secundárias, conferidas à jurisdição e previstas para os casos de violações de garantias primárias.

Ferrajoli (2012, p. 234) vai mais longe e sustenta que dois artigos do texto constitucional são fundamentais para todo esse empoderamento do Estado de Direito no Brasil, a saber: o art. 5º, §1º, cuja redação diz que “as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata”, e o art. 5º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa forma, anota o autor, as garantias – tanto primárias quanto secundárias – devem ser estendidas a todas as lesões de direitos, sejam elas decorrentes de comissão, através de violações, ou de omissões, por meio de inadimplências.

Sendo o garantismo uma teoria que radicaliza a força da Constituição, ele encontrou em terras brasileiras um solo fértil de trabalho, devido, principalmente, à natureza rígida do nosso texto constitucional e ao amplo leque de direitos e garantias fundamentais que o pós-ditadura estabeleceu.

Contudo, assim como sucedeu com a Constituição italiana de 1948, aqui no Brasil também não foram poucos os movimentos de refluxo ao pensamento garantista, com vistas a imunizar o poder punitivo contra os limites impostos pelas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais previstas na nossa Constituição Federal.

Nesse sentido, Carvalho (2017, p. 288) afirma que houveram várias “reações contra os garantistas, especialmente de juristas reacionários fetichizados pelos poderes, submetendo os direitos e as garantias fundamentais à razão de Estado, instrumentalizada por cláusulas abertas como ordem e segurança pública”.

3.3. O refluxo ao pensamento de Ferrajoli em solo brasileiro

direitos e da legalidade é que fundamenta e justifica sua independência. Por isso, cada vez que o Ministério Público viola a lei ou comete um abuso ou é guiado por interesses particulares, não só contradiz seu papel de garantia, como também atenta contra a sua independência”.

Conforme foi observado acima, o pensamento garantista, fortemente ancorado no constitucionalismo, sofreu um verdadeiro refluxo por parte de autores que – segundo Sales (2021, p. 215) – ou “tentam ‘demonizar’ o garantismo e ‘exorcizar’ seus seguidores, [ou] se apresentam como ‘leitores corretos’ do garantismo, gerando, assim, um tipo de garantismo, como dizem Pinho e Copetti, que só existe no Brasil”.

Com isso, não estamos dizendo que o garantismo é impassível de ser criticado, pelo contrário, ele é uma teoria que convive (e bem) com várias ordens de questionamentos epistemológicos, teóricos e metodológicos.

Pinho, Sales e Albuquerque (2019, p. 162), fazem – inclusive – um levantamento extenso de autores brasileiros e estrangeiros que dialogam com Ferrajoli (2012) a partir de articulações críticas sérias e que buscam tensionar pontos específicos do garantismo jurídico-penal⁶⁹.

Por outro lado, há também aqueles que “fustigam o garantismo partindo de discussões variadas e com pouca, e em muitos casos, nenhuma, densidade teórica. Isso já é um fato grave porque demonstra que a teoria não é levada a sério, preferindo-se um debate (melhor seria, acusações) superficial à moda de uma conversa de mesa de bar” (PINHO; SALES & ALBUQUERQUE, 2019, p. 158).

O fundamento latente para tal hostilidade ao garantismo, explica Sales (2021, p. 217), se ancora no fato de que “as suas propostas incomodam os ‘poderes selvagens’, [pois ele apregoa] o respeito aos direitos e garantias fundamentais, a implementação efetiva de direitos sociais e, no âmbito penal, sobretudo, o controle do poder punitivo e a minimização penal”. São, como diz o autor, espécies de garantismos espúrios dos quais são possíveis identificar ao menos três formas.

3.3.1. O “garantismo penal integral” e outras distorções do sentido garantista

A primeira distorção do garantismo jurídico-penal, baseada numa racionalidade vulgar, é a de que a teoria de Ferrajoli se confunde com impunidade ou todo e qualquer tipo de

⁶⁹ Pinho, Sales e Albuquerque (2019, p. 162) registram que “podemos aqui, correndo todo o risco de esquecimentos, apontar Ferrajoli, Streck e Trindade, Vianna e Machado, Carvalho, Rosa, Pinho, Cademartori, Copetti Neto, Thibau, mencionados sem qualquer ordem de importância entre eles. Todos, dentre outros, são trabalhos de sólida discussão epistemológica com Ferrajoli sobre os vários aspectos de sua teoria (garantismo jurídico). Há, também, obras estrangeiras, as quais não são o foco principal deste texto, mas que merecem registro para aprofundamentos dos interessados, dentre as quais, mencionamos Carbonel e Salazar, Salazar Ugarte, Aguiló Regla e Presno Linera, Sotomayor Acosta, Gianformaggio, Marcilla, Mora Molina, González Ruiz, Anastasia, Ippolito e tantos outros que poderiam igualmente ser mencionados aqui”.

abrandamento punitivo. Essa visão, oriunda de uma não leitura do garantismo de Ferrajoli é facilmente observável entre o senso comum e as manchetes jornalísticas⁷⁰. De modo que, como ressaltam Pinho, Sales e Albuquerque (2019, p. 177), pessoas ligadas ao Poder Judiciário passaram a ser taxadas negativamente como garantistas a fim de estigmatizá-las dizendo que eram a favor da impunidade.

Esse primeiro sentido (vulgar) atribuído ao garantismo é o mais capilarizado, sendo, antes, o produto de uma desinformação mais do que uma distorção propriamente dita do que é garantismo. Essa desinformação, não obstante, é fomentada e incentivada por parte daqueles que distorcem propositadamente a teoria de Ferrajoli, ou, pior, que a negam a partir de propósitos autoritários.

A segunda distorção do garantismo jurídico-penal é a leitura autodenominada de garantismo penal integral.

Seu principal expoente, Douglas Fischer (2017, p. 35), afirma que o garantismo teria sofrido uma disseminação apenas parcial dos seus verdadeiros postulados – embora, segundo Ramos e Chaves (2020, p. 113) ele não indique quais autores fizeram efetivamente a equivocada importação da teoria. Para Fischer (2017, p. 35), teria sido difundido em solo brasileiro um garantismo penal unicamente hiperbólico e monocular.

Hiperbólico porque agiria de maneira desproporcional, ao não sopesar (através da proporcionalidade) os direitos individuais e os interesses sociais, e, monocular, porque protegeria apenas direitos fundamentais do acusado (FISCHER, 2017, p. 36).

Segundo os defensores desse modelo, por muitas vezes o processo e o direito penal estariam resguardando, exclusivamente, direitos individuais dos réus, sendo que o postulado central dessa espécie de “garantismo” estaria em que fossem observados não somente os direitos do acusado, mas também os deveres impostos a ele pela Constituição Federal.

Ou seja, “a teoria garantista não existe apenas para proteção e interesse de direitos fundamentais individuais” (FISCHER, 2017, p. 36), de sorte que, na medida em que devem ser respeitados os direitos e liberdades do cidadão, seria necessário também garantir o processo penal como meio eficiente para a aplicação do direito material penal.

Os pilares do garantismo, interpretados de maneira completa e integral, não demandariam a aplicação de suas premissas unicamente como forma de afastar os excessos

⁷⁰ Confira-se, nesse sentido, a entrevista concedida à repórter Carolina Brígido pelo juiz e professor de processo penal da Universidade Mackenzie, Guilherme Madeira Dezem, tendo que explicar que garantismo não é sinônimo de impunidade. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/carolina-brigido/2021/12/27/garantismo-nao-e-sinonimo-de-impunidade-diz-juiz-sobre-lava-jato.htm>>. Acesso em: dezembro de 2021.

injustificados do Estado contra o sujeito (cunhado de garantismo negativo), mas também como forma de assegurar o cumprimento dos deveres de proteção aos direitos e garantias fundamentais dos demais cidadãos (chamado de garantismo positivo).

Desta feita, o garantismo integral sustenta que o Estado deve considerar na aplicação dos direitos fundamentais, tanto a necessidade de garantir a liberdade do imputado, como também, de garantir ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se, dessa maneira, a impunidade.

Assim, da colisão entre o direito de defesa do réu e o dever estatal de prestar uma justiça penal eficiente, deve ocorrer, pelo critério de proporcionalidade, tanto a proibição do excesso, quanto a proibição da proteção insuficiente.

Nas palavras de Fischer (2017), o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o da proibição do excesso e vedação da proteção deficiente) e a teoria do garantismo penal expressariam a mesma preocupação: o equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) os direitos e deveres fundamentais expressos no texto da Constituição Federal.

Em suma, como bem pontuam Ramos e Chaves (2020, p. 111), “partindo de dois parâmetros do princípio da proporcionalidade [...] e das premissas teóricas do neoconstitucionalismo, os defensores do garantismo penal integral apresentam um modelo no qual todas as gerações de direitos fundamentais deveriam ser protegidas, o que não só melhoraria a proteção dos direitos individuais contra as arbitrariedades do poder punitivo, como também permitiria o resguardo eficaz dos ‘anseios sociais’”.

É curioso notar como a emergência desse discurso coincidiu com a instauração da Operação Lava-Jato, isto é, a partir do ano de 2014.

Chama atenção, inclusive, o fato de que vários das propostas acima casam perfeitamente com técnicas lavajatista de persecução penal.

Basta uma simples mirada nas propostas elaboradas por Fischer (2017) e demais defensores do garantismo integral para identificamos que se tratam de demandas vitais a continuidade da Operação Lava-Jato, dentre elas: a) a prisão automática em segunda instância; b) o poder de investigação pelo Ministério Público; c) a ausência de um prazo fixo para escutas telefônicas; d) a relativização do sistema de nulidades; e) o culto às colaborações premiadas; f) o alargamento das hipóteses de prisões preventivas e outras (FISCHER, 2017, p. 40).

Chama atenção, também, o fato de que vários dos defensores do autodenominado garantismo integral são membros de carreira do Ministério Público Federal e, ironicamente, eram membros da Força Tarefa da Lava-Jato ou junto à 13ª Vara Federal de Curitiba ou junto ao Supremo Tribunal Federal.

Daí porque, em conformidade com Streck e Carvalho (2020, p. 294), acreditamos ser possível sustentar que o garantismo penal integral é um dos legítimos filhos do lavajatismo, assim como seu outro irmão, o bolsonarismo⁷¹. Trata-se de uma teoria unguida com a tarefa de legitimar uma operação eivada de ilegalidades sob o manto protetor de uma racionalidade ardilosa.

A terceira distorção do garantismo jurídico-penal é realizada a partir de uma leitura sensivelmente autoritária da obra de Ferrajoli.

Entre esses autores, reina o discurso de verdadeira “demonização” da teoria garantista. Seu extremismo é tão contundente que, mesmo a interpretação do garantismo integral, é taxada de insuficiente para responder aos “anseios da sociedade”.

Como exemplo privilegiado disto, temos o livro *Bandidolatria e democídio: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil*, de Diego Pessi e Leonardo Giardin de Souza (2017), ambos ligados à carreira do Ministério Público, bem como, signatários – juntamente com outros 100 Promotores de Justiça – do nacionalmente difundido *Manifesto contra a bandidolatria*⁷².

Desde essa perspectiva, o garantismo seria, sobretudo, uma neurose ideológica marxista, que terminaria por favorecer o banditismo, a corrupção e a impunidade de toda sorte de criminosos.

Para os “antibandidólatras”, inclusive, “o positivismo crítico apregoado [por Ferrajoli] agasalha as premissas sociológicas da luta de classes, da dicotomia opressor-oprimido e da delinquência como um tipo aceitável, senão legítimo, de protesto social” (SOUZA, 2018). Não é só, haveria por de trás do garantismo uma finalidade revolucionária, de modo que essa teoria, assim como a criminologia crítica, estaria destinada a promover o marxismo cultural.

Ademais, Ferrajoli seria uma espécie de jacobino que, por meio do garantismo jurídico, tentou mudar conceitos como “presunção de inocência”, “liberdade”, “igualdade”,

⁷¹ Freixo e Machado (2019, p. 19), fazem uma precisa conceituação do que é o bolsonarismo, ao dizerem que se trata de “um fenômeno político que transcende a própria figura de Jair Bolsonaro, e que se caracteriza por uma visão de mundo ultraconservadora, que prega o retorno aos ‘valores tradicionais’ e assume uma retórica nacionalista e ‘patriótica’, sendo profundamente crítica a tudo aquilo que esteja minimamente identificado com a esquerda e o progressismo. Tal visão ganhou bastante força nesta última década em várias partes do mundo, se alimentando da crise da representação e da descrença generalizada na política e nos partidos tradicionais. No Brasil, ela iria encontrar a sua personificação no ex-capitão e em seu estilo de fazer política, calcado na lógica do ‘contra tudo que está aí’, apesar de ele mesmo ser parte do *establishment* político desde 1988, quando disputou e venceu sua primeira eleição”.

⁷² Disponível em: < <https://www.defesanet.com.br/ghbr/noticia/26662/Manifesto-contra-a-BANDIDOLATRIA/>>. Acesso em: dezembro de 2021. Confira-se, ainda, a crítica de Lênio Streck ao referido manifesto na coluna *Senso incomum* no Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/senso-incomum-isto-assustador-manifesto-bandidolatria>>. Acesso em: dezembro de 2021.

“democracia” e vários outros. Outrossim, ao contrapor as ideias de direito e poder, ele estaria buscando converter parcela do Judiciário em uma espécie de contrapoder revolucionário gradualista.

Não obstante, assim como os seus dois irmãos teóricos (a criminologia crítica e a mentalidade revolucionária) o garantismo teria se espalhado entre os mais diversos setores do judiciário, da academia e da sociedade como um culto de justificação ao crime e irresponsabilização de bandidos. Para tais “autores”, o garantismo não seria a contraface do constitucionalismo, mas sim a contraface do marxismo.

O pior, contudo, reside na tentativa de imputar ao garantismo a responsabilidade pelo caos da nossa segurança pública, afirmando (absurdamente) que Ferrajoli seria um “pai desnaturado”, por ignorar a violência brasileira, e que sua teoria somente se preocuparia com criminosos.

Ao fim ao cabo, Pessi e Souza (2017, p. 106-107), apresentam-nos a leitura dos “antibandidólatras” sobre o que é o garantismo: “produto do marxismo cultural, gestado no positivismo Jurídico, é uma teoria da bandidolatria que corrói a sociedade brasileira”.

Ora, trata-se de uma leitura tão teratológica do garantismo de Luigi Ferrajoli (2010), que nos causa até um certo incômodo ter que rebatê-la. Em todo caso, é interessante perceber como essa leitura não se furta em enunciar um discurso abertamente autoritário, defendendo desde o extermínio de pessoas selecionadas pelo poder punitivo até o armamento da população civil (PESSI, SOUZA, 2017, p. 109).

Fica evidente, quando entramos em contato com os escritos “antibandidólatras” tanto a vulgaridade dos seus argumentos, quando o artil empregado pelos seus “autores” na interpretação da teoria de Ferrajoli. Eles confundem, por exemplo, o significado do termo ideologia para o garantismo (o qual será abordado mais a frente), bem como, são incapazes de reconhecer a natureza constitucional e democrática da teoria italiana.

De viés declaradamente reacionário, essa leitura teme o garantismo achando que se trata de marxismo. Até mesmo o positivismo jurídico recebe a pecha de comunista, tão somente por ser denominado como crítico.

Pinho, Sales e Albuquerque (2019, p. 165), desnudam um dado importante acerca dessa (pseudo)crítica à teoria original de Ferrajoli, ao identificarem que “há aqui um programa implícito (ou explícito) de extirpar os indesejados, tornar a sociedade sadia e revogar direitos fundamentais previstos na constituição [...]”.

Porém, ainda conforme os referidos autores, há outro gravíssimo erro na perspectiva dos “antibandidólatras”, qual seja: acharem que o garantismo jurídico-penal é hegemônico no

Brasil, afirmação essa que Sales (2021) já demonstrou ser completamente falaciosa, especialmente, diante da tradição autoritária do nosso sistema judiciário.

Inclusive, é irônico notar que – assim como o garantismo penal integral se conecta ao lavajatismo – as ideias “antibandidólatras” se conectam muito fortemente com o bolsonarismo. São primos, portanto.

Não é à toa que seus defensores são festejados⁷³ entre pessoas ligadas ao ultraconservadorismo e a extrema direita. Curiosamente, os próprios autores dedicam seu livro a Olavo de Carvalho⁷⁴, considerado – por muitos – o principal orientador intelectual do governo Bolsonaro.

3.4. Direito fundamentais e garantismo penal: a contracrítica ao refluxo do pensamento de Ferrajoli

Das fustigações ao garantismo elencadas acima, a mais perigosa delas é o discurso do garantismo integral, haja vista sua tentativa de desmontar o pensamento de Ferrajoli por dentro da sua teoria, empreendendo uma releitura emergencial do garantismo penal.

Com efeito, embora possam ser elencadas outras distorções⁷⁵, a que mais interessa ao presente trabalho reside na subversão que o “integralismo” faz com significado de direitos

⁷³ Confira-se, nesse sentido, o artigo publicado na coluna de Rodrigo Constantino no Jornal *Gazeta do Povo*, cuja manchete é “*Bandidolatria e demicídio*”: a questão mais importante de todas. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/bandidolatria-e-democidio-questao-mais-importante-de-todas/>>. Acesso em: janeiro de 2022.

⁷⁴ Vide o blog pessoal de Olavo de Carvalho, onde estão reunidas várias de suas notas em redes sociais. Nele, há o seguinte comentário gravado: “Agradeço a Diego Pessi e Leonardo Giardin da Fonseca a remessa do seu livro *Bandidolatria e Demicídio. Ensaios sobre Garantismo Penal e a Criminalidade no Brasil* [...] Parabéns aos autores deste livro por terem furado a camada de desconversas e dado aos fatos os seus verdadeiros nomes. Leonardo Giardin de Souza: Sem palavras para agradecer, professor Olavo de Carvalho! Saiba que sem o senhor, essa obra JAMAIS poderia existir. *Idem velle, et idem nolle!* Olavo de Carvalho: Bravo!. Diego Pessi: Obrigado, professor Olavo de Carvalho! O mérito desta obra é todo do COF [Curso Online de Filosofia]!”. Disponível em: <<https://olavodecarvalhofb.wordpress.com/2017/05/08/852017/>>. Acesso em: janeiro de 2022.

⁷⁵ No campo da teoria do direito, o garantismo penal integral confunde aquilo que Ferrajoli denomina como constitucionalismo garantista com o constitucionalismo principialista, também chamado de neoconstitucionalismo. Ferrajoli (2011c, p. 21) explica que o constitucionalismo principialista propugna a superação do positivismo jurídico crítico. Ademais, o neoconstitucionalismo, de nítida inspiração anglo-saxônica, caracteriza-se: pelo ataque ao positivismo jurídico e a tese da separação entre direito e moral. Segundo o italiano, essas características demonstram uma singular convergência entre o neconstitucionalismo, o realismo e o “neo-pandectismo”, na medida em que minam os fundamentos juspositivistas do direito com base na seguinte tese de que o direito é, em realidade o que dizem os tribunais (FERRAJOLI, 2011c, p. 23). Contra essas três formas de enxergar o constitucionalismo, o garantismo irá contrapor três teses: 1º) somente uma abordagem juspositivista crítica serve para evidenciar o caráter juridicamente normativo da Constituição, porque supraordenada a qualquer outra fonte do direito, e, portanto, capaz de evidenciar as graves divergências entre validade e vigência e entre vigência e eficácia; 2º) a contraposição entre princípios e regras feita pelos neoconstitucionalistas enfraquece a normatividade das constituições, vez que não existe uma diferença real entre princípios e regras, pois a violação de um princípio faz dele uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes, por isso, a Constituição é definida como mais do que como um conjunto de princípios, e sim como um sistema de limites e de vínculos impostos aos titulares dos

fundamentais proposto por Ferrajoli, sobretudo, ao confundir o que é uma expectativa positiva (de prestação) e uma expectativa negativa (de não lesão).

Desde logo, faz-se necessário ressaltar que, para Ferrajoli (2011d, p. 92), configuram direitos fundamentais “todos aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todas as pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir”. Trata-se, portanto, de uma definição puramente formal ou estrutural, pois não nos diz “quais são” ou quais “deveriam ser” ou “quais e em que medida são de fato garantidos”, mas tão somente “o que são direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2011d, p. 92).

Por causa disso, os direitos fundamentais são formatados sob a arquitetura de uma regra geral que se aplica igualmente a todas as pessoas (universalidade), sendo subtraídos da esfera de disponibilidade política e de disponibilidade do mercado. Ou seja, os direitos fundamentais são, por sua própria natureza inalienáveis e indisponíveis (FERRAJOLI, 2011d, p. 97).

Nas palavras de Ferrajoli (2011d, p. 99), “composto por normas, que estão estabelecidas em constituições rígidas supra-ordenadas à legislação ordinária, esses direitos, não só são indisponíveis, como funcionam como limites e restrições à legislação e, mais em geral, ao poder político da maioria. Eles desenham aquela que chamamos de ‘esfera do indecível (que não)’”

Precisamente, os direitos de liberdade, consistindo em imunidades as quais correspondem proibições por parte do Estado, definem a esfera daquilo que nenhuma maioria pode

poderes; e, 3º) a excessiva ampliação do papel da ponderação na interpretação jurisdicional tem causado um verdadeiro esvaziamento e inaplicação das normas constitucionais (FERRAJOLI, 2011c). Ainda neste último ponto, Ferrajoli (2011c, p. 48) sustenta que, não obstante autores como Alexy defenderem que a ponderação é uma atividade de escolha orientada pela justiça substancial, em verdade, ela arrisca comprometer não só a sujeição do juiz à lei, mas também, os valores de certeza e igualdade diante da lei. Ademais, as normas, sejam elas regras ou princípios, tem sempre o mesmo peso, o que efetivamente muda e deve ser sopesado são as situações concretas a que tais normas se aplicam. Em todo caso, a própria constitucionalização dos princípios em matéria de direitos, ao invés de abrir o sentido da norma – a fim de que se proceda ao sopesamento/ponderação – termina por fechá-lo, reduzindo o espaço de discricionariedade interpretativa, dado que de todas as possíveis interpretações que admitem um mesmo texto, se elegem como válidas somente as compatíveis com a constituição. Desse modo, diz Ferrajoli (2011c, p. 50), os iminentes conflitos entre normas de hierarquia diversa e os descumprimentos de normas supra-ordenadas, dão lugar não a conflitos que podem ser solucionados mediante ponderação ou sopesamento, mas sim por meio de antinomias e lacunas estruturais, ou seja, a vícios consistentes em violações a regras ou princípios regulativos que só podem ser removidos por intervenções reparadoras: por anulação judicial de normas inválidas ou por produção legislativa de normas faltantes. Ora, desde os seus pressupostos, o garantismo integral possui incompatibilidades com o garantismo de Ferrajoli. Sendo ele a leitura correta da teoria de Ferrajoli como poderia, paradoxalmente, adotar para si um fundamento metodológico que o próprio garantismo se esforça para combater (?!). Aceitar tal incoerência é desnaturar uma das principais matrizes teóricas do garantismo, que é o juspositivismo crítico⁷⁵. Nesse sentido Ramos e Chaves (2020, p. 121) pontuam que o garantismo penal integral, ao propor a utilização da ponderação para restrição de direitos individuais e valendo-se, para tanto, de direitos sociais, tais como a garantia de segurança pública, “amplia demasiadamente – e de forma indesejável – o espaço de discricionariedade judicial do magistrado e incorre em todas as críticas acima descritas”. Sem mencionar que, o manejo de um alegado direito fundamental da sociedade à proteção, dentro da técnica de ponderação, nada mais é que uma carta coringa para mitigar qualquer direito ou garantia de natureza individual, ainda que contra a literalidade da Constituição.

decidir fazer: nenhuma maioria pode decidir que um homem seja condenado à morte ou privado da liberdade pessoal sem um processo (FERRAJOLI, 2011d, p. 99).

Ao contrário, os direitos sociais, consistindo em expectativas positivas as quais correspondem, face às funções públicas, deveres de prestação, por exemplo, de assistência médica ou de instrução, definem a esfera daquilo que nenhuma maioria pode decidir não fazer: como não fornecer a alguém a assistência médica ou o ensino fundamental” (FERRAJOLI, 2011d, p. 100).

Ainda de acordo com Ferrajoli (2011d, p. 106), todos os direitos fundamentais são (e se justificam enquanto) leis dos mais fracos em alternativa às leis dos mais fortes que vigorariam na sua ausência: “em primeiro lugar o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a lei de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência, contra a lei de quem é mais forte social e economicamente”.

No plano histórico, igualmente, pode-se dizer que os direitos fundamentais foram sancionados, nas diversas cartas constitucionais, como o resultado de movimentos de luta ou de revolução que, “de tempos em tempos, laceraram o véu de normalidade e naturalidade que ocultava uma precedente opressão ou discriminação: dos direitos de liberdade aos direitos dos trabalhadores, dos direitos das mulheres aos direitos sociais” (2011d, p. 106).

Tais direitos foram conquistados como forma de limitação dos poderes selvagens e na defesa dos sujeitos mais fracos contra as leis dos mais fortes – igrejas, soberanos, maiorias, aparatos policiais ou judiciários, empregadores, poderes paternos ou maritais. “E responderam, todas as vezes, a um “nunca mais” estipulado contra a violência ou a prevaricação gerada pela ausência de limites e de regras” (2011d, p. 107).

Isto posto, podemos observar que os direitos fundamentais representam um conjunto de limites e vínculos normativos à democracia política, os quais entregam – como diz Ferrajoli (2011d, p. 108) – fragmentos de soberania não mãos de todos e de cada um.

Ora, aos direitos fundamentais, o sistema jurídico agrega garantias que podem ser de natureza primária, pois estabelecem limites ou vínculos aos poderes públicos e/ou privados em relação às expectativas do sujeito, bem como, secundárias, pois obrigam o Poder Judiciário a declarar a nulidade por violação ou decretar uma sanção pela falta de prestação de alguma das garantias primárias.

Em verdade, Ferrajoli (2010, p. 692) nos explica, em *Diritto e ragione*, que as expectativas de não lesão ou garantias negativas são vedações legais que servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré-políticas de existência, por exemplo, a vida, a liberdade

e a imunidade aos arbítrios, enquanto que, “as garantias sociais ou positivas baseadas nas obrigações, conduzem, ao invés, a pretensões e aquisições de condições sociais de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, o lar, a instrução *etc.*”.

Na medida em que as expectativas negativas se realizam por meio do direito, as expectativas positivas se concretizam – geralmente – por meio de políticas públicas.

Não fosse suficiente, Ferrajoli (2010, p. 691) é categórico em afirmar que o único garantismo possível no campo penal é aquele que opera a partir dos direitos de liberdade e imunidade contra o poder punitivo, levando em consideração a lei do mais fraco, de modo que “as garantias penais e processuais [...] não podem ser mais que um sistema de vedações legais inderrogáveis: vedações legais de punir, de prender, de perseguir, de censurar ou, de outro modo, sancionar, sem que concorram as condições estabelecidas pela lei para tutela dos cidadãos contra os arbítrios”.

Portanto, é uma verdadeira incoerência do discurso integral tentar dividir o garantismo penal entre um aspecto positivo e negativo. Tal afirmação, não corresponde ao edifício teórico de Ferrajoli, que situa o garantismo penal como um conjunto de limites e vínculos ao poder de punir, constringimentos esses que são definidos a partir de garantias de não lesão do Estado contra o indivíduo.

Eis o motivo pelo qual Pinho, Sales e Albuquerque (2019, p. 174) ensinam que, ao descuidar que o garantismo corresponde a um projeto teórico multinível, o autodenominado garantismo penal integral torna-se, ele próprio, “uma espécie de leitura monocular do garantismo”.

Logo, é certa a crítica de Sales (2021, p. 218) ao dizer que o garantismo penal integral não passa de uma alquimia jurídica, pois se orienta por uma visão otimista do poder, promove o recrudescimento penal, dá ensejo à “relativização de garantias processuais, adota um conceito de segurança como equivalente à relação polícia e ordem pública, resulta na maximização penal, não distingue os espaços de incidência da lei do mais débil, tudo exatamente oposto ao defendido por Ferrajoli e os fundamentos do garantismo penal”.

E, de fato, basta lembrarmos que Fischer (2017, p. 47) reconhece que a ideia reitora por trás da leitura integralista do garantismo jurídico é o argumento emergencial de que “se os direitos fundamentais dos investigados devem ser preservados, insistimos que eles não são absolutos. Podem ser relativizados se presente(s) no caso concreto outro(s) valor(es) constitucional(ais) relevante(s) em sopesamento”.

3.5. O estatuto epistemológico do garantismo: menos arbítrio e mais razão

Segundo Pinho e Albuquerque (2017, p. 35), se tomarmos o garantismo em seu sentido epistemológico, haveremos de reconhecer que se trata de uma teoria preocupada com a racionalidade das decisões penais, tanto na esfera legislativa quanto na esfera judicial.

Isso porque, conforme ensina Morais da Rosa (2006, p. 123), “garantismo e racionalidade encontram-se imbricados na pretensão de construir a legitimidade do sistema punitivo, mediante o estabelecimento de uma tecnologia apta e democraticamente sustentada pelos direitos fundamentais”.

Para Ferrajoli (2008, p. 234), o modelo penal garantista se caracteriza como “um conjunto de técnicas que, no plano legal, asseguram a verificabilidade e a refutabilidade empírica das hipóteses de um certo delito, enquanto no plano processual, exigem sua verificação por parte da acusação e permitem sua refutação por parte da defesa”.

Por outro lado, seria possível sustentar que um sistema penal carece de garantias se não incorpora esses controles de verificabilidade e de falseabilidade em seu bojo, ou porque as hipóteses acusatórias são formuladas em termos valorativos que as fazem irrefutáveis (por exemplo, “x” é “inimigo do povo” ou “perigoso”), ou porque não se concede a defesa o direito de refutá-las (FERRAJOLI, 2008).

Na perspectiva de Ferrajoli (2008, p. 234-235), a alternativa entre o garantismo e o autoritarismo no direito penal pode ser concebida como uma alternativa epistemológica entre dois modelos teóricos contrapostos de motivação judicial: um cognitivista e convencionalista, fundado prevalentemente em conhecimentos – de fato e de direito – expressado por proposições assertivas das quais podemos averiguar sua verdade ou falsidade; e outro decisionista e substancialista, fundado prevalentemente em decisões expressas em proposições prescritivas ou valorativas, e por isso nem falsas nem verdadeiras.

Em suma, a tarefa precípua da epistemologia garantista é estabelecer critérios de máxima racionalidade e certeza (verificabilidade) para a definição legislativa e para a comprovação judicial de um desvio punível.

O primeiro elemento da epistemologia garantista é o convencionalismo penal, o qual nada mais é que a manifestação do princípio da estrita legalidade na determinação em abstrato do que é punível.

Este princípio, dirá Ferrajoli (2018a), exige duas condições: 1º) o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e 2º) o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas.

Consoante o primeiro sentido, crime não é aquilo que é ontologicamente mau, imoral, naturalmente anormal ou coisa parecida, ao contrário, delito é uma ação ou omissão formalmente indicada em lei como pressuposto para aplicação de uma pena (*nulla poena et nullum crimen sine lege*). Em seu segundo sentido, a definição legal de desvio punível deve ser configurada não com base em figuras subjetivas que denotem um *status* pessoal do autor, mas sim com base em figuras empíricas e objetivas de comportamento (*nulla poena sine crimine et sine culpa*).

Desde o convencionalismo penal, é possível fazer um corte dentro do princípio da legalidade: de um lado, teremos a legalidade em sentido lato ou princípio da mera legalidade, enquanto reserva legal, cujo conteúdo é o de norma dirigida aos juízes, prescrevendo a aplicação da lei tal como ela é formulada, ou seja, não há pena, nem crime, sem lei anterior que o defina; por outro, teremos a legalidade em sentido estrito ou princípio da estrita legalidade, enquanto uma reserva absoluta de lei, dirigida ao legislador, prescrevendo a taxatividade e a precisão empírica das normas legais (PINHO, ALBUQUERQUE, 2017).

Ferrajoli (2013, p. 176) nos oferece uma definição precisa acerca do princípio da estrita legalidade nos seguintes termos:

Uma norma meta-legal que submete a validade das leis que autorizam o exercício de violência a uma série de requisitos que se correspondem com as garantias penais e processuais: a tipicidade do uso da força que constitui a sanção penal, a taxatividade dos fatos empíricos previstos como delitos, dos prejuízos que dele se derivam e da culpa do sujeito ou dos sujeitos intervenientes, assim como a verificação de delito cometido por um juiz imparcial em um processo público contraditório, em que o acusador tem que provar o que afirma e aquele que se defende pode rebatê-lo. Portanto, de acordo com tal princípio, são legítimas todas aquelas – e somente aquelas – formas de violência taxativamente previstas para sujeitos culpáveis, e por sua predeterminados e confirmados judicialmente como delitos⁷⁶.

Por causa disso, *auctoritas, non veritas facit legem* é a máxima que expressa o fundamento convencionalista do direito penal garantista, vez que “o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei” (FERRAJOLI, 2010, p. 31).

Note-se que a separação entre o direito e a moral (juspositivismo) influencia a epistemologia garantista justamente no sentido de preconizar que a lei não pode qualificar como

⁷⁶ No original: “una norma meta-legal que somete a validez de las leyes que autorizan el ejercicio de violencia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y procesales: la tipicidad del uso de la fuerza que constituye la sanción penal, la taxatividad de los hechos empíricos previstos como delictivos, de los perjuicios que de ellos se derivan y de la culpa del sujeto o los sujetos intervenientes, así como la verificación del delito cometido por un juez imparcial y en un proceso público contradictorio, en el que el que acusa tiene que probar lo que afirma y el que se defiende puede desmentirlo. Por tanto, de acuerdo con tales principios, son legítimas todas aquellas – e solo aquellas – formas de violencia taxativamente previstas en culpables, a su vez predeterminados legalmente y confirmados judicialmente como delictivos”.

penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas tão somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e que sejam atribuídos à culpabilidade de uma pessoa. Ou seja, “o direito não é aquilo que é ontologicamente verdadeiro ou justo, seja lá o que for que se entenda por com essas expressões, senão o que é convencionalizado como tal por lei⁷⁷” (FERRAJOLI, 2013, p. 210).

O segundo elemento da epistemologia garantista, conectado ao primeiro como condição de efetividade, é o cognoscitivismo processual.

Para Ferrajoli (2018a, p. 72), tal requisito é assegurado por meio da estrita jurisdicionalidade⁷⁸, a qual exige duas condições: primeiro, verificabilidade e refutabilidade da hipótese acusatória, em virtude do seu caráter assertivo; segundo, sua prova empírica, em virtude de procedimentos que permitam tanto a verificação como a refutação.

Dizer, portanto, que um juízo é cognitivo significa dizer que ele consiste em avaliar atos humanos empiricamente verificáveis, relativos a violações de normas jurídicas. Logo, o desvio punível não deve ser “constituído” pelo sistema penal, mas sim “regulado”. E mais, segundo Ferrajoli (2010, p. 32), figuras delituosas abundantes em indeterminação legal não irão remeter o intérprete à avaliação das provas, mas sim “à discricionárias valorações do juiz, que de fato esvaziam tanto o princípio formalista da legalidade quanto o empírico de factualidade do desvio punível”.

O que legitima uma decisão judicial, na concepção garantista, é o grau de verdade⁷⁹ das motivações sobre as quais ela se embasa. Por isso, não há jurisdição onde não haja comprovação de fatos e de direito.

⁷⁷ No original: “*el derecho no es lo ontológicamente verdadero o justo, sea cual fuere lo que si entienda con estas expresiones, sino lo convenido con tal por la ley*”.

⁷⁸ Assim como no princípio da legalidade, Ferrajoli (2010, p. 433) faz um corte entre mera legalidade e estrita legalidade, em relação ao princípio da jurisdicionalidade. O autor também faz a seguinte cisão: “enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer tipo de processo, tanto acusatório como inquisitório, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo, ainda que nela não esteja pressuposta”. Avançando nessa análise, ele sustenta que “chamarei orgânicas as garantias relativas à formação do juiz e à sua colocação institucional em relação aos outros poderes do Estado e aos outros sujeitos do processo, tais como: a independência, a imparcialidade, a responsabilidade, a separação entre juiz e acusação, o juiz natural, a obrigatoriedade da ação penal e outras. Chamarei, ao contrário, procedimentais as garantias relativas à formação do juízo, ou seja, à coleta de prova, ao desenvolvimento da defesa e ao convencimento do órgão judicante, tais como: a contestação de uma acusação exatamente determinada, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciais e outros. As garantias do primeiro tipo, ao definir o juiz, são geralmente (salvo a da separação de funções) exigidas para todo tipo de juízo, inclusive não penal, e valem, portanto, para integrar a submissão à jurisdição em sentido lato; as do segundo tipo, ao definir especificamente o modelo cognitivo do juízo, integram, ao contrário, a submissão à jurisdição em sentido estrito” (FERRAJOLI, 2010, p. 433).

⁷⁹ Não é o objetivo do presente trabalho abordar as grandes questões que envolvem o conceito filosófico de verdade – recomendamos, nesse sentido, a leitura do artigo de Roberto Malaquias (2015, p. 265), *A verdade como ferramenta de investigação criminal à luz do garantismo penal* –, contudo, para os fins da nossa pesquisa, é importante registrar qual o significado de “verdade” que Luigi Ferrajoli (2008) adota em sua epistemologia garantista. Para

Diferentemente de outros poderes públicos, o poder judiciário não admite uma legitimação consensual ou representativa, senão de tipo racional e legal. Logo, *veritas non auctoritas fact iudicium*, é a máxima que expressa o fundamento cognitivista da jurisdição, pois não se pode castigar um cidadão somente para responder à vontade ou interesse da maioria, haja vista que nenhuma maioria, por mais hegemônica que seja, pode fazer legítima a condenação de um inocente ou convalidar um erro cometido em prejuízo de um cidadão (FERRAJOLI, 2008, p. 231).

Segundo a epistemologia garantista, o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não agregam nada à legitimidade da jurisdição, porque nem a vontade, nem o consenso ou o interesse geral ou nenhum outro princípio de autoridade pode converter em verdadeiro o que é falso e vice-versa (FERRAJOLI, 2008, p. 232).

Para o convencionalismo, o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato inequivocamente descrito e indicado como delito, segundo a máxima latina *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Ao mesmo tempo, para o cognitivismo, o juízo deve basear-se em um controle empírico, de modo que as hipóteses acusatórias sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, resultando convalidadas se, e somente se, forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima latina *nullum iudicium sine probatione* (FERRAJOLI, 2010). Por isso, a verificação e a refutação fática supõem a verificabilidade e a refutabilidade jurídica” (FERRAJOLI, 2008, p. 241).

Existe, portanto, uma relação intrínseca entre verdade e liberdade, haja vista que a verdade do juízo e a liberdade do inocente formam as duas fontes de legitimidade da jurisdição penal.

Com efeito, na seara criminal, as principais garantias de liberdade do imputado contra o arbítrio residem na rígida observação da estrita legalidade e da estrita submissão à

ele, “em ningún otro campo como en el juicio penal se revela tan fecunda, para la definición de ‘verdad procesal’, la noción semántica de ‘verdad’ como correspondencia propuesta hace más de 60 años por Alfred Tarsky [...]”. Em termos sucintos, segundo essa noção semântica, uma dada proposição será verdadeira se, e somente se, corresponder à realidade, por exemplo, a sentença ‘a neve é branca’ é verdadeira se, e somente se, a neve é branca. Transportando tal raciocínio para o campo penal, Ferrajoli (2010, p. 41) explica que “uma vez estabelecido que o termo ‘verdadeiro’ pode ser empregado sem implicações metafísicas no sentido de ‘correspondência’, é na realidade possível falar da investigação judicial como a busca da verdade em torno dos fatos e das normas mencionadas no processo, e usar os termos ‘verdadeiro’ e ‘falso’ para designar a conformidade ou a desconformidade das proposições jurisdicionais a respeito deles”. Ferrajoli (2010) ressalta que a verdade toda, objetiva é sempre inalcançável – uma ingenuidade epistemológica -, porém, seria possível pensar a verdade processual como uma verdade aproximada. Essa verdade aproximada se assemelharia a uma teoria científica, pois a “verdade” de uma teoria científica e, via de regra, de qualquer argumentação ou proposição empírica é uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, por isso, “sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos” (FERRAJOLI, 2010, p. 42).

jurisdição. Por isso, “com base nesse duplo nexos entre razão e liberdade, podemos identificar os valores da jurisdição com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva, com a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado e [...] também com o respeito à sua verdade” (FERRAJOLI, 2010, p. 438).

Em suma, de acordo com Ferrajoli (2010, p. 439), “o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro”.

Assim como a epistemologia garantista pode ser caracterizada por meio dos dois critérios elementares acima, a epistemologia inquisitiva ou antigarantista pode ser identificada através dos mesmos requisitos, porém, simetricamente opostos.

Note-se ainda que, diferentemente de epistemologia garantista – que remonta ao período iluminista e se serve de vários filões teóricos, como a doutrina do direito natural, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e da pena – a epistemologia inquisitiva envolve uma tradição autoritária muito mais antiga na história do direito penal (FERRAJOLI, 2010, p. 35).

O primeiro elemento da epistemologia inquisitiva, antípoda do convencionalismo penal, é uma concepção não convencional e não formalista, mas ontológica ou substancialista⁸⁰ de desvio penalmente relevante. De acordo com esta concepção, o objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito enquanto formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial e, para além dele, a pessoa do delinquente, cuja maldade ou antissociabilidade se manifesta por meio do crime (FERRAJOLI, 2018a, p. 75).

Esse modelo epistemológico apresentou diversas formas de manifestações ao longo dos séculos, desde “as doutrinas moralistas, que consideram o delito um pecado, às naturalistas, que individualizam nele um signo de anormalidade ou de patologia psicofísica do sujeito, até

⁸⁰ A respeito da epistemologia substancialista aplicada ao processo penal, confira-se o artigo *Processo penal autoritário versus processo penal garantista: dois antípodas, uma escolha*, de Pinho e Sales (2021), presente no volume I da obra coletiva *Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Nele, os autores afirmam que, não obstante a Constituição Federal tenha feito uma escolha pela epistemologia garantista, o nosso Código de Processo Penal (de 1941) “segue um modelo substancialista, isto é, decisionista, inquisitório, em que ganha o caráter potestativo, e não cognitivo, do juízo” (PINHO; SALES, 2021, p. 193). Daí porque “a cruzada garantista é, exatamente, nesse sentido: diminuir espaços de poder e ampliar espaços racionais de controle. Quanto mais controlável um sistema, mais garantista ele será. Controlabilidade está relacionada com fiabilidade (confiança) do juízo. Um juízo confiável é aquele passível de constrangimentos. Uma acusação refutável é aquela baseada em elementos verificáveis, comprováveis, que narre uma conduta e não um estado de ser. A falta de limites desagua no excesso de arbítrio” (PINHO; SALES, 2021, p. 194-195).

as pragmáticas e utilitaristas, que lhe conferem relevância somente enquanto sintoma privilegiado e alarmante da periculosidade de seu autor” (FERRAJOLI, 2010, p. 35-36).

Ferrajoli (2018a, p. 76) destaca igualmente que, entre as figuras mais nefastas do moderno obscurantismo penal, pode-se recordar a concepção positivista-antropológica de “delinquente natural”, a doutrina nazista do “direito penal da vontade” ou do “tipo de autor”, bem como, a stalinista de “inimigo do povo”.

Na medida em que o convencionalismo penal exige uma rígida separação entre o direito e outros critérios extrajurídicos de qualificação ou de valoração, além da igualdade dos sujeitos, o substancialismo penal, ao contrário, demanda uma confusão entre direito e moral ou entre direito e natureza, permitindo discriminações subjetivas e invasões incontrolláveis na esfera de liberdade dos cidadãos (FERRAJOLI, 2010, p. 38).

O segundo elemento da epistemologia antigarantista é o decisionismo processual, isto é, o caráter não cognitivo senão potestativo do juízo e da irrogação da pena. Na concepção de Ferrajoli (2010, p. 36), o decisionismo é o “efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social”.

Trata-se, portanto, de um modelo epistemológico eminentemente potestativo (ao invés de cognitivo), com uma intrínseca natureza autoritária. Não por acaso que Prieto Sanchís (2009, p. 52) afirma estar no coração do modelo garantista um grande esforço para reduzir ao mínimo a discricionariedade judicial⁸¹.

Enfim, por meio do decisionismo, tanto estrita legalidade quanto estrita jurisdicionalidade restam significativamente fragilizadas. O magistrado abdica de uma posição de saber em prol de uma posição de poder e se transforma numa espécie de confessor, psicanalista ou terapeuta social. Há, como pontuam Pinho e Albuquerque (2017, p. 41), o crescimento de um “espaço demasiado aberto para o poder de disposição do juiz”.

Contraopondo os modelos epistemológicos acima, perceberemos que o cognitivismo jurisdicional (*veritas, non auctoritas facit iudicium*) importa necessariamente no voluntarismo legislativo (*auctoritas, non veritas facit legem*), enquanto o substancialismo normativo (*veritas,*

⁸¹ O problema da discricionariedade judicial dentro da teoria garantista foi objeto de investigação aprofundada na obra de Pinho (2013, p. 74). A pesquisa procura busca tensionar a questão relativa à discricionariedade judicial e o garantismo, afirmando que a teoria de Ferrajoli opera com base em uma filosofia da consciência e que, neste ponto, a hermenêutica filosófica poderia representar um critério mais seguro de balizamento das decisões judiciais. Nas palavras da autora, “defende-se aqui a hipótese de que a hermenêutica filosófica de matriz gademeriana, aliada à consistente teoria do Direito formada por Ronald Dworkin (direito como integridade), é um caminho seguro para propor parâmetros de controle para o poder do juiz criminal e, assim, limitar a decisão penal, evitando a discricionariedade e o decisionismo” (PINHO, 2013, p. 74).

non auctoritas facit legem) comporta o mais completo voluntarismo judicial (*auctoritas, non veritas facit legem*).

Dessa maneira, a alternativa epistemológica entre garantismo e autoritarismo se manifesta justamente nas distintas formas como a “verdade jurídica” é perseguida, pois existe um vínculo indissociável entre verdade judicial, garantias penais/processuais e legitimação da jurisdição (FERRAJOLI, 2008, p. 232).

Para Ferrajoli (2018a, p. 79), a verdade que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada verdade real, substancial ou autoritária, isto é, uma verdade absoluta e omnicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de vínculos legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais.

Por outro lado, a verdade perseguida pelo modelo garantista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma verdade reduzida ou controlada, alcançada mediante o respeito a regras precisas, e concernente somente a fatos e circunstâncias penalmente relevantes.

Com efeito, Ferrajoli (2008, p. 235) registra que o grande mérito do pensamento ilustrado, para além do seu otimismo epistemológico, foi o reconhecimento dos nexos entre garantismo, convencionalismo legal e cognitivismo judicial, de um lado, e entre autoritarismo, substancialismo legal e decisionismo judicial, do outro.

Naturalmente, Ferrajoli (2008, p. 235) não é ingênuo de achar que as leis são sempre claras e precisas e que a comprovação dos fatos sempre proporcionará uma certeza absoluta⁸², ao contrário, a tese que ele sustenta é que os nexos acima indicados seguem sendo válidos em que pese a impossibilidade epistemológica de um perfeito cognitivismo judicial. Ainda que o modelo iluminista de juízo penal como perfeito silogismo seja uma ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico, conserva, sem embargo, um indiscutível valor teórico e normativo⁸³.

Por isso mesmo, dirá Ferrajoli (2010, p. 84-85), a única certeza – no sentido de escolha – perseguida pelo garantismo é a de que “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”; enquanto a certeza perseguida

⁸² De acordo com Ferrajoli (2008, p. 244), “*la certeza objetiva y la verdad absoluta, como ya se asume pacíficamente en la epistemología contemporánea, son, en efecto, imposibles en materia de conocimiento empírico o fáctico. Al contrario de lo que sucede con la verdad lógica, la verdad empírica – la asociada a las leyes científicas o a las tesis historiográfica o a las judiciales – es siempre una verdad más o menos probable*”.

⁸³ No original: “*os nexos arriba indicados sieguen siendo válidos pese a la imposibilidad epistemológica de un perfecto cognoscitivismo judicial. Aunque el modelo ilustrado del juicio penal como silogismo perfecto sea una ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico, conserva, sin embargo, un indiscutible valor teórico y normativo*”.

epistemologia inquisitiva está em que “nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido”.

Isto implica reconhecer que a epistemologia garantista é um “modelo limite”, “ideal” ou “regulativo”, nunca plenamente alcançável, senão somente aproximável por causa dos limites intrínsecos dos critérios de comprovação da verdade judicial (FERRAJOLI, 2008, p. 245).

Não é à toa que Ferrajoli (2010, p. 38) sustenta que “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”. E mais, sendo a jurisdição uma combinação de conhecimento (*veritas*) e decisão (*autoritas*), quanto maior o poder menor será o saber e vice-versa, de modo que a epistemologia garantista é, antes de tudo, uma proposta de minimização do poder e maximização do saber no campo das decisões penais (legislativas e/ou judiciais).

Podemos dizer, então, que a tarefa epistemológica do garantismo é limitar, no campo legislativo, as criminalizações vagas e substancialistas, voltadas para um direito penal do autor, e, no campo judicial, a discricionariedade e o decisionismo dos magistrados, por meio do estabelecimento de rígidas garantias penais e processuais⁸⁴, capazes a assegurar a natureza cognoscitiva do juízo mediante regras sobre a semântica da linguagem legal e jurisdicional (FERRAJOLI, 2008, p. 250).

Nesse sentido, Ferrajoli (2010, p. 78) compreende como garantias penais aquelas técnicas que, no plano legal, asseguram o máximo de racionalidade e certeza jurídica, ou seja, permitem a verificabilidade e a refutabilidade das figuras delitivas definidas em lei, impondo ao legislador a satisfação das condições estabelecidas pelo princípio da estrita legalidade.

Por outro lado, Ferrajoli (2010, p. 78). Compreende como garantias processuais aquelas técnicas que, no plano jurisdicional, asseguram a máxima racionalidade e certeza na comprovação dos fatos, ou seja, garantem a verificação por parte da acusação e a refutação por parte da defesa das concretas hipóteses acusatórias

Por tal motivo, as garantias penais e processuais não são apenas garantias de imunidade do cidadão frente ao arbítrio judicial, elas são também garantias de verdade (FERRAJOLI, 2008, p. 239).

⁸⁴ Conforme deixa bem claro Ferrajoli (2014, p. 130) no artigo *Cos'è il garantismo*, “*mentre le garanzie penali sono finalizzate alla minimizzazione dei reati, ossia alla massima riduzione di ciò che al potere legislativo è consentito punire, le garanzie processuali sono finalizzate alla minimizzazione del potere giudiziario, ossia alla massima riduzione dei suoi margini di arbitrio*”.

Noutras palavras, para que uma decisão penal (legislativa ou judicial) seja considerada racional e, sobretudo, verdadeira, faz-se necessário que ela respeite uma plêiade de garantias, pois “não é só a verdade que condiciona a validade, mas também a validade que condiciona a verdade no processo” (FERRAJOLI, 2010, p. 49). De modo que, se elas faltam ou se são violadas, transforma-se o sistema de justiça criminal no mais terrível e odioso arbítrio (FERRAJOLI, 2008, p. 254).

Pensando nisso, Ferrajoli (2010, p. 73) concebe o sistema de garantias (SG) baseado em dez axiomas, sendo seis de natureza penal e quatro de natureza processual. Trata-se de princípios que não objetivam descrever o que efetivamente ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer; eles não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas que deve satisfazer ao aderir direitos fundamentais previstos no texto condicional.

Para Ferrajoli (2010, p.74), eles são “implicações deônticas, normativas ou de dever ser, cuja conjunção nos diversos sistemas, [...] dará vida a modelos deônticos, normativos ou axiológicos”. Logo, esses dez axiomas irão representar critérios epistemológicos tanto de legitimação (externa e interna), quanto de deslegitimação do direito e do processo penal.

Os dez axiomas estruturados por Ferrajoli (2010, p. 72) foram respectivamente: 1º) *Nulla poena sine crimine* ou princípio da retributividade da pena em relação ao delito; 2º) *Nul-lum crimen sine lege* ou princípio da legalidade, em sentido lato e estrito; 3º) *Nulla lex (poena-lis) sine necessitate* ou princípio da necessidade do direito penal; 4º) *Nulla necessitas sine iniuria* ou princípio da lesividade do evento; 5º) *Nulla iniuria sine actione* ou princípio da materialidade da ação; 6º) *Nulla actio sine culpa* ou princípio da culpabilidade; 7º) *Nulla culpa sine iudicio* ou princípio da jurisdicionalidade, em sentido lato e estrito; 8º) *Nullum iudicium sine accusatione* ou princípio acusatório, consistente na separação entre juiz e acusação; 9º) *Nulla accusatio sine probatione* ou princípio do ônus da prova; e, 10º) *Nulla probatio sine defensione* ou princípio do contraditório, da ampla defesa, ou da falseabilidade.

Tais princípios ou axiomas, ordenados e conectados sistematicamente, “definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal” (FERRAJOLI, 2010, p. 75).

Eles foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos de limitação do poder punitivo dos absolutismos monárquicos. Hoje, por sua vez, encontram-se incorporados, em maior ou menor grau,

em diversas constituições democráticas – incluindo a constituição brasileira⁸⁵ – convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de direito.

Morais da Rosa (2006, p. 120) anota, ainda, que a ausência de qualquer um dos princípios elencados acima torna a resposta estatal ilegítima, constituindo, cada um deles condição da responsabilidade penal.

Destarte, “são prescritivas de regras processuais ideais ao modelo garantista sem que o seu preenchimento *in totum* obrigue uma sanção; mas o contrário, pois somente com o preenchimento (de to) das implicações deonticas do modelo é que o sistema está autorizado a emitir um juízo condenatório” (MORAIS DA ROSA, 2006, p. 120).

Ainda de acordo com Carvalho (2008, p. 82), a cadeia principiológica elaborada por Ferrajoli serve tanto como instrumento avaliativo da incidência do sistema penal (da elaboração da norma pelo legislativo à aplicação/execução da pena), quanto interpretação adequada para (des)legitimação de toda atuação punitiva. Não por acaso os 10 axiomas acima podem ser resumidos em 11 palavras que explicam as condições de possibilidade do próprio direito penal: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.

Com efeito, o recorte da presente pesquisa posiciona nosso campo de análise logo no primeiro elemento da cadeia principiológica garantista, isto é, a pena criminal, a qual está na base do programa político-criminal pensado por Ferrajoli, ao qual ele denomina como direito penal mínimo ou minimalismo penal.

3.6. Garantismo e execução penal: o programa político-criminal minimalista

Ferrajoli (2013, p. 192) sustenta que o garantismo jurídico-penal se desenvolveu como teoria e como prática jurídica, em oposição, primeiro, aos contundentes legados da legislação fascista e, depois, às numerosas leis de exceção e emergenciais que terminaram recrudescendo, em contraposição aos princípios constitucionais, o sistema de garantias contra o arbítrio punitivo, na Itália.

Nesse sentido, o garantismo se filiou à matriz teórica do iluminismo com o propósito de recuperar o pensamento liberal clássico de minimização do poder punitivo, mediante

⁸⁵ Cabe sublinhar que Pinho e Sales (2021, p. 195) fazem uma fina observação sobre da relação entre a Constituição de 1988 e a epistemologia garantista. Segundo os autores, “a CRFB/88 fez uma escolha política muito clara por um modelo garantista de Direito e de Processo Penal. A essa conclusão se chega, inexoravelmente, por meio da simples leitura do seu art. 5º, que traz um extenso rol de garantias individuais, marcando o núcleo liberal dos direitos fundamentais, que herdamos da ilustração. Ou seja, no âmbito penal e processual penal, o Constituinte brasileiro deixou claro que a palavra de ordem é ‘limitação do poder’, exatamente a mesma que caracteriza a teoria ferrajoliana” (PINHO; SALES, 2021, p. 195).

sua estrita submissão a lei: concretamente, mediante a submissão da lei penal ao poder jurisdicional e mediante a submissão do poder legislativo às normas constitucionais (FERRAJOLI, 2013, p. 193).

Por isso, o programa político criminal garantista se identificou desde o início com o projeto de um direito penal mínimo. Ferrajoli (2013, p. 193), em inúmeras ocasiões, já afirmou que garantismo e minimalismo penal são termos sinônimos.

Na sua visão, o direito penal mínimo ou minimalismo compreende duas coisas: 1º) um paradigma metateórico de justificação e, ao mesmo tempo, de deslegitimação do direito penal; e, 2º), um modelo teórico e normativo de direito penal.

Enquanto paradigma de justificação metateórico, a expressão direito penal mínimo ou minimalismo designaria uma doutrina que justifica o direito penal se, e somente se, ele puder alcançar dois objetivos: a prevenção ou a minimização das agressões a bens e direitos fundamentais, bem como, a prevenção ou minimização das penas arbitrárias (FERRAJOLI, 2013, p. 252).

Com efeito, Ferrajoli (2010, p. 268) pondera que a pena “não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. [...] Ela tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delincente contra reações informais, públicas ou privadas”.

A prevenção dos delitos e a prevenção dos castigos constituem, então, o modelo garantista do direito penal como negação da vingança e proteção do mais fraco. “A centralidade da pessoa em seus direitos fundamentais seria recuperada por essa dupla função penalógica, legitimando sua ‘necessidade política’ e os critérios de limitação dos delitos e dos castigos” (CARVALHO, 2008, p. 148).

Dos dois fins elencados acima, o segundo é – conforme Ferrajoli (2010, p. 270) – o mais importante: primeiro, porque enquanto é duvidosa a idoneidade do direito penal em satisfazer a primeira finalidade, é bem mais certa a sua idoneidade para satisfazer a segunda, ainda que seja por meio de penas modestas ou um pouco mais que simbólicas; ademais, “enquanto a prevenção dos delitos e as exigências de segurança e de defesa social sempre estiveram no ápice dos pensamentos do legislador e das demais autoridades públicas, o mesmo não se pode dizer no que tange à prevenção das penas arbitrárias e das garantias do acusado”.

Inclusive, somente um direito penal mínimo, dirigido a prevenção unicamente das ofensas mais graves aos direitos fundamentais e à convivência civil, estará – segundo Ferrajoli (2013, p. 261) – capacitado a assegurar a eficácia e as garantias ao mesmo tempo, ou seja, os valores que embasam a legitimidade tanto do direito como da jurisdição penal.

Note-se, também, que o direito penal se justificaria não com o fim de assegurar a vingança, mas sim com o fim de impedi-la. Na visão de Ferrajoli (2018a, p. 56), a pena historicamente substituiu a vingança privada, porém, não com o fim de melhor satisfazer o desejo de vingança dos particulares; mas sim com o propósito de prevenir tais manifestações. Daí porque se diz que a história do direito penal e da pena podem ser lidas como a história de uma grande luta contra a vingança.

Inclusive, a pena seria a negação da vingança da mesma maneira que o direito em geral seria a negação da guerra, na medida em que – consoante Ferrajoli (2013, p. 241) – o “reconhecimento da antinomia entre direito e guerra, entre pena e vingança, remontaria às origens da civilização jurídica, quando seu nascimento foi representado, na mitologia grega, com a instituição do Areópago pela deusa Atena, que pôs fim ao ciclo de vingança de sangue⁸⁶”.

Ainda segundo o garantismo, o direito penal nasceu no momento em que a relação bilateral ofendido/ofensor é substituída por uma relação trilateral, que coloca em posição imparcial uma autoridade judiciária.

Justamente por isso que, “cada vez que um juiz é movido por um sentimento de vingança, ou de parte, ou de defesa social, ou o Estado deixa espaço para a justiça sumária dos particulares, pode-se dizer que o direito penal regrediu a um estado selvagem, anterior à formação da civilização” (FERRAJOLI, 2010, p. 269).

Isto não significa, evidentemente, que o objetivo da prevenção geral dos delitos seja uma finalidade menos essencial ao direito penal. Significa, ao invés, que o direito penal está dirigido a cumprir aquela dupla função preventiva referida acima: aquela de prevenção dos delitos e aquela de prevenção geral das penas privadas, arbitrárias e/ou desproporcionais (FERRAJOLI, 2018a).

Em suma, a tarefa do direito penal seria impedir o exercício das próprias razões, ou, concretizar uma missão política de minimização da violência na sociedade. Tanto o delito, quanto a vingança constituem espécies dessa violência. Em ambos os casos ocorre um conflito que será resolvido mediante a força: pela força do delinquente no momento do crime, ou por parte do ofendido e seus solidários no momento da vingança (FERRAJOLI, 2018a, p. 57).

Por último, esse modelo metateórico de justificação atenderia aos pressupostos de validade para uma dada doutrina legitimadora: 1º) porque ao se dirigir à prevenção das injustas ofensas e dos injustos castigos, ela não incorre na confusão entre direito e moral que,

⁸⁶ No original: “[...] reconocimiento de la antinomia entre derecho y guerra, entre pena y venganza se remonta a los orígenes de la civilidad jurídica, cuando el nacimiento fue representado, en la mitología griega, con la institución del Areópago por Atenea, que puso fin al ciclo de la venganza de le sangre”.

praticamente, todas as outras doutrinas de justificação da pena incorreram; 2º) ao responder “por que punir?” ela estabelece como finalidade do direito penal ser um conjunto de limites e vínculos ao poder e um instrumento de minimização da violência social; 3º) porque reconhece o caráter aflitivo e coercitivo da pena, não tentando encobrir tais características com supostas finalidades filantrópicas ou reeducativas; e, 4º) ela respeita o princípio ético de que nenhuma pessoa pode ser tratada como um meio para um fim que não o seu próprio (FERRAJOLI, 2018a, p. 58).

Enquanto modelo teórico e normativo de direito penal, a expressão direito penal mínimo ou minimalismo designaria um sistema de garantias, penais e processuais penais, adequado a satisfazer as duas finalidades acima elencadas.

Tal satisfação ocorreria mediante a racionalização das proibições, das penas e dos processos visando garantir a tutela dos bens e direitos fundamentais de todos os sujeitos envolvidos no fenômeno criminal, da pessoa prejudicada pelo delito, do imputado e, posteriormente, do condenado ou preso, contra os arbítrios policiais e judiciais, e contra os excessos e os abusos das autoridades penitenciárias (FERRAJOLI, 2013, p. 252).

Por isso, o direito penal mínimo é definido também como a lei do mais fraco contra a lei do mais forte que estaria em vigor em sua ausência, como aquela que protege ao sujeito mais débil; que no momento do delito é a vítima, no momento do processo é o imputado e no momento da execução é o apenado⁸⁷ (FERRAJOLI, 2013, p. 252).

Como se pode ver, o modelo normativo garantista busca instrumentalizar um paradigma de “racionalidade do sistema jurídico, criando esquemas tipológicos baseados no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, com intuito de limitar o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada” (CARVALHO, 2008, p. 82).

O adequado, portanto, é falarmos em graus de garantismo. Quanto mais satisfeitas são, por um dado ordenamento jurídico, o conjunto das garantias penais e processuais penais, mais estaremos diante de um programa de direito penal mínimo. Todavia, quanto menos satisfeitas elas são, por esse mesmo ordenamento, mais próximos estaremos de um programa de direito penal máximo.

⁸⁷ Essa também é a razão pela qual, Carvalho (2008, p. 88) afirma que a interpretação do sistema penal desde o ponto de vista do mais débil pressupõe uma dupla diretiva: na direção punitiva/perseguidora a interpretação deve ter força centrípeta, isto é, a imantação é para o núcleo do texto, restritivamente (o menor sofrimento possível); e na direção libertária, para favorecer o débil no direito penal (réu), a força hermenêutica deve ter potencialidade centrífuga, dirigida para fora, com olhar extensivo dos direitos e garantias.

O direito penal máximo, em oposição ao minimalismo, é tipicamente identificado com estados autoritários, de poder absoluto. Incondicionado e ilimitado por natureza, ele se caracteriza, “além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação” (FERRAJOLI, 2010, p. 82).

A incerteza e a irracionalidade do direito penal máximo, por consequência, são reflexos do substancialismo penal e da inquisição processual que estão na fisiologia da sua constituição.

Primeiramente, a equivalência substancialista entre delitos e *mau em si*, conduz à ausência de um importante limite ao arbítrio punitivo, a saber: a rígida predeterminação acerca do processo de qualificação do delito (FERRAJOLI, 2010, p. 82).

Noutro giro, a investigação inquisitiva através de “verdades substanciais”, conduz – aliado ao caráter indeterminado ou valorativo das hipóteses legais de desvio – ao predomínio das opiniões subjetivas e até dos preconceitos irracionais e incontroláveis dos julgadores (FERRAJOLI, 2010, p. 82).

Condenação e pena são nestes casos “incondicionadas”, no sentido de que dependem unicamente de uma suposta sabedoria e equidade dos juízes. Portanto, as garantias individuais restam sublimadas frente a incontrolabilidade do poder punitivo, exercido da forma mais autoritária possível pelas instituições políticas.

A política criminal garantista ou minimalista, por outro lado, é pensada por Ferrajoli como um conjunto de estratégias que, enfrentando os modelos penais autoritários, buscam “maximizar os direitos e reduzir o impacto penal na sociedade, diminuindo o volume de pessoas no cárcere pela restrição do *input* do sistema através de processos de descriminalização e despenalização” (CARVALHO, 2008, p. 86).

Ora, desde a perspectiva garantista, a pena (re)assume o seu caráter fenomenológico e o direito é (re)posicionado como limite político à sanção punitiva. Por isso mesmo, o garantismo recusa modelos de direito penal máximo que, em sua estrutura teórica de razão de Estado, optam pelo primado da política sobre o direito (CARVALHO, 2008, p. 145).

Nas palavras de Carvalho (2008, p. 145), o programa político garantista situa a pena como realidade empírica estranha ao direito, o qual (direito) passa a ser visto como instrumento de contenção daquela (pena). Assim sendo, o direito ganha potência (instrumentalidade) na atuação contra os poderes, públicos ou privados, objetivando sempre a tutela do polo mais fraco.

Trata-se de um modelo penalógico que tem como função precípua a negação da violência. É, pois, um sistema estruturado sob o paradigma da tolerância, porque a tolerância exclui a razão de estado e a sua lógica amigo/inimigo, vez que reconhece no outro um valor intrínseco, ou seja, uma “‘pessoa’, que não deve ser combatida ou repelida, mas respeitada, justamente, porque é diversa” (CARVALHO, 2008, p. 149).

Assim sendo, a execução da pena privativa de liberdade, ou o ‘como punir’, é pensada por Ferrajoli (2010, p. 310) sob a ótica de duas questões: o problema da qualidade e da quantidade das penas.

A base material dessa análise, todavia, está no reconhecimento de que “a história das penas é mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos”, vez que mais cruéis e numerosas do que as violências produzidas pelos crimes e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente e organizada por muitos contra um (FERRAJOLI, 2010, p. 310).

Por isso, o diagnóstico garantista é que “o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos” (FERRAJOLI, 2010, p. 310).

Em suma, seria impossível fazermos um inventário de todas as atrocidades concebidas e praticadas sob o nome de “penas”. Ferrajoli (2010, p. 311) aduz que não houve aflição, “desde os sofrimentos mais refinados até as violências mais brutais, que não se tenha experimentado como pena”.

Ademais, se a história das penas é vergonhosa, não é menos a história do pensamento jurídico em matéria de sanção penal, o qual – segundo Ferrajoli (2010, p. 311) – carrega em suas costas parte da responsabilidade pelos horrores cometidos: “por omissão, ao jamais ter levantado seriamente sua voz, até o século das luzes, contra a falta de humanidade das penas; e por ação, na medida em que tem expressado quase sempre adesão e apoio a argumentos de defesa social frente a necessidades de garantia”.

Trata-se de doutrinas que reciclam sempre os mesmos argumentos: “a justa retribuição, a intimidação, a defesa social, [ou] a ideia da sociedade como organismo em que é válido amputar o órgão infeccionado” (FERRAJOLI, 2010, p. 311).

Pois bem. Em relação a qualidade da execução penal, Ferrajoli (2010, p. 319) afirma que os princípios da necessidade e da dignidade da pessoa humana são os dois critérios sobre os quais podemos basear um programa garantista de minimização das penas (FERRAJOLI, 2010, p. 319).

Para ele, esses dois critérios servem de vinculação qualitativa aos três traços que a modernidade legou ao direito penal: o da igualdade, o da legalidade e o do caráter apenas privativo da sanção punitiva (FERRAJOLI, 2010, p. 319).

Disto decorre, conforme o programa político garantista, primeiro, a ilegitimidade de qualquer forma de diferenciação na execução penal; segundo, a inadmissibilidade de qualquer forma de flexibilidade ou de incerteza na duração da pena; e, terceiro, a intolerabilidade de qualquer atividade pedagógica ou corretiva na expiação da pena (FERRAJOLI, 2010, p. 319).

Segundo Ferrajoli (2010, p. 319), tratamento reeducativo e discricionariedade administrativa na determinação da qualidade e duração das sanção punitiva contradizem não somente os princípios de retributividade, legalidade e jurisdicionalidade, mas também os de necessidade e humanidade das penas, “resolvendo-se em tratamentos desiguais não justificados pela diversidade do delito e, por conseguinte, lesivos para a liberdade interior e a dignidade pessoal do réu, pela sua pretensão de transformar a pessoa”

Ademais, deve ser excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinar da sanção penal, vez que a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, ela “não perverta o réu”, ou seja, “que não reedueque, mas também que não desedueque, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior” (FERRAJOLI, 2010, p. 319).

De acordo com Ferrajoli (2010, p. 319), para um propósito de tal jaez, não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas. É necessário, antes de tudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis, bem como, que nas instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho – não obrigatório, senão facultativo – juntamente com o maior número possível de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa; e que, por fim, “seja promovida a abertura da prisão – os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças etc. – não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos”.

Diretamente relacionada a questão da flexibilidade ou incerteza na duração da sanção penal, Ferrajoli (2010, p. 326) coloca sob tensão o sistema de “benefícios” penais na execução, os quais tem o condão de modificar, principalmente pela via da progressão de regime, o tempo de permanência dos presos nas instituições carcerárias.

Ele questiona se é legítima a modificação da duração da pena na fase de execução, bem como, se é lícito à administração carcerária, ou inclusive ao juiz da execução, reduzir ou aumentar a pena conforme os resultados do tratamento (FERRAJOLI, 2010, p. 326).

Para Ferrajoli (2010, p. 326), responder positivamente a essas questões significa adotar como pressuposto da execução uma perspectiva eminentemente correccionalista, de que o fim exclusivo e inderrogável da pena é a reeducação do réu.

Diante dessa premissa, se um preso se arrepende antes do fim deverá ser liberado antecipadamente. Ao contrário, quando não se arrepende no momento do fim da execução, deverá ser liberado posteriormente à data da extinção das penas cominadas; sendo que essa segunda solução ataca frontalmente cada um dos dez axiomas do sistema garantista (FERRAJOLI, 2010, p. 326).

Ora, um sistema penal que prevê e dispõe penas severas em sede legal e judicial para, mais tarde, desmenti-las com uma série de benefícios prisionais distribuídos discricionariamente em sede de execução, na perspectiva de Ferrajoli (2010, p. 327), opera sob o signo de duas finalidades inconfessas, ambas incompatíveis com o modelo garantista do direito penal.

A primeira consistente na função exemplar outorgada à pena cominada, e, precisamente, à parte dela que excede a pena a ser cumprida: uma função atribuída não em conformidade com as formulações de prevenção, próprias do século XVIII, senão diretamente à condenação, que vem, assim, a assumir um caráter marcadamente simbólico (FERRAJOLI, 2010, p. 327).

A segunda finalidade outorgada à execução é a correção do réu num sentido verdadeiramente disciplinar. “Os benefícios e as reduções de pena concedidos com as medidas alternativas resultam de fatos condicionados, no sistema da pena flexível, à boa conduta do réu, ao seu arrependimento ou a outros juízos de valor semelhantes em torno da sua personalidade” (FERRAJOLI, 2010, p. 327).

Esta dupla função da pena – exemplar no momento da condenação e disciplinatória no momento da execução – buscaria conferir às instituições punitivas um caráter fortemente potestativo e totalizante (FERRAJOLI, 2010, p. 327).

Confere-se, assim, um imenso e incontrolado poder a estes órgãos: a pena “quantitativamente flexível e qualitativamente diferenciada em sede de execução não é menos despótica do que as penas arbitrárias pré-modernas, das quais difere somente porque o arbítrio, em lugar de esgotar-se no ato de sua imposição, prorroga-se durante todo o curso de sua aplicação” (FERRAJOLI, 2010, p. 328).

Para Ferrajoli (2010, p. 328), a autoridade que dispensa ou que nega um benefício penal, qualquer que seja, não comprova fatos em um processo contraditório e público, senão valora e julga diretamente o interior das pessoas; não decide sobre o cometimento de um delito, isto é, sobre uma hipótese empírica verificável e refutável, senão “imediatamente sobre a ‘ausência de periculosidade’ de um homem, a sua ‘boa conduta’, o ‘seu arrependimento posterior’ ou sobre outras valorizações análogas inverificáveis e irrefutáveis por sua natureza”.

Especificamente acerca da progressão de regime (principal símbolo do sistema de flexibilidade executiva), nascido com a tarefa de estimular o bom comportamento, sem o qual o apenado não passaria de um regime mais severo para outro de menor intensidade, verifica-se que o mesmo tem se mostrado como um elemento contraditório no campo da execução.

Isso porque, os regimes semiabertos e abertos, que caracterizam as fases intermediárias da execução, diferentemente da sua missão original, tem servido como fator determinante para o aumento abstrato das penas criminais (VALOIS, 2021, p. 94).

Isto é, sabendo o legislador que a pena será cumprida de modo progressivo, com a passagem do regime fechado para o semiaberto e depois para o aberto, cada vez mais tem se optado estrategicamente por aumentar o tempo da sanção, com o propósito de manter a pessoa presa o máximo de tempo possível dentro de instituições carcerárias em regime fechado (VALOIS, 2021, p. 94).

Tal degeneração do sistema progressivo, ao invés de investir na recuperação do apenado, resultou num efeito contrário. Primeiro, mutilou o sistema de curta duração de penas; segundo, não contribuiu para a recuperação e reinserção social da massa carcerária; terceiro, tem fomentado o aumento progressivo do limite das penas em abstrato para diversos crimes; e, por último, mas não menos pior, criou a inaceitável rotina de que, quando o detento logra se livrar do regime fechado, ainda tem que ficar sob o controle e vigilância do Estado em regimes de semiliberdade (VALOIS, 2021, p. 94).

Ou seja, o garantismo reconhece que o sistema de flexibilização da execução penal, ao vender a ideia de apenamento individualizado, voltado para a recuperação do criminoso, entregou, na verdade, um sistema de execução altamente potestativo, que pretende, por meios escamoteados, manter o indivíduo sob o domínio do Estado pelo máximo de tempo possível. O máximo de tempo preso e o máximo de tempo em regime de liberdade vigiada (FERRAJOLI, 2010, p. 328).

Todavia, Valois (2021, p. 96) adverte que, no Brasil, em que pese o sistema de progressão de regime ter sido completamente deturpado, não havendo a possibilidade de retornarmos ao sistema de curta duração das penas, regimes intermediários como o semiaberto e o

aberto necessitam ser mantidos, vez que são fases da pena que trazem ao menos algo evidentemente humano para a execução: a esperança.

Nesse sentido, Carvalho (2008, p. 197) pondera que “sem embargo da posição defendida por Ferrajoli, sustenta-se um modelo de execução no qual a pena aplicada na ocasião da sentença penal condenatória (individualização judicial) fixe teto quantitativo (tempo) e qualitativo (forma/regime) que balize o cumprimento da reprimenda”. Ou seja, em relação ao direito penitenciário brasileiro, dada sua manifesta barbárie, poderíamos pensar a modificação executiva do *quantum* da pena somente nos casos em que fosse benéfico para o réu e nunca para prejudicá-lo

Além disso, como lembra Carvalho (2008, p. 197), a política criminal minimalista considera igualmente ilegítimo, por representar uma subjetivação do juízo, a utilização das faltas disciplinares e dos laudos e pareceres criminológicos como critérios de alteração do título executivo. Nas palavras do autor, “se se admite uma volatilidade mitigada (*in mellius*), os requisitos para alteração do título executivo devem ser absolutamente objetivos, fundamentalmente no que tange, no nosso sistema, ao cumprimento de determinado tempo da pena”.

Logo, em hipótese alguma a falta disciplinar poderia ultrapassar a esfera administrativa para produzir efeitos no campo judicial. “As sanções disciplinares, em um procedimento no qual seja garantida a ampla defesa, somente podem limitar direitos ‘domésticos’ do apenado, sob pena de produzir, como ocorre na atualidade, penalizações múltiplas (nas esferas administrativa e judicial), em clara ofensa à máxima *ne bis in idem*” (CARVALHO, 2008, p. 197).

Por outro lado, no que toca ao problema da quantidade de pena na execução, Ferrajoli (2010, p. 320) sustenta que o princípio de proporcionalidade exige que a eleição dos critérios qualitativos e quantitativos da sanção penal sejam realizados pelo legislador e pelo juiz guardando um nexo de adequação entre a natureza da pena e a gravidade do delito.

O princípio de proporcionalidade, expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto*, embora remonte à antiguidade, conseguiu se impor – enquanto corolário da legalidade e da retributividade – somente durante o Iluminismo, quando amadureceram os demais pressupostos do direito penal moderno: “a legalidade, a certeza, a igualdade e, sobretudo, a mensurabilidade e a preocupação com o cálculo das penas” (FERRAJOLI, 2010, p. 320).

Inclusive, Ferrajoli (2010, p. 321) lamenta que “se é escassa a literatura em matéria de determinação judicial, no que se refere à predeterminação legislativa da qualidade e da quantidade da pena é quase inexistente”.

Com efeito, depois de ter envolvido o debate iluminista, este difícil problema da ciência da legislação parece ter desaparecido do horizonte teórico da cultura penalista (FERRAJOLI, 2010, p. 321).

Isto se dá porque é muito difícil medir o custo das penas privativas de liberdade: “mesmo uma pena breve pode causar, ainda que seja somente pelo seu caráter desonroso, uma aflição superior à vantagem proporcionada inclusive pelos delitos não leves” (FERRAJOLI, 2010, p. 321).

Por esta razão, Ferrajoli (2010, p. 321) defende que não deveria ser cominado legalmente uma pena mínima, mas apenas um limite máximo. Noutras palavras, “seria oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a eleição da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo bastante baixo”.

Ferrajoli (2010, p. 323) apenas adverte, nesse sentido, que o limite mínimo da pena fixada pelo juiz não pode ser tão baixo que não intimide possíveis desviantes, nem tão alto que seja mais dura que o castigo informal prevenido pela pena. Obviamente, o autor reconhece que esse critério é difícil de se obter, porém, constitui um vetor interpretativo básico ao processo de fixação da sanção penal a nível legislativo e jurisdicional.

Em relação ao limite máximo da pena de prisão, Ferrajoli (2010, p. 332) defende uma redução drástica do tempo de sua duração.

Segundo a perspectiva garantista, o limite máximo da pena de reclusão, qualquer que fosse o delito cometido, deveria restringir-se, a curto prazo, a um período entre 10 a 15 anos e, a médio prazo, a um tempo ainda menor (FERRAJOLI, 2016, p. 8).

A experiência europeia avaliza essa proposição. Por exemplo, os códigos penais da França (art. 18 e 19), da Bélgica (art. 16), da Suíça (art. 35), da Áustria (art. 18), da Noruega (art. 17), da Grécia (art. 52 e 54) e de Luxemburgo (art. 16) fixam como limite máximo das penas o prazo de 20 anos; já código penal alemão (art. 14 e 17) fixa o limite em quinze anos, e, os códigos da Finlândia (cap. 2) e da Suécia (cap. 26) fixam, respectivamente, em 12 e 10 anos (FERRAJOLI, 2016, p. 8).

De acordo com Ferrajoli (2010, p. 333), uma vez reduzidas legalmente as penas privativas de liberdade aos limites citados, perde todo sentido os argumentos “humanitários” com os quais hoje se defende a flexibilidade das penas e a incerteza da sua duração máxima.

Ademais, uma vez que a pena privativa de liberdade seja substituída, para os delitos mais leves, pelas atuais medidas alternativas e reduzida a dez anos ou a um tempo menor, para os delitos mais graves, deixariam de ser necessárias, em sede de execução, as revisões da

duração da pena em função da boa conduta, as análises sobre a cessação da periculosidade do interno ou semelhantes (FERRAJOLI, 2010, p. 333).

A redução das penas legais em lugar de sua substituição discricionária durante a execução permitiria a salvaguarda de todos os elementos garantistas da pena: “sua predeterminação legal, sua determinação judicial, sua certeza, sua igualdade, sua proporcionalidade à gravidade do delito, a imunidade das consciências frente aos modos e aos tempos de sua execução” (FERRAJOLI, 2010, p. 333).

Em suma, uma “redução deste gênero suporia uma atenuação não só quantitativa, senão também qualitativa da pena, dado que a ideia de retornar à liberdade depois de um breve e não após um longo ou um talvez interminável período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão” (FERRAJOLI, 2010, p. 332).

Além dos critérios de qualidade e quantidade das penas, Ferrajoli (2016, p. 8) anota, ainda, que uma política criminal de corte minimalista deve ter como tarefa precípua a limitação da pena de prisão somente aos crimes mais graves e prever, para os demais delitos – a começar pelos de natureza patrimonial – uma ampla gama de penas: “limitativas da liberdade ou de outros direitos que não consistam na segregação, ou seja, na privação integral da liberdade pessoal, que consigna o corpo e a alma em uma instituição total, sendo um misto de castigo corporal e disciplinar [...]”.

Outro ponto considerado estratégico pelo programa político minimalista para racionalizar o sistema de execução penal consiste no reforçamento do princípio da legalidade mediante a substituição da simples reserva de lei por uma reserva de código (FERRAJOLI, 2013, p. 261).

Isto significa que deve ser previsto, a nível constitucional, que nenhuma norma em matéria penal, processual penal ou de execução poderia ser modificada legislativamente, senão por meio de procedimentos com quórum qualificado (FERRAJOLI, 2013, p. 262).

Veja-se que não se trata simplesmente de uma reforma dos códigos. Trata-se sim de uma recodificação de todo o direito penal sob a base de uma meta-garantia contra eventuais abusos e arbítrios a serem praticados mediante a aprovação de legislações de exceção ou emergenciais (FERRAJOLI, 2013, p. 262).

Dessa maneira, “o código penal e processual se converteriam em textos normativos exaustivos e ao mesmo tempo exclusivos de toda matéria penal, de cuja coerência e sistematicidade deveria valer-se sempre o legislador”⁸⁸ (FERRAJOLI, 2013, p. 262).

A consequência disso, segundo Ferrajoli (2013, p. 263), seria uma grave despenalização através do aumento da certeza, da efetividade e dos níveis de garantismo na fisiologia do sistema penal.

Ao final, Ferrajoli (2010, p. 319) anota que, não obstante todo o seu esforço para a construção de um programa político-criminal garantista, “é provável que tudo isso, ainda que necessário, resulte insuficiente para impedir a função perversa e criminógena do cárcere: e isto é um dos argumentos mais consistentes em favor da abolição da pena privativa de liberdade”. Ironicamente, a Lei 13.964/2019 decidiu seguir o caminho totalmente oposto no campo da execução penal.

⁸⁸ No original: “*El Código penal y el procesal se convertirían así en textos normativos exhaustivos y al mismo tiempo exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad debería hacerse cargo siempre el legislador*”.

4. GARANTISMO E POLÍTICA CRIMINAL DE EMERGÊNCIA: a execução penal brasileira na mira do lavajatismo

Como foi dito na introdução, a questão que move o presente trabalho consiste em compreender que tensões — epistemológicas e normativas — há entre o garantismo penal, enquanto uma teoria constitucional que radicaliza a força dos direitos fundamentais e da democracia, e a política criminal de emergência no campo da execução penal, especificamente, durante o período que vai da deflagração da Operação Lava-Jato até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019.

A tarefa deste capítulo, portanto, é desnudar essas tensões.

A nosso ver, o ponto de partida para responder tal pergunta está no reconhecimento de que a emergência invade a execução penal como um projeto político autoritário, que em nome da segurança pública subtrai direitos e objetifica pessoas.

Por outro lado, o garantismo se coloca como um teoria constitucional subversiva dessa lógica, ao contrapor democracia substancial e autoritarismo.

Ademais, Carvalho (2008, p. 55) sustenta que a função da pesquisa identificada com as razões garantistas é a de “expor criticamente a diafonia entre os modelos (garantistas e inquisitoriais), procurando otimizar ao máximo a estrutura de tutela dos direitos fundamentais, tanto em perspectiva de *lege lata*, através do ‘uso alternativo do direito’, quanto de *lege ferenda*, via políticas criminais alternativas”.

Por tal razão, optamos, justamente, por empreender uma crítica de *lege ferenda* contra o modelo político criminal emergencial na execução penal, promovido pela Lei 13.964/2019, primeiramente evidenciando as tensões no espectro epistemológico e após no campo normativo, tomando como objeto de análise, sem seguida, as disposições legais concretas que (re)desenharam a execução penal por meio da supracitada legislação.

Ao final, apresentamos uma das propostas mais radicais do pensamento de Ferrajoli, consistente em enfrentar o caos da execução penal com a abolição do próprio cárcere, mas não do direito penal, o que, dentro do programa teórico garantista, demanda uma explicação acurada, a fim de que não sejam feitas confusões entre a política criminal minimalista e o projeto político do abolicionismo penal.

Destaque-se, ainda, que as críticas a seguir não se pretendem exaustivas no tocante ao modelo de privação de liberdade previsto na execução penal brasileira. Outras pesquisas já se ocuparam disso, como também registramos na introdução.

Ao contrário, o intento deste capítulo será oferecer apontamentos críticos desde as propostas epistemológicas e normativas do garantismo jurídico-penal, a fim de mapear, no contexto simbolizado entre a Operação Lava Jato e a Lei 13.964/2019, os traços de incompatibilidade com pontos muito específicos do pensamento de Ferrajoli. Até porque, como dissemos antes, diante da amplitude dos estudos garantistas, compreendemos ser impossível perpassar todo o edifício teórico ferrajoliano.

4.1. Autoritarismo x garantismo: entre *la legge del più forte e la legge del più debole*

Stoppino (1998, p. 94) anota que a palavra autoritarismo é de difícil precisão conceitual, todavia, a ciência política costuma empregá-la em ao menos três contextos: 1º) em relação a determinadas ideologias políticas; 2º) em relação a uma forma específica de constituição da personalidade humana; e, 3º), em relação a determinados tipos de organização política.

Em sua primeira acepção, a palavra autoritarismo diz respeito a uma forma específica de pensar politicamente o Estado, a sociedade e o direito.

As ideologias autoritárias, segundo Stoppino (1998, p. 94), representam um conjunto de ideias voltadas a negar a igualdade em detrimento do princípio da hierarquia. Sua principal tática está em legitimar as diversas formas de regimes autoritários e exaltar, enquanto virtudes humanas, os traços componentes de uma personalidade autoritária.

Nesse sentido, o pensamento autoritário concebe a sociedade a partir de uma organização hierárquica, fazendo desta organização o princípio político exclusivo para alcançar a ordem, que considera como bem supremo. “Sem um ordenamento rigidamente hierárquico, a sociedade vai fatalmente ao encontro do caos e da desagregação” (STOPPINO, 1998, p. 95).

Ademais, conforme Stoppino (1998, p. 96), as doutrinas autoritárias mais modernas, são doutrinas antiracionalistas e anti-igualitárias. Para elas, a sociedade não deve ser uma organização hierárquica de funções criadas pela razão humana, mas “uma organização de hierarquias naturais, sancionadas pela vontade de Deus e consolidadas pelo tempo e pela tradição ou impostas inequivocamente pela sua própria força e energia interna”.

De sorte que “o que caracteriza as ideologias autoritárias, além da visão da desigualdade entre os homens, é que a ordem ocupa todo o espectro dos valores políticos, e o ordenamento hierárquico que daí resulta esgota toda a técnica da organização política” (STOPPINO, 1998, p. 96).

Logo, vemos que o “pensamento autoritário moderno é uma formação de reação contra a ideologia liberal e democrática” (STOPPINO, 1998, p. 96). Haja vista que, na base do

projeto político moderno, está o pensamento ilustrado como um incentivador da capacidade crítica e projetiva da razão humana.

Por isso, autores como Juan Linz afirmam que os atuais regimes autoritários, incluindo os conservadores, se parecem mais com uma simples “mentalidade”, haja vista que as ideologias autoritárias de hoje têm um modesto nível de elaboração teórica (STOPPINO, 1998, p. 97).

Quanto à psicologia autoritária, trata-se de um tipo de personalidade marcada, sobretudo, por dois grandes traços: de um lado, “a disposição à obediência preocupada com os superiores, incluindo, por vezes, o obséquio e a adulação para com todos aqueles que detêm a força e o poder; de outra parte, a disposição em tratar com arrogância e desprezo os inferiores hierárquicos e em geral todos aqueles que não têm poder e autoridade.” (STOPPINO, 1998, p. 94).

Com efeito, especialmente a partir dos estudos de Teodor W. Adorno, a personalidade autoritária tem sido identificada por meio desses dois grandes filões personalísticos, estritamente ligados entre si, ou seja, a “submissão” (desprezo pelos inferiores) e a “agressividade” (disposição em atacar as pessoas débeis) (STOPPINO, 1998, p. 98).

Ainda conforme Chauí (2019, p. 28), o modo de pensar autoritário é a região das consequências sem premissas, vez que se apoia num conjunto de afirmações protocolares, não contestáveis, sob as quais se erguerá o psiquismo autoritário.

Por isso, “apoia-se no já visto (o fato exemplar), no já pensado (a teoria prévia), no já enunciado (o discurso autorizado); teme o novo e o inédito e esforçar-se para retrai-los a fronteira do já sabido. Incapaz de pensar a diferença tanto no espaço quanto no tempo, precisa sentir-se autorizado antes de impor-se; vive sob o signo da repetição” (CHAUÍ, 2019, p. 28).

Por fim, quanto à tipologia de sistemas políticos, Stoppino (1998, p. 94) sustenta que “são chamados de autoritários os regimes que privilegiam a autoridade governamental [...], concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão e colocando em posição secundária as instituições representativas”.

Num sentido mais geral, fala-se de regimes autoritários quando se quer designar toda a classe de regimes antidemocráticos. Contudo, é necessário atentar que eles podem se apresentar sob a forma de regimes com a ausência de Parlamento e de eleições populares, ou, quando tais instituições existem, pelo seu caráter meramente cerimonial (STOPPINO, 1998, p. 100).

Conceitualmente, enquanto sistema político, o autoritarismo não se confunde com outras formas de exercício violento do poder. Ou seja, embora ele esteja na base de regimes

totalitários, ditaduras e outras formas de despóticos, o autoritarismo possui um traço marcante que o diferencia e o define como o antípoda da democracia.

De acordo com Boris Fausto (2001, p. 17), totalitarismo e autoritarismo são regimes que apresentam diferenças. Enquanto o primeiro nasceu da necessidade de identificar uma nova forma de regime político que surgiu no século XX, “não enquadrável nas antigas designações de ‘despotismo’ ou de ‘tirania’”; o segundo caracteriza-se, negativamente, pelo menor investimento em todas as esferas da vida social, pela inexistência de uma confusão entre Partido e Estado, bem como, por restrições à mobilização das massas.

O totalitarismo diz respeito à “regimes que visam sujeitar a sociedade nos moldes de um Partido-Estado, cujo chefe é fundamental, seja no sentido da referida constituição do Partido-Estado, seja no estabelecimento de laços emotivos com as massas, a partir de uma figura carismática” (FAUSTO, 2001, p. 17).

Para Stoppino (1998, p. 1249), o regime totalitário dá pouca importância à distinção entre aparelho político e sociedade. Ele busca destruir ou afetar o poder político, modificando o comportamento regular e previsível dos corpos organizados do Estado (burocracia, exército, magistratura, *etc.*).

Ademais, o totalitarismo maneja concomitante “doutrinação ideológica e terror, dentro das formas que a tecnologia moderna oferece e que permitem penetrar e politizar todas as células do tecido social” (STOPPINO, 1998, p. 1249).

Além disso, Stoppino (1998, p. 1258) explica que o totalitarismo é um modo extremo de fazer política, na medida em que mobiliza a sociedade inteira ao mesmo tempo em que lhe destrói a autonomia. Sua natureza é a totalização da política por meio do apagamento do indivíduo frente ao Estado⁸⁹.

E é esse apagamento do indivíduo, inclusive, que se encontra na fundação de regimes totalitários como o fascismo e o nazismo.

Como anota Pachukanis (2020, p. 31), o “*fasci di combattimento*”, sindicato dos soldados do *front* ou fascismo, nasceu em 1919 a partir do ativismo político de Mussolini. Sua

⁸⁹ Ressalte-se que o conceito fornecido por Stoppino (1998, p. 1249) a respeito de totalitarismo vai ao encontro da definição fornecida por Hannah Arendt (2012, p. 533), em sua obra *Origens do totalitarismo*, na qual afirma que o Estado totalitário não conhece a diferença entre as leis/constituição e a ética do líder. O direito público é a vontade do Führer. A burocracia inteira se reduz ao *animus* da liderança carismática. Ainda nas palavras da autora: “o totalitarismo difere essencialmente de outras formas de opressão política que conhecemos, como o despotismo, a tirania e a ditadura. Sempre que galgou o poder, o totalitarismo criou instituições políticas inteiramente novas e destruiu todas as tradições sociais, legais e políticas do país. Independentemente da tradição nacional ou da fonte espiritual particular da sua ideologia, o governo totalitário sempre transformou as classes em massas, substituiu o sistema partidário não por ditaduras unipartidárias, mas por um movimento de massa, transferiu o centro do poder do Exército para a Polícia e estabeleceu uma política exterior que visava abertamente ao domínio mundial” (ARENDETT, 2012, p. 611).

plataforma inicial era o chauvinismo e o ultranacionalismo, combinados com um discurso demagógico contra as elites políticas e clericais. Porém, em seu desenvolvimento posterior, o fascismo foi se tornando um movimento cada vez mais ligado ao antiliberalismo político, ao conservadorismo religioso e ao capitalismo de mercado.

Segundo o autor, a doutrina do Estado fascista pode ser determinada como uma negação dos princípios liberais e democráticos: “o princípio da disciplina em vez da liberdade pessoal, o princípio da hierarquia e das prescrições vindas do alto em vez da eletividade; o princípio da escolha aristocrática em vez da igualdade democrática; a representação ‘corporativa’ em vez de parlamentar e *etc*”.

Mussolini (2019, p. 16) reconhece isto num de seus poucos escritos. Ele afirma que o fascismo é, acima de tudo, um sistema de pensamento que “se opõe às abstrações individualistas baseadas no materialismo do século XVIII; e se opõe a todas as utopias e inovações jacobinistas”.

Para Mussolini (2019, p. 16), “a concepção fascista da vida enfatiza a importância do Estado e aceita o indivíduo apenas na medida em que seus interesses coincidam com os do Estado, que representa a consciência e a vontade universal do homem como entidade histórica”.

Por isso o fascismo se opõe ao liberalismo clássico, pois enquanto o liberalismo nega o Estado em prol do indivíduo, o fascismo reafirma os direitos do Estado como expressão da verdadeira essência da pessoa (MUSSOLINI, 2019, p. 17)

Ou seja, se a liberdade é um atributo de homens vivos e não de fantoches abstratos inventados pelo liberalismo individualista, então “o fascismo defenderia a liberdade, a única liberdade válida, a liberdade do Estado e do indivíduo dentro do Estado. A concepção fascista do Estado é totalmente abrangente. Fora dele insistem valores humanos ou espirituais”.(MUS-SOLINI, 2019, p. 17).

O mesmo se passa em relação com o *National Sozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (N.S.D.A.P) ou nazismo.

Nascido em 1920, da visão delirante de Hitler, ele combinava o racismo biologicista (concretizado na forma de culto ao arianismo) com o apagamento do indivíduo frente ao Estado, liderado pela figura do *Führer* (*Führerprinzip*), responsável por dirigir toda a burocracia estatal e, principalmente, as SS (esquadrão de proteção nazista) e a Gestapo (polícia secreta nazista), as quais ficaram incumbidas da tarefa de garantir o extermínio tanto dos dissidentes políticos, quanto dos grupos considerados perigosos ao *Terceiro Reich* (ZAFFARONI, 2019, p. 85).

Zaffaroni (2019, p. 134) destaca que dentro do regime nazi, principalmente a partir da Academia Jurídica Nazista, dirigida por Hans Frank (conhecido como o “carniceiro de

Viena” e depois condenado em Nuremberg), era proibido toda crítica a lei, porque, todo bom nazista estava estritamente ligada ao *Führer* pelo dever de lealdade e obediência.

A própria natureza da ciência jurídica era vista como a de um serviço prestado ao *Führer*, que consistiria unicamente em fornecer um aparelho de compreensão do direito. “As conclusões do pensamento jurídico, da investigação e da doutrina jurídica, não poderiam não concordar sempre com o governo e com a condução da política” (ZAFFARONI, 2019, p. 134).

Dessa maneira, não sobrava espaço para uma concepção de direito baseada na proteção do indivíduo frente ao poder. Ao contrário, tal forma de conceber a vida política contrastava completamente com o *Führerprinzip*, que tinha em sua base a concepção de que “o direito do Estado do Terceiro Reich é a formulação jurídica da vontade histórica do *Führer*, mas esta não é a realização de nenhuma condição jurídico estatal prévia a sua obra”, até porque “o *Führer* realiza uma constituição não segundo normas legais impostas a ele, mas sim com obras de dimensão histórica a serviço do futuro do seu povo” (ZAFFARONI, 2019, p. 74).

Não é à toa que imperava na escola de Kiel, grande centro de produção do conhecimento nazista – por meio de dois de seus principais representantes, Georg Dahm e Friedrich Schaffstein –, a afirmação de que o objetivo do direito penal, como o do direito em geral, seria a proteção do Estado e do povo ante “as degenerações inimigas da vida, juridicamente daninhas, presentes em sua carga adoecida” (ZAFFARONI, 2019, p. 117).

Note-se, portanto, que – com o fascismo e o nazismo – o direito acentua seus traços autoritários, convertendo-se em uma técnica de defesa do Estado e não somente da sociedade, como sucede com os regimes fundamentalmente autoritários (FERRAJOLI, 2008, p. 199).

Embora, segundo Fausto (2001, p. 17), o autoritarismo preserve alguma independência da sociedade frente ao Estado, em sua raiz, assim como no totalitarismo, está o profundo desprezo aos direitos fundamentais frente às “necessidades” de defesa social e segurança pública.

Sendo o autoritarismo um tipo ideal, ele tem a capacidade de se apresentar em variados matizes, com diferentes gradações. Por esse motivo, Fausto (2001, p. 18) sustenta a existência de graus de autoritarismo (assim como existem graus de garantismo).

Registre-se, também, que o autoritarismo não se confunde com uma mera ditadura. Conforme Stoppino (1998, p. 372), a ditadura tende a designar toda uma classe de regimes não democráticos, existente em países modernos ou em vias de modernização, que guardam semelhanças com as tiranias gregas dos séculos VII e VI a.c.

Com efeito, existem ditaduras onde o poder político é exercido egoisticamente pelo líder ou por um comitê central (bem ao estilo despótico), porém, existem regimes ditatoriais

que possuem algum grau de mobilização política das massas e de penetração política da sociedade (STOPPINO, 1998, p. 372).

De todo modo, na medida em que podemos dizer que as ditaduras são manifestações autoritárias de exercício do poder, não podemos dizer que somente nas ditaduras é que o autoritarismo está presente.

Esse é, inclusive, o cerne da questão envolvendo o autoritarismo, pois ele pode estar presente também em democracias liberais. O problema, todavia, é que nesses casos o autoritarismo costuma não se revelar em sua plenitude. Atua de modo escamoteado e mais ou menos silencioso, tentando erodir a democracia, não raras vezes fazendo isso por meio do discurso de exceção, de emergência.

Como se pode ver, o fio condutor de todas as manifestações do autoritarismo citadas acima (psicológica, ideológica e sistêmica) é a representação degenerativa do princípio da autoridade, caracterizada pela indulgência com o grande e pela violência contra o pequeno ou débil, mas, principalmente, o apagamento do indivíduo e seus direitos fundamentais frente ao Estado ou as necessidade de ordem e segurança pública (STOPPINO, 1998, p. 95).

Daí porque, segundo Sales (2021, p. 152), o conceito de autoritarismo pode ser sintetizado na seguinte fórmula: ele é a lei do mais forte; ou, como diz Casara (2017, p. 45), é a crença na centralidade da força e da violência no exercício do poder.

Ora, o garantismo, enquanto lei do mais fraco, se coloca no lado oposto ao autoritarismo, pois, conforme Sales (2021, p. 193), há “um antagonismo necessário entre garantismo e autoritarismo. Um é antípoda do outro. E, como modelo limite, o garantismo está sempre em vias de ser alcançado. O garantismo é mais que chegada, é uma caminhada”.

E isto acontece, ao nosso ver, justamente pela forma como o garantismo se relaciona com os direitos fundamentais do indivíduo.

Como foi ponderado no capítulo anterior, é impossível pensar o garantismo fora do constitucionalismo contemporâneo, entendido como aquele que se desenvolveu após a segunda guerra mundial no âmbito das democracias liberais, a partir de constituições rígidas, que tinham como objetivo submeter “os poderes públicos – inclusive o Poder Legislativo –, no plano formal e substancial, às normas constitucionais que tutelam direitos individuais e sociais” (SALES, 2021, p. 198).

Na medida em que é uma teoria com grande apelo constitucional, ele produz mudanças que abalam o plano dogmático, jurisprudencial e legislativo tendo a constituição como “um direito sobre o direito”, o que afeta – inclusive – a forma como a própria democracia irá se comportar em relação aos seus cidadãos.

A democracia, nesse sentido, passa a ser vista de um modo substancial, considerando a crescente preocupação das constituições rígidas com a qualidade ou substância das decisões políticas, isto é, para o garantismo, “numa democracia constitucional, as suas conotações formais devem estar integradas a limites e vínculos substanciais, a saber, vínculos de conteúdo, os quais estão ligados ao que não é lícito decidir ou não decidir” (SALES, 2021, p. 200).

Vista por esse prisma, a democracia abandona sua fundamentação exclusiva no princípio majoritário, o qual – dissociado de limites e vínculos – produz formas de controle social que podem ser indiscutivelmente autoritárias (tudo isso sob a justificativa de garantia da ordem e da segurança pública). Logo, um conceito substancial de democracia, nos moldes defendidos pelo garantismo, alcança fortemente a noção de que a maioria no regime democrático não pode deliberar sobre qualquer matéria ou deixa de tomar decisão sobre outras questões impostas pela constituição.

A democracia, desde essa reorientação epistemológica, passa a ser reconhecida “antes e sobretudo, como a forma sociopolítica da criação de direitos e da criação de garantias, individuais [no campo penal] e coletivas [no campo social]” (SANTOS, CHAÚÍ, 2013, p. 31).

Nesse contexto, os direitos fundamentais são reposicionados no centro do sistema jurídico, ao redor dos quais orbita toda a estrutura do direito. É com a finalidade de proteger e tutelar direitos humanos fundamentais que o garantismo ergue todo o seu edifício teórico. Ele faz isso na expectativa de limitar e controlar o poder (punitivo) a fim de impedir as mais diversas formas de violações, vindas do Estado ou do particular, perpetradas em nome da segurança pública, da ordem, do bem comum ou seja lá o que for.

Segundo Sales (2021, p. 252), os direitos fundamentais são a expressão da lei do mais fraco e “encontram fundamento (critério axiológico) naquilo que Ferrajoli considera o resultado da experiência histórica do constitucionalismo no âmbito interno e internacional, a saber, a dignidade da pessoa, a igualdade (*égalité en droits*), a tutela dos mais fracos (*la legge del più debole*) e a paz”.

Para o autor, “os direitos são de todos, porém, é o mais fraco que carece de intervenções positivas ou de abstenções dos poderes do Estado e/ou da maioria para que tais direitos sejam assegurados efetivamente” (SALES, 2021, p. 203). Por isso, o respeito aos direitos fundamentais são a espinha dorsal do garantismo.

Em suas obras, Ferrajoli (2011d, p. 12-13) costuma separar os direitos fundamentais em quatro classes: os direitos humanos, que dizem respeito a todos os seres humanos indistintamente; os direitos públicos, reconhecidos constitucionalmente apenas aos cidadãos; os

direitos civis e os direitos políticos, destinados às pessoas com capacidade para agir conforme o âmbito de incidência de cada um deles.

Enquanto as duas primeiras classes expressam os direitos primários ou substanciais, as duas outras classes expressam direitos secundários ou instrumentais, isto é, direitos que viabilizam a representação e a democracia política (FERRAJOLI, 2011d, p. 14)

Essas categorias de direitos ou normas – primárias e secundárias – correspondem, segundo Ferrajoli (2011d, p. 26), à “esfera do indecidível”: “*do não decidível que*, ou seja, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade (expectativas negativas), e *do não decidível que não*, isto é, das obrigações públicas correspondentes ao conjunto dos direitos sociais (expectativas positivas)”.

Logo, o que está fora desse âmbito é a esfera do “decidível que”, onde é legítimo o exercício de direitos secundários: os direitos políticos (SALES, 2021, p. 205).

Em suma, tais considerações, unidas e conectadas ao programa político criminal minimalista, constituem os aspectos nevrálgicos das tensões entre o garantismo e o autoritarismo (SALES, 2021, p. 208). Especialmente, quanto ao modo de o poder político se relacionar com os direitos fundamentais dos cidadãos. Logo, enquanto a palavra de ordem do garantismo é controle, limite, ao poder e a violência; o motor autoritário está no descontrole, na ausência de limites e vínculos, ao poder e a violência (do Estado ou do particular) (PINHO; SALES, 2021, p. 194).

4.2. Vínculos da Lava-Jato com o passado autoritário brasileiro: lembrar para não repetir

Jacinto Coutinho (2018, p. 91) conta que em uma das suas viagens a Polônia, ele decidiu visitar o campo de concentração de Auschwitz. Na entrada de um dos pavilhões, os administradores do local escreveram a seguinte frase: “aqueles que não recordam do passado estão condenados a repetí-lo⁹⁰”.

A sobredita advertência é de suma importância, pois ela nos lembra que muitos dos erros presentes, já foram cometidos em tempos passados, sendo necessário para evita-los que recordemos e aprendamos com ele.

O passado brasileiro, segundo Schwarcz (2019, p. 224), é predominantemente autoritário, sendo marcas indelévels desse autoritarismo a escravidão e o racismo estrutural, o

⁹⁰ No original: “*those who not remember the past are condemned to repeat it*”.

mandonismo, o patrimonialismo, a desigualdade social, a corrupção, a violência e a intolerância de gênero e religiosa que atravessam as relações políticas e sociais brasileiras.

Inclusive, a sociedade brasileira, de acordo com Chauí (2019, p. 257), é uma sociedade autoritária, “na medida em que não consegue [...] concretizar nem sequer os princípios (velhos, de mais de quatro séculos) do liberalismo e do republicanismo”.

Os traços distintivos do autoritarismo brasileiro, para a autora, residem na confusão entre o público e o privado, na incapacidade para tolerar o princípio formal e abstrato da igualdade perante a lei, no “combate da classe dominante às ideias gerais contidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (de 1789) e na Declaração dos Direitos Humanos (de 1948), repressão às formas de luta e de organização sociais e populares, discriminação étnica, sexual e de classe” (CHAUÍ, 2019, p. 257).

Ademais, a sociedade brasileira, sob a falsa aparência de fluidez, estrutura-se de modo “fortemente hierárquico, e, nela, não só o Estado aparece como fundador do próprio social, mas também as relações sociais se efetuam sob a forma da tutela e do favor (jamais do direito), e a legalidade se constitui como círculo fatal do arbítrio (dos dominantes) à transgressão (dos dominados) e, desta, ao arbítrio (dos dominantes)” (CHAUÍ, 2019, p. 257).

De fato, basta que olhemos para a história dos regimes políticos brasileiros pós proclamação da república para perceber que grande parte da nossa vida política esteve sob a batuta do autoritarismo.

Conforme anota Fausto (2006, p. 254), mesmo na Primeira República, é possível verificar a existência de governos militares, como o de Deodoro da Fonseca e o de Floriano Peixoto, os quais foram marcados pela ausência de eleições e pelas respostas violentas aos movimentos e aos levantes populares. “O Exército abriu mão do poder executivo somente em 1895, depois de diversas sublevações civis, militares e populares” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 320)

O próprio Deodoro, em 1891, chegou a fechar o Congresso, prometendo uma revisão da Constituição, bem como, Floriano foi responsável por enfrentar com grande brutalidade a revolta da armada e a revolução federalista, motivo pelo qual ficou conhecido pela alcunha de “marechal de ferro”. Não é à toa que esse primeiro período ficou conhecido como república da espada (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 321).

Destaque-se também o período da ditadura varguista conhecido como Estado Novo, o qual durou, efetivamente, de 1937 a 1945. Nesse período, Getúlio foi responsável por empreender uma série de medidas autoritárias, com destaque a perseguição aos seus opositores políticos, dentre os quais se sobressai a ANL (Aliança Nacional Libertadora), liderada por Luis

Carlos Prestes e Olga Benário (enviada à Hitler em 1936) (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 373).

Foi nesse período, inclusive, que entrou em vigor o Código Penal de 1940 e o Código de Processo Penal de 1941, ambos de inspiração fascista, saídos da pena de uma das mais poderosas vozes do autoritarismo brasileiro, Francisco Campos (PRADO; MALAN, 2015, p. 51).

Lembremos também da ditadura militar, que durou de 1964 a 1985, tendo o referido período ficado marcado como um dos mais violentos da história política brasileira, haja vista o uso sistêmico de torturas, sequestros e assassinatos de opositores pelo regime (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, p. 72).

A partir de uma burocracia montada para eliminar dissidentes políticos, através do DOI-Codi (Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna), DOPS (Departamento de Ordem Política e Social) e SNI (Sistema nacional de informação), a ditadura operou sem grande resistência jurídica em razão dos chamados atos institucionais (AI's), dentre os quais o de n. 05 foi o mais brutal; com a previsão de suspensão de direitos fundamentais, do *habeas corpus*, de liberdades públicas e *etc.* (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, p. 72).

Ora, juntando república da espada, ditadura varguista e ditadura militar, estamos falando de um período de aproximadamente 35 anos de regimes declaradamente autoritários. Ou seja, mais de um terço de toda vida política brasileira, desde a proclamação da república em 1889 até Constituição Cidadã de 1988, foi debaixo de autoritarismo. Isto sem contarmos com os mais de 67 anos de monarquia, o que resultaria num total de 101 anos de regimes não democráticos.

Daí porque se diz que a história brasileira é autoritária, de sorte que, mesmo em períodos democráticos, podemos constatar que nunca houve um abandono total (ou ao menos significativamente parcial) das práticas autoritárias (SCHWARCZ, 2019, p. 224).

Sem mencionar que, ao longo de toda república é possível notar um grande esforço da intelectualidade brasileira na elaboração e sistematização de teorias que legitimassem o autoritarismo pátrio. Sobejam exemplos nesse sentido.

Inclusive, Fausto (2001, p. 30) realiza um levantamento acurado do pensamento nacional autoritário entre os anos de 1920 e 1940, considerado como um dos períodos mais férteis da produção intelectual autoritária no Brasil.

De acordo com o autor, “no caso de um país periférico como o Brasil, a emergência de ideias autoritárias se deu, nos anos de 1920, na vigência de um regime oligárquico-liberal, que ganhou forma com a proclamação da república (1889)” (FAUSTO, 2001, p. 30).

Durante esse período, duas fases na constituição e influência do pensamento autoritário no Brasil podem ser constatadas, uma anterior ao ano de 1930 e uma posterior. Na primeira, situada na década de 1920, ocorreu uma espécie de maturação ideológica dos autores, com relativa influência na vida social e política. Na segunda, o pensamento autoritário ganhou considerável prestígio e os principais ideólogos da corrente autoritária tiveram papel significativo na criação de instituições e na vida política em geral (FAUSTO, 2001, p. 35).

Faz-se necessário ressaltar, contudo, que antes mesmo da década de 20 houveram alguns ensaios autoritários, baseados especialmente no florianismo, combinado com tendências católico-tradicionistas e no nacionalismo agressivo dentro do campo econômico (FAUSTO, 2001, p. 40).

Dentre os principais representantes desse momento político estava Alberto Torres, nascido no Rio de Janeiro, bacharel em direito e um republicano moderado, que ao seguir a carreira de magistrado, acabou sendo ministro da Justiça do governo de Prudente de Moraes e Ministro do Supremo Tribunal Federal (PAIM, 2019, p. 25-26).

Torres, já em 1914, foi responsável por abraçar uma concepção autoritária de país, adotando como fio condutor a crítica ao liberalismo, bem como, a defesa do papel primordial do Estado na constituição da nação brasileira. Ademais, o nacionalismo de Alberto Torres se corporificava, principalmente, “no ataque ao domínio econômico das grandes potências e dos monopólios internacionais, na defesa do trabalhador brasileiro, que tinha como corolário uma avaliação negativa da imigração” (FAUSTO, 2001, p. 41).

Na visão de Torres, para alcançarmos os grandes objetivos nacionais, era necessário uma revisão da Constituição de 1891. Suas propostas consistiam numa maior união entre os poderes da república, um fortalecimento do poder executivo e a introdução de um Poder Coordenador, que substituísse e atualizasse as funções do Poder Moderador dos anos da monarquia. Em suas palavras: “o espírito liberal enganou-se reduzindo a ação dos governos; a autoridade, isto é, o império, a majestade, o arbítrio devem ser combatidos; mas o governo, forte em seu papel de apoiar e desenvolver o indivíduo e de coordenar a sociedade [...], deve ser revigorado com outras atribuições” (TORRES, 1938, p. 231).

Destaque-se que a inspiração dos ideólogos autoritários no pensamento de Alberto Torres é nítida, sendo ele uma referência constante no discurso da direita durante praticamente toda a década de 20, 30 e 40 (PAIM, 2019, p. 28).

Prosseguindo no que foi dito acima, vemos que a primeira grande fase do pensamento nacionalista autoritário começou na década de 20 com a publicação das obras de Oliveira Viana, Azevedo Amaral e Francisco Campos, de modo que a referência aos seus textos, segundo afirma Fausto (FAUSTO, 2001, p. 42), “permite estabelecer o conteúdo essencial do pensamento autoritário no Brasil”.

Amaral, Viana e Francisco Campos, não obstante suas diferenças teóricas, identificavam o grande problema do Brasil na obra apenas esboçada da construção nacional. No país “existiria um povo, mas não uma nação e seu correlato: a identidade nacional” (FAUSTO, 2001, p. 60).

Embora nenhum deles afirmasse em abstrato a superioridade do regime autoritário, todos reconheciam a sua necessidade nos tempos em que viviam, de modo que “o passado histórico brasileiro não gerara uma sociedade solidária e articulada, sendo as formas políticas liberais uma aberração diante desse quadro” (FAUSTO, 2001, p. 60).

Dessa maneira, o regime autoritário era encarado como caminho privilegiado para “criar” a nação brasileira, com uma perspectiva mais culturalista e conservadora em Oliveira Viana e mais modernizante em Azevedo Amaral, ficando Francisco Campos no meio do caminho entre os dois. (FAUSTO, 2001, p. 60)

Apesar da diferença de perspectiva entre esses autores, todos concebiam uma modernização do país de cima para baixo, prescindindo das mobilizações populares, especialmente quando não controladas. Para eles, “a instituição básica destinada a realizar a transformação, nas condições brasileiras, só poderia ser o Estado autoritário, centralizador, dotado de extensos poderes” (FAUSTO, 2001, p. 61).

Outrossim, ao lidarem com o tema clássico do equilíbrio entre ordem e liberdade, buscavam sempre privilegiar a primeira em detrimento da segunda. De maneira que, frente a necessidade de conter a ação dos agentes subversivos, justificavam a repressão aos divergentes, bem como a criação de tribunais especiais, destinados a garantir a segurança nacional e a censura aos meios de comunicação (FAUSTO, 2001, p. 61).

De acordo com Fausto (2001, p. 61) “se o passado do país impunha a rejeição das fórmulas liberais o quadro sociopolítico do mundo, ao longo do século XX, tornava ainda mais imprescindível a adoção de um regime autoritário, segundo seus defensores”. Especialmente diante do um novo fenômeno integrante da vida política e social brasileira: o levante das massas.

Diferentemente de movimentos como fascismo e o nazismo, os nacionalistas autoritários viam os levantes como um problema e não como um trunfo para alcançar seus objetivos,

era necessário – portanto – defender a implantação de um regime autoritário, vertical, sem correr o risco de agitações sociais (FAUSTO, 2001, p. 61).

É visível na obra de autores como Francisco Campos, Oliveira Viana e Azevedo Amaral a exaltação do papel dirigente das elites (político e econômicas) e a natureza irracional das massas, que justificavam plenamente a hierarquização da sociedade (FAUSTO, 2001, p. 63).

Ademais, um dos argumentos centrais da crítica ao liberalismo empreendida por esses autores consistia em afirmar que se tratava de uma doutrina exótica, inaplicável a realidade brasileira. Desse modo, era preciso combater o exotismo das doutrinas liberais em várias de suas concepções e instituições, por exemplo, a soberania popular e as formas de representação – em especial a parlamentar –, bem como, a liberdade de expressão e de pensamento (FAUSTO, 2001, p. 64).

Até mesmo o sufrágio universal era taxado por Oliveira Viana e Francisco Campos como algo anacrônico, produto ultrapassado das revoluções populares do século XVIII (VIANA, 2019, p. 458).

Nesse sentido, aos princípios da democracia liberal, esses pensadores autoritários opunham o poder emanado do Estado, a eliminação dos partidos, assim como a representação da sociedade organizada e não dos indivíduos. “A fantasia liberal, que conduziu o país aos confrontos dilacerantes, deveria dar lugar a um sistema corporativo, em que essencialmente, as ‘classes econômicas’ (trabalhadores, comerciantes, empresários, industriais, etc.) estariam representadas” (FAUSTO, 2001, p. 65).

Para garantir tudo isso, o regime autoritário deveria ter uma face repressiva apta a promover a segurança nacional, diante de inimigos externos e internos, sendo os direitos fundamentais subvalorizados frente a ameaças subversivas. Ou seja, os autoritários defendiam a implantação de um regime de força, como uma necessidade histórica tanto quanto em decorrência de suas convicções (FAUSTO, 2001, p. 66).

Pois bem. A segunda fase do pensamento nacionalista autoritário começou na década de 30, com a ascensão de Getúlio Vargas ao posto de Presidente da República por meio de um golpe de Estado que impediu Júlio Prestes de assumir o referido cargo, e atingiu seu apogeu entre os anos de 1937 a 1945, ou seja, com o advento da ditadura do Estado Novo.

Na esteira das lições de Fausto (2001, p. 40), “a crise mundial e a revolução de 1930 conduziram a crítica ao liberalismo ao primeiro plano da luta político-ideológica”. Mas especialmente a crise de 1929, que expôs a falibilidade do modo de produção capitalista e do regime político liberal a ele associado.

Durante os anos os anos de 1930 e 1937, foi travada no país uma verdadeira batalha entre as principais correntes políticas, de modo que a direita conservadora – defensora da centralização do poder e da modernização do país, com nuances mais ou menos nacionalistas – acabou prevalecendo (FAUSTO, 2001, p. 40).

Naqueles anos, políticos e intelectuais autoritários defenderam o prolongamento do governo provisório de Vargas iniciado em 1930, pretendendo o adiamento da constitucionalização do país e de eleições gerais para um futuro incerto. A contenda político-ideológica entre liberais e autoritários resultou na revolução constitucionalista de 1932 em São Paulo (FAUSTO, 2006, p. 346).

Entre os objetivos da revolução, encontravam-se a garantia de autonomia dos estados e a implantação de um regime político liberal, após a realização de eleições livres. Apesar da derrota paulista, realizaram-se eleições para uma Assembleia Constituinte, em maio de 1933, a qual aprovou a Constituição de 1934. Então, em “15 de julho de 1934, pelo voto indireto da Assembleia Nacional Constituinte, Getúlio Vargas foi eleito presidente da República, devendo exercer o mandato até 03 de maio de 1938. Daí para frente, haveria eleições diretas para o governo federal” (FAUSTO, 2006, p. 352).

Porém, a normalidade constitucional durou pouco, isso porque, com o apoio das Forças Armadas e da maioria das elites, Getúlio desfechou um golpe de Estado dando origem ao Estado Novo (FAUSTO, 2006, p. 364).

Assim nasceu a ditadura varguista, “considerada por seus líderes como o regime mais adequado às características do país, e não apenas como um expediente ditado pelas circunstâncias” (FAUSTO, 2001, p. 42). Chegou-se ao ponto de que, para intelectuais autoritários como Francisco Campos, Azevedo Amaral e Oliveira Viana, o autoritarismo representava a verdadeira democracia, liberta da parafernália de partidos e eleições, típica dos regimes liberais (CAMPOS, 2001, p. 199)

Com efeito, a instituição do Estado Novo representou a vitória dos ideais autoritários e a derrota dos liberais.

Segundo, Fausto (2001, p. 42), os intelectuais autoritários identificaram-se com o regime em razão de suas características mais evidentes, a saber: supressão da democracia representativa, carisma presidencial, supressão do sistema de partidos e ênfase na hierarquia, em detrimento de mobilizações sociais, ainda que controladas.

E mais, “encontraram na figura de Vargas os traços do presidente ideal, tanto é que nunca foram defensores de uma solução militar, encarnada em figuras como os generais Dutra e Góes Monteiro” (FAUSTO, 2001, p. 42).

Nesse período, inclusive, foi que eclodiu no cenário político o movimento conhecido como Ação Integralista Brasileira (AIB), o qual – segundo Chauí (2019, p. 161) – tentou emular o fascismo em solo nacional.

Fundada em São Paulo no ano de 1932 por Plínio Salgado e outros pensadores reacionários, a AIB era formada por “intelectuais de classe média, funcionários públicos, artesãos independentes, “setores semirruais de italianos e alemães simpatizantes do nazifascismo, pequenos proprietários identificados com a natureza municipalista do programa [integralista], oficiais da Marinha e padres ligados ao Centro Dom Vital” (CHAUÍ, 2019, p. 78).

O integralismo se definia como uma doutrina de corte nacionalista e autoritária cujo conteúdo era mais cultural do que econômico (FAUSTO, 2006, p. 353). Por isso, entre os pilares do integralismo estava a tomada de consciência do valor espiritual da nação, assentada em três princípios unificadores: “Deus, Pátria e Família”, os quais eram os próprios lemas do movimento (CHAUÍ, 2019, p. 37).

Conforme anota Fausto (2006, p. 353), “do ponto de vista das relações entre a sociedade e o Estado, o integralismo negava a pluralidade dos partidos políticos e a representação individual dos cidadãos. O Estado integral seria constituído pelo chefe da nação, abrigando em seu interior órgãos representativos das profissões e entidades culturais”.

Dada a interpretação autoritária do integralismo acerca do papel da sociedade e do Estado brasileiro, eles identificavam como seus grandes inimigos o socialismo e o liberalismo, sobretudo, a democracia liberal (CHAUÍ, 2019, p. 108).

Plínio Salgado dizia que a democracia liberal estava falida em razão em decorrência de vários dos efeitos que ela produziu durante as primeiras décadas do séc. XX: a primeira guerra mundial (1914-1918); a revolução russa de 1917 e o banditismo norte-americano, ou seja, perturbações em todo o planeta (CHAUÍ, 2019, p. 108).

De sorte que “a origem dessa falência encontra-se não só na incapacidade do liberalismo para criar um Estado central forte acima das lutas dos indivíduos e grupos e capaz de promover a ‘justiça social pelo equilíbrio da produção e do consumo’, mas, sobretudo, nos absurdos dos princípios liberais” (CHAUÍ, 2019, p. 108).

Marilena Chauí (2019, p. 109) aponta que essa concepção fica ainda mais evidente nos escritos de Miguel Reale, outra das grandes cabeças do integralismo (e do direito brasileiro), ao dizer que o efeito da crise das democracias liberais é a produção de duas formas alternativas de Estado, o fascista e o bolchevista.

“O primeiro seria a reação do Estado contra as organizações que procuram absorve-lo; o segundo, absorção da máquina do Estado por uma das organizações sociais, isto é, o

proletariado” (CHAUÍ, 2019, p. 108). Contra essas duas formas de organização da vida política, o integralismo defendia o autoritarismo como fio condutor de uma nação tradicional e conservadora nos costumes cristãos/ocidentais, onde o indivíduo e seus direitos não teriam espaço frente ao Estado. Seriam engolidos por ele.

As consequências do integralismo foram sentidas, especialmente, durante a década de 30, vez que já em 1936 (conhecido como ano verde) – entre os meses de junho e setembro – o “número de membros e simpatizantes da AIB dobrou, ultrapassando a casa do milhão e os núcleos integralistas locais multiplicaram-se. Nas eleições municipais, os integralistas conseguiram 250 mil votos, elegendo 500 vereadores e 24 prefeitos” (CHAUÍ, 2019, p. 87).

Em 1937, a AIB já estava preparada para concorrer à presidência da república, tendo desistido dessa intenção por causa de uma série de promessas (que não foram cumpridas) feitas por Getúlio Vargas de incluí-la no novo governo. De modo que, em maio de 1938, traída por Getúlio, a AIB tentou um golpe contra o Estado Novo que fracassou rotundamente. O integralismo foi declarado ilegal pelo Tribunal de Segurança Nacional e, finalmente, em 1945, foi dissolvido, sobretudo, em razão do exílio de Plínio Salgado.

Note-se que, com o fim do Estado Novo e o ostracismo da AIB, tivemos um breve período de declínio da produção teórica autoritária, porém, esse marasmo seria quebrado em 1949, com a criação da Escola Superior de Guerra (ESG), berço da Doutrina da Segurança Nacional (DSN), a qual estaria na fisiologia do golpe militar de 1964 como sua principal base retórica (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, p. 67).

A origem da Doutrina da Segurança Nacional está diretamente relacionada com o envio das tropas da Força Expedicionária Brasileira (FEB) para a Itália, durante a segunda guerra mundial. Lá os soldados ficaram sob o comando do exército norte-americano, o que gerou um vínculo entre oficiais americanos e militares brasileiros, como Golbery do Couto e Silva, Castello Branco e outros (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, p. 67).

Havia, ademais, uma expectativa compartilhada entre os oficiais de que, na iminência de novos conflitos globais, pudessem se unir contra a então União Soviética. Inclusive, conforme a pesquisa *Brasil: Nunca Mais*, empreendida pela Arquidiocese de São Paulo (2014, p. 67), da cooperação entre as forças armadas de ambos os países, foi o elemento anticomunista que se sobressaiu, muito mais que o antifascismo.

Destaque-se que o militarismo autoritário não foi um privilégio da ESG. Pelo contrário, desde o General Góes Monteiro, que havia sido Ministro da Guerra do Estado Novo, haviam teorizações consistentes sobre o papal autoritário das forças armadas em relação a

democracia. Góes Monteiro insistia na missão institucional do Exército como um poder moderador (FAUSTO, 2001, p. 69).

Terminada a Segunda Guerra, toda essa geração de oficiais, passou a frequentar cursos militares norte-americanos. Assim, quando eles começaram a retornar ao Brasil, já estavam profundamente influenciados pela concepção americana de “defesa nacional”. Eles haviam aprendido “que não se tratava mais de fortalecer o ‘poder nacional’ contra eventuais ataques externos, mas contra um ‘inimigo interno’, que procurará ‘solapar as instituições’” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, p. 68).

Então, de 1954 a 1964, a ESG desenvolveu uma teoria política de direita para intervenção no processo nacional. E mais, a partir de 1964, a ESG funcionaria também como formadora de quadros para ocupar funções nos sucessivos governos (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, p. 68).

Além de ter gerado a ideologia oficial do regime militar, a ESG trouxe também alguns subprodutos, dentre os quais estava a criação do SNI, por Golbery do Couto e Silva, o qual teria importante papel na implantação e defesa do regime militar (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, p. 68).

Com efeito, o pilar da doutrina da segurança nacional estava na justificação do sacrifício da liberdade e das garantias constitucionais, dos direitos da pessoa humana, em prol da segurança, principalmente, da segurança das instituições nacionais e do capitalismo. De modo que, em nome da democracia, “dever-se-ia rasgar a Constituição, depor o presidente eleito, João Goulart, fechar o Congresso Nacional, suspender direitos, prender, torturar, assassinar, como terminou ocorrendo [...]” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, p. 69).

A caça ao “inimigo interno”, impôs remodelações profundas na estrutura do sistema de segurança do Estado, “uma delas foi a hipertrofia, o gigantismo, a contínua proliferação de órgãos e regulamentos de segurança. Outra foi a atribuição de enorme autonomia aos organismos criados. No princípio da década de 1970, já se chegava a falar na existência de um verdadeiro estado dentro do Estado” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, p. 70).

À luz da ideologia da segurança nacional, “o inimigo não era apenas uma pessoa física, era um eixo de relações visto potencialmente como núcleo de uma organização ou partido revolucionário” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, p. 76).

A produção intelectual autoritária, que deveria ter morrido com a Ditadura Militar, sobreviveu à redemocratização. Porém, ela se modernizou e atualizou o seu discurso, buscando escamotear ao máximo seus traços violentos e ditatoriais. Nesse contexto, vemos a eclosão – já mais no campo jurídico-penal do que político – de uma série de discursos punitivistas no melhor

estilo das doutrinas autoritárias apresentadas acima, como, por exemplo, a defesa social, o garantismo penal integral e a própria antibandidolatria.

Ora, como se pode notar, ao mesmo tempo em que o lavajatismo, enquanto um poderoso discurso excepcional, está inserido nesse filão autoritário que marca a história brasileira, não podemos negar que, a partir de 2014, ele impulsionou a política criminal de emergência e a inseriu numa nova fase, mais pujante e descontrolada.

Com efeito, a lavajatismo, com suas técnicas de espetacularização da persecução penal, logrou um êxito que muitas das teorias de corte autoritário não tiveram⁹¹ (ou se tiveram foi por pouco tempo) que é a de se capilarizar entre a sociedade, a política e o judiciário, condicionando efetivamente o panorama eleitoral à sua pauta e aos seus epígonos.

A ciência política possui um diagnóstico pacífico de que a ascensão de Jair Bolsonaro ao governo federal em 2018 teve uma contribuição inenarrável do lavajatismo (SCHWARCZ, 2019, p. 232). E mais, enquanto teoria, seu sucesso foi tanto que deixou uma marca indelével no sistema de justiça criminal brasileiro através da edição da Lei 13.964/2019, sobretudo, no campo da execução penal.

Onde outros haviam falhado, a política criminal de emergência do lavajatismo obteve êxito, o que reforça a necessidade de seu enfrentamento por meio do garantismo. O qual, como já dissemos, é uma espécie de rival natural do autoritarismo, enquanto uma proposta orientada epistemologicamente à concretização de direitos fundamentais do indivíduo por meio da radicalização da democracia (substancial).

4.3. Garantismo x emergência: limites e resistências ao poder punitivo

Levitsky e Ziblatt (2018, p. 94) afirmam que a emergência é a legitimação conjuntural do autoritarismo. Ora, sendo o garantismo o antípoda do autoritarismo, ele é capaz também de oferecer limites e resistência a política criminal de emergência.

Com efeito, o ponto nevrálgico dessa resistência está na oposição entre duas formas de razão: a razão de Estado e a razão Jurídica própria do Estado de Direito.

Ferrajoli (2010, p. 653) sustenta, a partir dos estudos de Maquiavel, que a expressão “Razão de Estado” significa duas coisas: 1º) uma norma de ação política, isto é, um princípio de regulação da política como atividade voltada incondicionalmente ao “bem” ou a “potencia”

⁹¹ A Doutrina da Segurança Nacional foi um dos raros exemplos de sucesso, produzindo toda uma legislação de emergência que permaneceu em vigor durante muitos anos. Veja-se, nesse sentido, a Lei de Segurança Nacional (ARQUIDICOSE DE SÃO PAULO, 2014, p. 73).

do Estado, não interessando outros valores morais ou jurídicos; 2º) de forma correlata, uma fonte de legitimação autônoma das escolhas e dos meios dos fins políticos que foram adotados.

De acordo com o autor, “a ideia de razão de Estado é estritamente moderna, contradizendo, enquanto princípio de autofundação e de auto-regulação da política, o modelo medieval e cristão de sujeição do poder político à vontade divina e a vínculos de natureza moral e religiosa” (FERRAJOLI, 2010, p. 654).

E mais, enquanto um produto da modernidade, a Razão de Estado foi contemporânea ao desenvolvimento dos Estados absolutos e nacionais como potências concorrentes entre si. Ela possui uma íntima conexão com a doutrina da soberania nacional enquanto potestade suprema, de maneira que a sua legitimação está no primado e na autonomia da política sobre todos os outros interesses individuais e particulares (FERRAJOLI, 2010, p. 654).

Ao longo dos anos, o princípio político da Razão de Estado foi adotando diferentes matizes. Num primeiro sentido, mais ligado ao pensamento de Maquiavel e Carl Schmitt, foi tomado como uma doutrina que submete o direito e a moral aos interesses políticos do Estado; depois, mais vinculado ao hegelianismo e ao historicismo alemão, foi tomado como uma doutrina que pugna pela confusão entre política e moral por força do caráter diretamente ético atribuído ao Estado e da sua sublimação totalitária como “espírito do mundo” (FERRAJOLI, 2010, p. 654).

Atualmente, Ferrajoli (2010, p. 654) aponta que a ciência política confere a seguinte leitura ao termo “razão de estado”: trata-se de um princípio de legitimação histórica de tipo extra ou antijurídico, que “consente a ruptura da legalidade e a alteração das regras ordinárias do jogo [democrático] toda vez que estas, pela emergência ou pela condição excepcional verificáveis sempre e apenas pelos governantes, entram em conflito ou não são funcionais ao ‘supremo’ interesse do Estado”.

É, portanto, na relação entre fins e meios que reside a oposição entre Razão de Estado e Estado de Direito.

Enquanto o critério regulador da Razão de Estado é a subordinação dos meios, que são indeterminados e não reguláveis, ao alcance dos fins políticos; a Razão Jurídica é o princípio que guia o Estado de Direito subordinando os fins políticos ao emprego dos meios juridicamente prestáveis, isto é, não abertos ou indeterminados mas vinculados pela lei (FERRAJOLI, 2010, p. 654).

Dessa maneira, para a teoria da razão de Estado o Estado é um fim, fundado em si mesmo, restando os meios jurídicos flexíveis, mutáveis e manipuláveis pelo arbítrio. Por outro lado, para o Estado de direito, o Estado é um meio, justificado pela sua finalidade de tutela dos

direitos fundamentais dos cidadãos e a ela vinculado pela sujeição de todos os seus poderes a regras constitucionais rígidas (FERRAJOLI, 2010, p. 654).

Note-se que, é da essência dos discursos emergenciais, orientados pela razão de Estado, afirmar que a ruptura das regras do jogo, isto é, dos direitos fundamentais, se dá invocando a tutela das mesmas regras do jogo. “o Estado direito é defendido mediante a sua negação” (FERRAJOLI, 2010, p. 655).

De fato, a contradição entre emergência e Estado de direito pode ser sentida com maior veemência no campo da justiça penal.

Ferrajoli (2010, p. 655) aponta, primeiramente, que “a função judiciária não diz respeito, como a razão de Estado, a interesses públicos de caráter geral, mas a casos particulares, nos quais incide sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, cuja tutela, ainda que em conflito com os interesses do Estado, é precisamente a sua fonte de legitimação substancial”.

Ademais, ele afirma que “a razão de Estado é por princípio guiada pela lógica partidária e conflituosa do amigo/inimigo, que, por sua vez, é incompatível com a natureza da jurisdição, a qual exige imparcialidade do órgão judicante e a sua indiferença a qualquer fim ou valor estranhos ao juízo” (FERRAJOLI, 2010, p. 655).

Sem mencionar que a razão de Estado, pela indiferença que nutre em relação à natureza dos meios empregados, legitima uma absoluta discricionariedade do poder punitivo, enquanto a justiça penal é legitimada apenas se estiver vinculada à lei, ou seja, “à predeterminação legal e taxativa das hipóteses de crime e à formulação judiciária de acusação correspondente e empiricamente determinadas” (FERRAJOLI, 2010, p. 655).

Por isso que, na medida em que a razão de Estado, epistemologicamente, se vincula a teses de “verdade substancial”, admitindo procedimentos inquisitivos aptos a identificar inimigos; a justiça penal opera desde a “verdade formal” ou “processual”, segundo regras como a possibilidade fática da imputação, a presunção de inocência, o ônus da prova e o contraditório, que a submetem à verificação da acusação e a expõem a falsificação da defesa (FERRAJOLI, 2010, p. 655).

Essas são, na perspectiva de Glauco Giostra (2021, p. 27), as funções e os limites da justiça penal.

Para ele, julgar é uma tarefa necessária e impossível ao mesmo tempo. Necessária, porque uma sociedade não pode deixar sem consequências comportamentos incompatíveis com a sua sobrevivência. Impossível, porque não somos capazes de conhecer a verdade. Ou melhor, não podemos jamais ter a certeza de tê-la obtido (GIOSTRA, 2021, p. 27).

Dessa situação inafastável (consciência do limite cognitivo e necessidade de julgar apesar disso) é que brota a exigência de estabelecer um itinerário cognitivo denominado processo, o qual tem em seu final um sujeito considerado “alheio” (*terzo*) que chega a uma conclusão que a comunidade está disposta a aceitar, vez que obtida mediante uma metodologia mais confiável e adequada para se pronunciar uma decisão justa (GIOSTRA, 2021, p. 27).

Para Giostra (2021, p. 34), “a imparcialidade do órgão julgante, isto é, sua indiferença aos possíveis efeitos decisórios é uma condição indefectível da possibilidade mesma de realizar justiça”. Daí resulta que se a jurisdição ou o próprio magistrado estão orientados segundo critérios de Razão do Estado, “pode ser pronunciada uma sentença com a fórmula mais simbolicamente solene, mas não realizará justiça”.

A justiça penal, então, seria uma ponte tibetana que nos permite atravessar da *res iudicanda*, isto é, a “coisa” a julgar, à *res iudicata*, isto é, a decisão, que deve ser considerada pela coletividade como *pro veritate* (GIOSTRA, 2021, p. 35).

Para que seja desenvolvida essa vital função deve haver um prudentíssimo equilíbrio de regras e de garantias de modo a construir um instrumento menos imperfeito para buscar atingir a verdade nas condições culturais e científicas do contexto histórico. “O fato de que a justiça humana não possa se fundar sobre a certeza da obtenção da verdade, não quer dizer que se possa prescindir de operar o máximo de esforço para buscar obtê-la” (GIOSTRA, 2021, p. 35).

Nesse sentido, “as regras processuais são um *guardrail* metodológico no qual devem se desenvolver as atividades de pesquisa, de aquisição e de valoração das provas sobre as quais o juiz é chamado a operar um *feedback* cognitivo para ‘reconstruir’ determinado acontecimento do passado” (GIOSTRA, 2021, p. 36).

Assim sendo, a justiça penal “constitui um universo epistemológico separado e autorreferencial (*habent sua sidera lites*) com relação a qualquer outro procedimento: é governado por regras que limitam a incidência do conhecimento e sustentam o momento decisório” (GIOSTRA, 2021, p. 38).

Logo, o Estado de Direito, diferentemente que se passa com a razão de Estado, reconhece limites ao poder punitivo e a busca da verdade, a qual não pode ser perseguida a qualquer custo: “apesar de socialmente muito relevante, pode-se renunciar a ela se isto for necessário para assegurar a tutela de direitos primários do indivíduo” (GIOSTRA, 2021, p. 38).

Em suma, conforme aduz Ferrajoli (2010, p. 667), a razão jurídica não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados e inocentes. Não admite exceções às regras do jogo, dado que as regras não podem ser deixadas de lado quando for cômodo. E, na jurisdição, o fim

não justifica os meios, dado que os meios, ou seja, as regras e as formas, são garantias de liberdade e asseguram a democracia em seus momentos mais difíceis.

Eis o motivo pelo qual, ao contrário do que propugna o discurso emergencial, a democracia e o Estado de Direito se defendem unicamente através do respeito a suas regras. Portanto, na contramão da epistemologia inquisitória e substancialista que sustenta modelos autoritários e emergenciais de direito penal, a política garantista posiciona o convencionalismo e o cognitivismo como fatores basilares de um sistema penal racional e democrático.

Ferrajoli (2010, p. 668) é contundente nesse sentido, ao afirmar que “uma nova fundação garantista do direito penal supõe hoje, antes de tudo, o encerramento do período de emergência”. É necessário colocar fim a lógica da razão da Estado no campo punitivo e todos os seus consectários: o discurso bélico do poder de punir, o sacrifício de direitos fundamentais no altar da segurança pública, a relação amigo e inimigo no sistema jurídico e o autoritarismo que ela carrega.

Em sua visão, o pressuposto da política criminal garantista é a crítica do direito penal de emergência assumido nas diversas legislações em diversos períodos: “por não ter tido firmeza nos princípios do Estado de direito e, conjuntamente, por haver apresentado as concessões como perfeitamente conformes a estes princípios” (FERRAJOLI, 2010, p. 667).

É, portanto, a razão (jurídica), na concepção garantista, o único instrumento capaz de oferecer constrangimentos à exceção, à emergência. É ela que protege a democracia como um verdadeiro *watchdog*.

4.4. A lei do mais fraco contra a lei do mais forte na execução penal brasileira: em busca da razão frente ao descontrole punitivo

Conforme dito acima, a razão jurídica é o principal elemento de orientação da epistemologia garantista de limitação ao descontrole punitivo. Além disso, sabemos que ela realiza esse trabalho por meio da lei do mais do fraco, limitando a lei do mais forte que vigoraria em sua ausência. Mas o que, efetivamente, podemos compreender como razão?

De acordo com Choukr (2002, p. 15), a razão é uma forma de domesticação do exercício do poder, especialmente, no plano da organização do Estado. Trata-se de um conceito instrumental, cuja essência é dada pelo conteúdo ético da sociedade.

Nas palavras do autor, o primeiro ato de manifestação da razão, incumbida da tarefa de limitar o exercício irrestrito do poder, é a fundação da sociedade a ser regida, que ocupará espaço central na legitimação e na legalidade do exercício do poder (CHOUKR, 2002, p. 15).

Historicamente, é a Constituição que ocupa esse espaço de pacto fundador da civilidade na medida em que se constitui como um conjunto de normas destinadas a refrear o poder do Estado. De modo que esse pacto civilizatório serve como parâmetro para a criação de novas normas, a ele subordinadas no seu aspecto procedimental (como fazer) e no seu aspecto material (o que pode e o que não pode ser feito). Assim, “é o poder criador de normas controlado por esta forma de compreender o racional” (CHOUKR, 2002, p. 17).

Por isso, a razão não serve apenas como condicionante em face da criação de normas mas funciona, igualmente como um mecanismo de controle das normas já criadas. Nenhuma norma criada em desacordo com os valores superiormente estabelecidos tem vida para o Estado de Direito (CHOUKR, 2002, p. 21).

Serve o texto da Constituição, por esse motivo, como instrumento de vigilância das demais normas criadas. Sua finalidade é conferir verdadeira coesão e unicidade a engrenagem jurídica (CHOUKR, 2002, p. 21). Dessa maneira, a razão azeita o ordenamento jurídico e garante que o direito não vai se voltar para o autoritarismo.

Nossa tarefa, a partir de agora, consiste em identificar os traços da lei do mais forte e sua epistemologia antigarantista na execução penal brasileira, buscando opor a ela a lei do mais fraco e sua epistemologia convencionalista e cognitivista, ou seja, sobrepor a razão ao descontrole punitivo que – por tantos anos, sobretudo, depois da edição da Lei 13.964/2019 – tem marcado a pena privativa de liberdade de liberdade neste país.

4.4.1. O sistema de execução penal no Brasil: um breve recorte histórico

De acordo com Almeida (2014, p. 36), com o advento da revolução industrial e a expansão do capitalismo, foi iniciado um processo de decaimento das penas corporais (suplício) e o incremento, pós Revolução Francesa, da pena privativa de liberdade. De modo que, a partir do século XIX, principalmente, a dogmática jurídica passou a se preocupar com a execução da pena de prisão, seus estabelecimentos, sua administração, organização *etc.*

Nesse contexto é que foram desenvolvidos os chamados sistemas de execução penal, isto é, a forma como o estado executa e efetiva as suas próprias sentenças criminais (condenatória ou absolutória imprópria). Segundo Carvalho (2008, p. 162), “a natureza jurídica da execução penal é indicada por três sistemas: o sistema administrativo, o sistema jurisdicional e os ‘sistemas mistos’”.

No sistema administrativo, após a pena ser aplicada pelo juiz e havendo o seu trânsito em julgado, a competência para o gerenciamento de sua execução é transferida aos órgãos

administrativos encarregados da custódia do condenado (CARVALHO, 2008). “O Estado esgota a função jurisdicional na prolação da sentença penal condenatória, passando a execução à função administrativa” (ALMEIDA, 2014, p. 36).

Conforme explica Almeida (2014, p. 36), o sistema administrativo tem como características: a falta de ênfase legislativa nas garantias de execução penal, bem como, a inexistência de um “Juízo especial de Execução da Pena, ou a redução deste à atividade administrativa, o que coloca o condenado sob o regramento de normatividade secundária, como Decretos e Regulamentos, e sob a decisão puramente do administrador do presídio, agindo, este, verdadeiramente, como o clássico ‘supercarcereiro’”.

Por outro lado, no sistema jurisdicional, a execução penal adota um caráter eminentemente judicial, ou seja, as penas e medidas de segurança são executadas e fiscalizadas pelo Poder Judiciário. De maneira que a jurisdicionalização da execução penal representaria a sua submissão aos direitos fundamentais dos presos, os quais seriam garantidos por meio de um controle jurisdicional sobre toda a fase executiva (CARVALHO, 2008, p. 164).

Já os sistemas mistos são caracterizados como o hibridismo entre um modelo administrativo e um modelo jurisdicional. Segundo Carvalho (2008, p. 165), “a divisão das esferas na execução diria respeito à necessidade imperiosa, por parte da administração, de regular disciplinarmente a ‘massa carcerária’, enquanto caberia ao judiciário conceder/restringir ‘benesses legais’”.

Logo, o sistema de execução penal misto seria desenvolvido entre os planos jurisdicional e administrativo, concorrendo nessa atividade dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo (ALMEIDA, 2014, p. 37).

Durante muito tempo, a execução das penas privativas de liberdade no território nacional esteve submetida a um sistema administrativo, de sorte que cabia ao Poder Executivo exercer o controle da execução conforme sua própria conveniência, segundo seus próprios critérios. Por isso, havia uma demanda geral por uma codificação que conferisse o mínimo de segurança jurídica a massa carcerária (CARVALHO, 2008, p. 166).

Durante o período colonial, a aplicação dos castigos estava diretamente subordinada a regulamentações oriundas da metrópole, estamos falando das Ordenações Afonsinas, que vigoraram desde o “descobrimento” até 1514; depois das ordenações Manuelinas, que durariam até 1603 e, por último, das Ordenações Filipinas, a qual permaneceu sendo aplicada por um longo período até ser substituída pelo Código Criminal do Império em 1830 (PAVARINI, GIAMBERARDINO, 2018, p. 196).

As principais penas vigentes nas ordenações eram de morte, penas corporais em várias modalidades e de degredo, restando a prisão como instrumento de constrangimento ao pagamento de dívidas ou de custódia do condenado que aguardava o cumprimento de sua pena (PAVARINI, GIAMBERARDINO, 2018, p. 196).

Todavia, é importante ressaltar que durante o período colonial, não obstante as disposições normativas constantes nas ordenações do reino de Portugal, o poder punitivo era algo eminentemente privado (especialmente durante os primeiros quatro séculos do Estado nacional brasileiro). Isso porque, o castigo era público em relação ao cidadão livre, mas privado em relação as pessoas escravizadas (NEDER, 2019, p. 30).

Ainda de acordo com Neder (2019, p. 32), não obstante o Brasil tenha alcançado em 1822 a sua independência, a recém vitoriosa monarquia optou por manter a escravidão, de modo que as reformas de viés liberal, interessadas em implementar um sistema judicial mais compatível com os ideais iluministas, tiveram um impacto limitado diante das graves divisões sociolegais (livres x escravizados) e raciais (brancos x negros).

Segundo a autora, “as prisões e os castigos foram usados, nesse contexto, fundamentalmente para promover a continuação do trabalho escravo orientado à economia de exportação”. Era um ponto pacífico no diagnóstico liberal de que “a correção privada imposta aos escravos e outros trabalhadores continuava sendo a forma punitiva preferida tanto por autoridades como pelos proprietários de escravos” (NEDER, 2019, p. 32).

Ocorre que, conforme a escravidão começava a declinar, gerando uma crise no sistema de castigos privados, a ansiedade em relação ao controle social se tornava mais aguda, obrigando o Estado a buscar alternativas para enfrentar o crescente número de delinquentes e oferecer um mínimo de segurança às classes proprietárias urbanas, impondo mecanismos estritos de controle sobre as população negras livres (NEDER, 2019, p. 32).

Dentro desse contexto surge o Código Criminal do Império, sancionado em 16 de dezembro de 1830, o qual trouxe – enfim – a figura da pena privativa de liberdade, porém, envolta numa gama de onze penas possíveis: pena de morte; galés; prisão como trabalho; prisão simples; banimento; degredo; desterro; multa; suspensão do emprego; perda do emprego e açoites (PAVARINI, GIAMBERARDINO, 2018, p. 196).

Ainda conforme Almeida (2014, p. 27), o Código Criminal de 1830, não regulamentou nenhum outro aspecto da execução penal, coube a diversas leis esparsas regulamentar alguns poucos institutos como “o cumprimento das penas de galés, que era obrigatória, juntamente, com a pena de trabalhos forçados para os escravos, e facultativa para o condenado não

escravo (neste caso aplicada de forma temporária e onde não houvesse penitenciária, como na ilha de Fernando de Noronha)”.

Naquela época, surgiu a primeira prisão propriamente “penitenciária” do Brasil, a saber: a Casa de Correção da Corte, no Rio de Janeiro, inaugurada em 1850. No mesmo ano houve a proibição do tráfico de escravos no país. Repise-se que até àquela altura não havia qualquer disposição no código a respeito de qual seria o sistema penitenciário a ser adotado nas prisões brasileiras, de sorte que a discussão surgiu com a elaboração do primeiro regimento da Casa de Correção da Corte (PAVARINI, GIAMBERARDINO, 2018, p. 198).

Então, com a abolição da escravidão em 1888 e a proclamação da República em 1889, viu-se a abolição da penas de galés e, em seguida, no ano 1890, foi editado um novo Código Penal (ZAFFARONI et al, 2017, p. 444).

Posto em vigor a toque de caixa pelo governo de Deodoro da Fonseca, o Código Penal de 1890, elaborado por João Vieira de Araújo – Catedrático de Direito Criminal na Faculdade do Recife – e revisado por João Batista Pereira, foi alvo de severas críticas da comunidade jurídica, visto que “era considerado antiquado e em descompasso com as novas realidades, aquém dos anseios sociais e jurídicos da época” (ALMEIDA, 2014, p. 28).

Segundo Zaffaroni *et al* (2017, p. 446), as críticas mais severas ao CP de 1890 advinham de seu

fracasso na programação criminalizante dos alvos sociais do sistema penal da Primeira República, fracasso diretamente ligado à circunstância de não passar ele de um decalque alterado do diploma anterior. Uma boa prova dessa deficiência – muito mais política do que técnica – está no fato de que a criminalização daqueles alvos sociais – imigrantes indesejáveis, anarquistas, prostitutas e *cáfetns etc.* – foi empreendida através de leis extravagantes, ou de leis que alteravam o texto original do Código Penal de 1890.

Em todo caso, no campo da execução das penas, o Código Penal de 1890 foi o primeiro a adotar a pena de prisão como reprimenda principal, afastando-se de certas práticas punitivas do Império, consideradas arcaicas e degradantes. Em seu art. 43, ele previu as seguintes penas: a) prisão celular, como pena principal; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatório; e) prisão disciplinar, além de possível interdição, multa e suspensão ou perda de emprego público (ALMEIDA, 2014, p. 28).

Além disso, o referido Código aboliu a prisão perpétua, limitando a privação de liberdade a trinta anos (art. 44), bem como, adotou parcialmente o sistema progressivo de cumprimento de pena (apenas para as penas de prisão celular superior a seis anos) e instituiu a figura do livramento condicional (ALMEIDA, 2014, p. 29).

Com efeito, a fragilidade política do Código Penal de 1890 e a profusão da legislação penal extravagante resultaram na Consolidação das Leis Penais de 1932 – fruto do trabalho beneditino do Desembargador Vicente Piragibe de compilar o texto do Código Penal de 1890 com todas as demais normas do sistema editadas posteriormente – e na intensificação dos trabalhos por um novo Código Penal, o qual se concretizaria no ano de 1940 (PAVARINI, GIAMBERARDINO, 2018, p. 202).

Naquela altura, consoante anota Almeida (2014, p. 30), “era possível verificar diferentes regulamentos para cada uma das unidades prisionais do país, muitas vezes colidentes entre si”. De maneira que, ainda no ano de 1933, chegou a ser elaborado um projeto de Código Penitenciário da República, de autoria dos juristas Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Pereira Carrilho, porém, o mesmo foi logo deixado de lado.

Como cediço, o principal motivo disto foi a entrada em vigor do Código Penal de 1940, cujo texto trazia inovações como a atuação do judiciário na execução e o preparo técnico dos agentes administrativos ligados ao sistema. E mais, “no lugar do Código Penitenciário, surgiu o Livro IV do Código de Processo Penal de 1941, que passava a disciplinar pela primeira vez na legislação brasileira a execução da pena e da medida de segurança, entrando em vigor simultaneamente com o Código Penal, em 01.01.1942” (ALMEIDA, 2014, p. 31).

Pavarini e Giamberardino (2018, p. 203) afirmam que entre o Código Penal de 1940 e a reforma da sua parte geral em 1984, acompanhada da Lei de Execuções Penais, o país conheceu grande instabilidade política e alternância entre regimes autoritários e democráticos. Nesse período, houveram várias tentativas de codificação do direito penitenciário ou de execução penal.

Os autores narram que, em meados da década de 50, sob a égide da Constituição de 1946, foi publicada a Lei de Normas Gerais do Regime Penitenciário (Lei 3.274/57), introduzindo – de forma mais explícita – os elementos da individualização do tratamento e a importância do trabalho e da educação para a ressocialização (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 203-204).

Houveram ainda três novas tentativas de codificação da matéria.

Em 1957 foi elaborado, a pedido do Ministério da Justiça, o projeto de um novo código penitenciário, o qual ficou sob a responsabilidade de uma comissão formada por Oscar Stevenson, Rodrigo Ulisses de Carvalho, Justino Carneiro e Aníbal Bruno, além do Padre Fernando Bastos de Ávila e do Major Victorio Canepa. Nesse projeto, a execução penal era tratada distintamente do Código Penal e sua competência ficava dividida sob a forma de vários órgãos (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 204).

Já em 1963 veio o primeiro anteprojeto de um Código de Execuções Penais, elaborado pelo Professor Roberto Lyra, que inovou ao ser composto de 240 artigos, dispostos em 14 capítulos, estabelecendo normas gerais do regime de cumprimento das penas e medidas de segurança, direitos e deveres do preso, assistência ao sentenciado, medidas de segurança não detentivas, assistência ao egresso, entre outras relevantes questões, impregnando a execução de humanidade, legalidade, jurisdicionalidade e responsabilidade (ALMEIDA, 2014, p. 32).

Conforme Almeida (2014, p. 32), “o Anteprojeto de Roberto Lyra pode ser considerado a proposição legislativa mais técnica sobre o assunto feita em nosso país”.

Ocorre que o Anteprojeto foi arquivado, em razão da tomada do poder pelas forças armadas. Tendo Roberto Lyra pedido dispensa da comissão elaboradora e solicitado ao governo militar que a revisão da sobredita lei fosse realizada numa “oportunidade mais propícia à reflexão” (ALMEIDA, 2014, p. 33).

O último anteprojeto foi apresentado em 1970, a pedido do ministro da justiça do General Medici, Alfredo Buzaid. Tratava-se de um Código de Execuções Penais elaborado por Benjamim Moraes Filho, o qual teve a colaboração de juristas como José Frederico Marques, e inspirava-se numa Resolução das Nações Unidas, datada de 30 de agosto de 1953, que dispunha sobre as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos (ALMEIDA, 2014, p. 33).

De acordo com Pavarini e Giamberardino (2018, p. 204), todos esses projetos foram abandonados por circunstâncias políticas, de maneira que os anos se passavam e a República continuava carecendo de uma legislação que tratasse de forma específica a questão da execução penal.

Pouco tempo depois, já no final da ditadura militar e sob a égide de uma progressiva reabertura democrática, foi editada a Lei 7.210 (LEP), de 11 de julho de 1984, a qual tinha por escopo concretizar o anseio coletivo de uma jurisdicionalização do sistema de execução penal (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 204).

A partir da Lei 7.210/84, foi reconhecida a autonomia do Direito de Execução Penal, bem como, conferido ao Poder Judiciário a competência para conduzir o processo executivo das penas e medidas de segurança, retirando esta função da seara exclusiva do Poder Executivo (ALMEIDA, 2014, p. 40).

Nas palavras de Almeida (2014, p. 34), a LEP foi responsável por regulamentar pormenorizadamente o direito dos presos, segundo a premissa de que o detento – mesmo após sua condenação – continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pela internação prisional decorrente da sentença condenatória em que se impôs uma pena privativa de liberdade.

Tais direitos foram caracterizados “como direitos invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, os quais, por isso, podem ser invocados diretamente, de modo que a infringência implica excesso ou desvio reparável por intermédio de procedimento judicial (LEP, arts. 185 e 194)” (ALMEIDA, 2014, p. 34).

Com efeito, embora a LEP tenha sido pioneira no sentido de tentar pacificar a natureza jurisdicional da execução penal, o sistema executivo somente iria se consolidar anos mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual instituiu uma série de direitos e garantias no campo penitenciário, a saber: a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), a proibição de penas desumanas e cruéis (art. 5.º, XLVII), a distinção de estabelecimentos penais de acordo com a natureza dos delitos, idade e o sexo do condenado (art. 5.º, XLVIII), a garantia de integridade física e moral dos presos (art. 5.º, LIX), as garantias especiais para a mãe lactente presa (art. 5.º, L), a garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV), a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV), a proibição de provas ilícitas (art. 5.º, LVI), a comunicação da prisão (art. 5.º, LXII), os direitos do preso a calar-se e a ter assistência jurídica e da família (art. 5.º, LXIII).

Diante disso, percebe-se que o sistema de execução penal brasileiro não é composto somente pela LEP, ao contrário, a doutrina reconhece que ele é formado pela união de várias disposições normativas, como a própria Constituição Federal, o Código Penal, a Lei de Crimes Hediondos, a Lei de Transferência de Presos para Presídios Federais, a Lei da Identificação Criminal, a Lei das Organizações Criminosas e *etc.* As quais formam o complexo sistema que conhecemos como direito de execução penal brasileiro sendo, inclusive, alvo das mudanças legislativas promovidas pela Lei 13.964/2019 (Lei “Anticrime”) (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 205).

Em que pese a (válida) tentativa de jurisdicionalização da execução penal por meio da LEP, o tempo mostraria que os alvos principais do autoritarismo punitivo seriam justamente os seus elementos mais democráticos. Daí porque surgiu uma profunda dúvida nos operadores do direito em relação ao efetivo câmbio na natureza da execução penal brasileira.

4.4.2. A execução penal no Brasil: substancialismo e inquisitorialismo no cumprimento da pena privativa de liberdade

Conforme foi assinalado acima, houve todo um esforço da LEP em colonizar o sistema prisional com direitos fundamentais, conferindo ao sistema de execução uma natureza jurisdicional.

Basta que olhemos para a comissão elaboradora do Anteprojeto da Lei de Execuções Penais – formada por Francisco de Assis Toledo, Renê Ariel Dotti, Benjamim Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sergio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto, ou seja, juristas comprometidos com os ideais democráticos – para constatarmos isso (PAVARINI, GIAMBERARDINO, 2018, p. 205).

Almeida (2014, p. 40) explica que a Lei de Execução Penal buscou encerrar um longo ciclo de esforços doutrinários e legislativos, no sentido de dotar o país de um sistema de execução penal que fosse alinhado com o Estado de Direito.

Ainda conforme o autor, é certo que a LEP não deixa dúvidas sobre o caráter eminentemente judicial que a execução penal brasileira passou a ter, tendo sido previsto expressamente nos artigos 1.º (que fixa o conteúdo jurídico da execução penal), 2.º (que anuncia a jurisdição e o processo), 66 (que detalha a competência do juiz de execução penal) e 194 (que determina o procedimento judicial), os quais tem por escopo tornar eficaz o princípio da legalidade, assegurando aos reclusos seus direitos fundamentais (ALMEIDA, 2014, p. 40).

Ocorre que, para outra parcela da doutrina, o diagnóstico é outro. Ou seja, do conflito entre o modelo administrativo de sistema de execução penal e o modelo jurisdicional, não obstante o esforço da LEP, prevaleceu o primeiro (CARVALHO, 2008, p. 168).

Em que pese a comissão redatora tenha buscado introduzir normativamente disposições sobre a jurisdicionalização do sistema, não houve um câmbio efetivo quanto à natureza jurídica da execução penal, sobretudo, em razão da manutenção de aspectos substancialistas e inquisitoriais na LEP, os quais tiveram o condão de suplantar seus aspectos mais democráticos (CARVALHO, 2008, p. 168).

Se olharmos para o desenho legislativo da LEP, perceberemos que ao lado de elementos judiciais, como os direitos do preso (livramento condicional, suspensão condicional da pena, remissão, progressão de regime e *etc*), subsistem uma série de expedientes administrativos, a exemplo do que se passa no caso das faltas disciplinares graves (art. 52 da LEP), as quais estão submetidas a discricionariedade do executivo.

Isto fez com que alguns autores afirmassem que, na verdade, o sistema de execução penal brasileiro é misto ou híbrido. Seriam provas desse hibridismo, inclusive, o fato de que “mesmo havendo um envolvimento intenso no plano administrativo, todo e qualquer incidente ocorrido na execução pode ser submetido à apreciação judicial por imperativo constitucional (art. 5.º, XXXV, da CRFB/1988)” (ALMEIDA, 2014, p. 42).

Porém, Carvalho (2008, p. 174) adverte, com apoio nos ensinamentos de Jacinto Coutinho, que todo sistema se estrutura a partir de um princípio unificador. É esse princípio

que dá sentido ao sistema e lhe organiza a estrutura. Por mais que existam elementos conflitantes com esse princípio isto não o desnatura, apenas o mitiga.

É exatamente o que se passa em relação ao nosso sistema de execução penal. Embora lhe seja atribuído, pela própria LEP, o rótulo de jurisdicional, efetivamente, o que sobressai de sua estrutura ainda são aspectos substancialistas e inquisitoriais, ínsitos ao próprio sistema administrativo. Ora, se a jurisdicionalização tem incidência episódica e não logra garantir direitos fundamentais dos presos, então, sua matriz é administrativa (CARVALHO, 2008, p. 173).

Não é à toa que o cárcere “ainda continua sendo um território de vácuo jurídico em termos de validade e eficácia constitucional” (CARVALHO, 2008, p. 169).

Rodrigo Roig (2006, p. 272) afirma, inclusive, que o “viés totalitário do sistema penitenciário continua a ser alimentado por um modelo administrativista e meritocrático que rege todo o aparato normativo em sede de execução penal e que pretende fazer do preso um refém e do Poder Judiciário um servo”.

Além disso, Roig (2006, p. 272) aponta que a primeira implicação desse suposto modelo híbrido consiste na “submissão do preso ao exclusivo arbítrio da autoridade custodiante, que se vale da vagueza da norma para manejar utilitariamente a aplicação de sanções disciplinares, muitas vezes motivadas por desavenças pessoais, conveniência ou por necessidade de manutenção de respeito e ‘ordem’”.

Com efeito, é no procedimento de execução penal que sobressaem as feições mais inquisitoriais do sistema penitenciário.

Note-se que a LEP possui 204 artigos, porém, apenas 04 (quatro) tratam “do processo judicial” (título VIII); e mesmo havendo poucas regras a disciplinar o referido procedimento, ainda assim ele é “povoado por dispositivos essencialmente inquisitivos, a começar pelo seu ato de inauguração, ou seja, com a iniciativa da ação” (CARVALHO, 2008, p. 173).

De acordo com Valois (2021, p. 86), a execução da pena se inicia com a expedição e o recebimento da guia de recolhimento. De modo que no art. 105 da LEP consta que “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”.

O dispositivo, portanto, é claro em afirmar que, independentemente de qualquer provocação da parte interessada (no caso o Ministério Público), estando o réu preso, será determinada a abertura do processo.

Ocorre que, conforme observa o autor, “muitos juízes, em muitas comarcas, após a condenação, antes da prisão efetivada, expedem guia de recolhimento, para encaminhar o

processo para a Vara de Execuções Penais, procedimento que não condiz com a regra estabelecida” (VALOIS, 2021, p. 86).

Inclusive, essa oficialidade do órgão jurisdicional em iniciar o processo executivo – segundo Carvalho (2008, p. 178) – leva inúmeros autores a negarem a autonomia da execução penal, ao defenderem que ela diz respeito somente a uma continuidade do processo de conhecimento.

Ademais, Valois (2021, p. 88) sustenta que a jurisdição do juízo de execução penal é constante sobre os estabelecimentos prisionais, contudo, o processo de execução de cada preso é formado por incidentes na execução.

De maneira que, após o recolhimento do apenado, é que começa “a execução da pena propriamente dita, [que] é a execução administrativa, sempre sob a jurisdição de um juiz, mas este só atua no processo diante da ocorrência desses incidentes” (VALOIS, 2021, p. 89).

Por isso que a LEP permite, em seu art. 195, que os incidentes possam ser instaurados não apenas pelo juiz, mas também pelo Ministério Público, o interessado, quem o representante, seu cônjuge ou descendente, o Conselho Penitenciário ou a autoridade administrativa, mesmo que de ofício.

No que tange à prova, o art. 196, §§ 1º e 2º disciplina que, sendo desnecessária sua produção, o juiz decidirá de plano mas, entendendo indispensável a realização da perícia ou a oitiva de pessoas, o juiz as ordenará, decidindo logo após sua produção.

Ora, segundo pondera Salo de Carvalho (2008, p. 175), a possibilidade legal de o magistrado determinar a produção de provas é deveras arriscado se olharmos tal questão desde o prisma da imparcialidade judicial, vez que – não raras vezes – essa faculdade é lançada para revogar direitos do preso ou mesmo em casos de aplicação de medidas disciplinares.

Por fim, o processo de execução penal termina com a sentença que extingue a pena pelo seu cumprimento, pela prescrição, ou por qualquer das causas extintivas da punibilidade descritas no art. 107 do Código Penal. Porém, enquanto isso não ocorre, a jurisdicionalização da execução penal fica restrita a situações episódicas, sobretudo, na resolução de incidentes que envolvam conflitos entre o preso e a administração penitenciária ou na chancela da concessão de um determinado benefício penal (VALOIS, 2021, p. 90).

Outro ponto que distancia o processo de execução penal da estrutura acusatória, nas palavras de Carvalho (2008, p. 174), é a mutabilidade das decisões.

Para o autor, nem a sentença penal que fixa a quantidade e qualidade da pena, muito menos as demais decisões tomadas pelo juiz no decorrer do processo de execução, vinculam

definitivamente as parte, podendo ser alteradas, pois altamente maleáveis (CARVALHO, 2008, p. 174).

De sorte que o “título executivo pode ser alterado, até mesmo *in pejus*, em decorrência de condições futuras conforme a gradual ‘ressocialização’ e ‘reinserção’ do condenado na sociedade, ou seja, conforme a eficácia ‘terapêutica’ do ‘tratamento penitenciário’” (CARVALHO, 2008, p. 174).

Ora, não obstante os direitos do preso tenham atingido *status* constitucional, a manutenção de uma estrutura processual inquisitiva no âmbito da execução, fulmina a possibilidade da sua efetiva concretização.

Por isso que, se os sistemas jurisdicionais e administrativos precisam competir no âmbito do direito penitenciário, a realidade tem mostrado que – diante de um sistema carcerário violento e autoritário como o brasileiro – será sempre o último que se sagrará vencedor. Razão pela qual podemos dizer que, apesar dos esforços da LEP, a execução penal brasileira continua sendo inquisitiva.

Essa conclusão também é compartilhada por Carvalho (2008, p. 175), ao dizer que “a natureza supostamente ‘mista’ (híbrida) representada pela tensão entre jurisdição e administração, aliada ao modelo jurisdicionalizado autoritário normatizado na LEP, possibilitou diagnosticar o sistema de execução penal brasileiro como verdadeiramente inquisitorial” (CARVALHO, 2008, p. 175).

Em suma, a inquisitorialidade do processo de execução penal encontra-se fundamentalmente no processo de submissão do direito processual penal, “genealogicamente garantista e acusatório, às regras e aos procedimentos administrativizados, ou seja, na colisão entre os direitos do apenado e os pressupostos de disciplina e segurança que justificam a ação administrativa” (CARVALHO, 2008, p. 175).

Por outro lado, se no campo processual penal é possível diagnosticar o sistema executivo brasileiro como inquisitório. No campo material, podemos dizer que sua estrutura está voltada para uma ideologia disciplinatória e substancialista (CARVALHO, 2008, p. 175).

Logo de início, é importante ressaltar que a concepção ressocializadora e meritocrática está na base da reforma penal de 1984, que culminou não apenas na elaboração da Lei de Execução Penal, mas também na elaboração da própria reforma da parte geral do Código Penal (CARVALHO, 2008, p. 177).

Segundo Carvalho (2008, p. 176), as reformas das codificações penais ocidentais da década de 1980 foram significativamente orientadas pelo movimento da Nova Defesa Social, o qual consagrava a ressocialização do condenado como principal objetivo da pena.

Ainda conforme o autor, a política de ressocialização, bandeira do referido movimento, atuaria como uma espécie de “norte teleológico na reforma dos estatutos legais (função político-criminal), a partir da inclusão de avaliações sobre a personalidade do delinquente (função dogmática e criminológica) e na organização de um sistema reeducativo na execução penal (função penalógica)” (CARVALHO, 2008, p. 177).

De fato, ao olharmos para o desenho normativo da LEP veremos que essa forma de condução terapêutica da punição está impregnada em toda a sua estrutura. Porém, Carvalho (2008, p. 182) faz questão de indicar dois pontos específicos, a saber: “na produção de laudos e perícias (controle da identidade do preso) e nos procedimentos de faltas e recompensas disciplinares (controle e docilização da ‘massa carcerária’)”.

Ora, como verificamos nos capítulos anteriores, o substancialismo penal faz parte de uma epistemologia flagrantemente antigarantista. Isso porque, para o substancialismo, o objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito enquanto formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial e, para além dele, a pessoa do delinquente, cuja maldade ou anti-sociabilidade se manifesta por meio do crime (FERRAJOLI, 2018a, p. 75).

Sem mencionar que, imbuir a execução penal de uma finalidade disciplinatória e terapêutica é o mesmo que consagrar, no direito penitenciário, o paradigma da intolerância, conforme aduz Carvalho (2008, p. 158).

Por isso, a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, ela “não perverta o réu”, ou seja, “que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior” (FERRAJOLI, 2010, p. 319).

Ainda conforme Carvalho (2008, p. 176), “sobrepondo disciplina aos direitos, acaba-se por relegar o condenado à condição de objeto desprovido de direitos (apátrida)”, o que é absolutamente incompatível com a epistemologia garantista, a qual busca romper com os vínculos entre direito e moral (juspositivismo crítico) propiciando ao “outro” ser “diverso” por meio do princípio da tolerância e do pluralismo. Valores que são fundamentais ao Estado Democrático de Direitos.

Outrossim, é importante destacar os métodos disciplinares são também inquisitoriais, haja vista que as decisões disciplinares no interior das instituições totais⁹² são desprovidas

⁹² De acordo com Maiquel Wermuth e André de Castro (2021, p. 58), uma instituição total consiste num local de moradia ou de labor onde indivíduos em circunstâncias similares, mas afastados do corpo social no decorrer de elevado lapso temporal, levam uma vida fechada e formalmente administrada. O sistema carcerário, enquanto

de predeterminações regulamentares e, quando o são, apresentam-se de forma ambígua e lacunar, ampliando o arbítrio do corpo administrativo. “Desta forma, fica claro o porquê da inviabilização de rígido controle da legalidade nos espaços de poder carcerário” (CARVALHO, 2008, p. 179).

Dessa maneira, “a simbiose entre o sistema processual inquisitivo e a criminologia clínica perfectibiliza um modelo ótimo de violação das garantias fundamentais que é potencializado por outra sintonia não menos doentia: as relações de poder forjadas pelas noções de disciplina e segurança” (CARVALHO, 2008, p. 179).

É necessário que ressaltemos, além disso, que não obstante esse desenho institucional, substancialista e inquisitorial, tenha sido previsto no corpo da LEP, ele produz toda uma série de efeitos que se entrecruzam com as outras leis que compõe o sistema de execução penal pátrio.

Ora, se é verdade que o inquisitorialismo e o substancialismo sempre estiveram presentes na execução penal brasileira, mesmo após o advento da LEP, não é falsa também a afirmação de que tais elementos operam a margem do altíssimo padrão normativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Realmente, o que se tem visto no plano fenomenológico é que do conflito entre os aspectos democráticos (previstos pela Constituição Federal para a execução penal) e autoritários no campo do direito penitenciário, o que tem prevalecido é justamente o segundo. Impulsionado pelo discurso emergencial de segurança pública no âmbito do processo de conhecimento e da necessidade de reeducar o apenado no âmbito do processo de execução.

4.4.3. Por que o garantismo não entra na execução penal?

Da constatação realizada acima, isto é, que ainda temos um sistema de execução penal profundamente autoritário, erigido sob as bases do inquisitorialismo e do substancialismo, chama atenção o fato de que, ao longo do tempo, não faltaram esforços no sentido de tentar mudar essa realidade. O maior deles que podemos citar é a própria Constituição Federal de 1988, a qual – conforme já visto – possui uma feição marcadamente garantista (convencionalismo e cognitivismo)

Mesmo assim, é possível perceber que o garantismo não consegue adentrar na execução penal e, quando adentra, não consegue se manter por muito tempo. Isso porque, logo

instituição total, nasce - com apoio nos ensinamentos de Goffman - com o intuito de proteger os cidadãos em face de ameaças intencionais, não obstante o bem-estar dos seres humanos isolados não constitua a meta mediata.

começam os movimentos de refluxo às conquistas democráticas, em prol da manutenção dos aspectos mais totalitários do cárcere. Todo o ganho de direitos nessa seara é visto pela política de emergência como um tributo à impunidade e à insegurança.

A ponto de chegarmos numa legislação como a Lei 13.964/2019, que, modificando uma série de leis ligadas ao sistema de execução penal, conseguiu endurecer o tratamento prisional como pouquíssimas outras normas haviam logrado desde a redemocratização.

De fato, com a promulgação do texto constitucional, a questão a respeito do autoritarismo em sede prisional deveria ter sido encerrada, mas, diferentemente do que se poderia crer, o caminho adotado foi outro. Direitos previstos inicialmente na LEP, a exemplo da saída temporária para presos em regime semiaberto, são cada vez mais fustigados pela política criminal de emergência, sob o discurso do “algo precisa ser feito”⁹³.

De acordo com Casara (2017, p. 62), a raiz desse problema está na tradição autoritária brasileira, que afeta não somente o campo político e social, mas, em especial, o sistema jurídico-penal do país. Essa tradição, por conseguinte, se traduz em um sistema de justiça altamente refratário a direitos e garantias fundamentais.

Para o autor, o Sistema de Justiça Criminal, como todo produto feito pelo homem, está condicionado por uma tradição. A tradição autoritária, por sua vez, “repercute na forma como o Sistema de Justiça Criminal é percebido, no modo como a prisão e outras medidas de força são privilegiadas, enquanto a liberdade passa a ser afastada no dia a dia sem maiores constrangimentos” (CASARA, 2017, p. 62).

Em sistemas de justiça deste jaez “há uma tendência à não produção de normas democratizantes, da mesma maneira que a defesa do Estado Democrático de Direito fica comprometida diante dessa tradição” (CASARA, 2017, p. 62).

Consoante explica Nicola Abbagnano (2007, p. 967), a tradição é a cadeia que “liga os homens ao passado, conserva e transmite tudo o que foi feito pelos que os precederam”. De maneira que tal herança é recebida e frutificada de uma geração para outra. Logo, em última análise, a tradição seria compreendida como herança cultural (educação e modo de vida), transmissão de crenças ou técnicas, intergeracional.

Por outro lado, González-Valério (2006, p. 409-448), com base na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, afirma que tradição é “[...] o que leva a ler um prejuízo como um pré-juízo, isto é, como aquilo que precede ao juízo, e o que o precede e que constitui

⁹³ Veja-se a notícia veiculada pelo Jornal “Folha de São Paulo”: “Câmara aprova projeto que acaba com a saída temporária de presos”. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/08/camara-aprova-projeto-que-acaba-com-saida-temporaria-de-presos.shtml>>. Acesso em: agosto 2022.

a sua condição de possibilidade é precisamente a tradição, sobre a qual se ergue toda a compreensão e interpretação”⁹⁴.

Logo, a tradição é aquilo que está no passado mas que condiciona o nosso presente e possivelmente afetará o nosso futuro, como um verdadeiro continuo na história (ABBAGNANO, 2007, p. 966). E quando pensamos no sistema penal brasileiro vemos que essa cadeia hereditária é de matriz autoritária.

Segundo o diagnóstico de Sales⁹⁵ (2021, p. 175), a tradição jurídico-penal autoritária do Brasil produziu três distorções no âmbito do sistema de justiça criminal que afetam profundamente a forma como esse sistema se comporta e, sobretudo, a forma como ele se relaciona com uma teoria como o garantismo (radicalmente democrática). Estamos falando da crença numa verdade autoritária, numa paradoxal democracia autoritária e numa leitura invertida da Constituição.

A tradição autoritária no âmbito do processo penal ergue seu estandarte sobre a verdade autoritária (ou “real”), a qual endereça os órgãos da persecução penal a adotarem práticas inquisitivas em nome dessa “verdade”, bem como, atos abusivos, ilegais, arbitrários e autoritários, os quais “são praticados no curso do processo sob a aquiescência do julgador, e parte expressiva desses atos é determinada de ofício, pois impera o ‘donismo’ [sentir-se dono] processual de que fala Giacomolli” (SALES, 2021, p. 142).

Seguramente, as raízes autoritárias da tradição jurídico-penal brasileira sustentam todo o sistema penal e processual. No caso do processo, “seu sustentáculo é a verdade autoritária; a partir dela o processo toma feições peculiares, que negam o modelo acusatório, ainda que o afirme formalmente ou como aspiração” (SALES, 2021, p. 142).

Por outro lado, a democracia autoritária significa o manejo do Direito Penal, ao longo de toda a história brasileira, contra grupos socialmente vulnerabilizados, com destaque para a população negra (pretos e pardos) (SALES, 2021, p. 147).

Para o autor, o uso da expressão democracia autoritária tem dois objetivos: um histórico e um irônico. “O primeiro por causa das origens da expressão e de seu uso por autores como Oliveira Viana; o segundo porque, sob os auspícios da Constituição de 1988, as marcas

⁹⁴ No original: “(...) *lo que lleva a leer el prejuicio como pre-juicio, es decir, como aquello que precede al juicio, y eso que le precede y que constituye su condición de posibilidad es precisamente la tradición, sobre ésta alza toda comprensión e interpretación*”.

⁹⁵ Para maiores aprofundamentos a respeito do conceito de tradição jurídico-penal, remetemos o leitor à obra de Sales (2021, p. 75), a qual trabalha exaustivamente o conceito de tradição jurídico-penal. Nela, o autor afirma que “a tradição mostra-se num primeiro plano como algo maior, que engloba uma série de movimentos que formam, sob certa perspectiva, tradições num sentido menos abrangente. Daí ser possível falar em uma tradição brasileira, em uma tradição jurídica brasileira e em uma tradição jurídico-penal brasileira, cujos efeitos – e esse é um dos pressupostos adotados com base em Gadamer – projetam-se ao longo da história e chegam até os dias atuais”.

de uma democracia autoritária ante uma aspiração de democracia substancial ainda persistem” (SALES, 2021, p. 147). Portanto, a democracia autoritária denotaria a reencarnação da escravidão pela via do Direito Penal.

Por último, de acordo com Sales (2021, p. 136), “passaram-se mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição de 1988 e o que se tem observado ao longo dessas três décadas é que a Constituição não é levada a sério”.

Os motivos para isso são os mais diversos e passam pela convivência com normas inconstitucionais sem que a jurisdição constitucional seja acionada ou, em não raros casos, mesmo acionada, o resultado é altamente questionável, pois não deixam o texto constitucional falar (SALES, 2021, p. 147).

De maneira que “as vozes mais alvissareiras são aquelas provenientes do que está abaixo da Constituição como códigos e súmulas. Esse fenômeno chamado ‘baixa constitucionalidade’, tem sido fator preponderante para a inefetividade da Constituição que estabeleceu um Estado Democrático de Direito” (SALES, 2021, p. 147).

Casara (2017, p. 63) aponta, igualmente, que a tradição autoritária enviesa a análise dos atores do sistema judiciário, na medida em que “intérpretes autoritários, com base em seus preconceitos, suas visões de mundo e os valores que carregam, produzem ações e normas autoritárias, mesmo diante de textos tendencialmente democráticos”.

Em relação ao Poder Judiciário brasileiro, o autor traz um diagnóstico preocupante a respeito da constituição da magistratura nacional. Segundo ele, sem que existisse qualquer forma de controle democrático ou popular dessa classe, “gerou-se um Poder Judiciário marcado por uma ideologia patriarcal e patrimonialista, constituída de um conjunto de valores que se caracteriza por definir lugares sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem e o apego ao conservadorismo” (CASARA, 2017, p. 72).

Já em relação as influências da tradição autoritária no âmbito do Ministério Público, um estudo realizado por Azevedo e Cifali (2015, p. 124) – a fim de avaliar a mentalidade e os apetites políticos dos seus integrantes, antes mesmo da Operação Lava Jato – observou que a maior parte dos promotores e procuradores da república ouvidos apresentavam identificação com propostas conservadoras de tolerância zero contra o crime; enquanto posições limitadoras do poder punitivo apresentavam cada vez menos adeptos dentro da instituição (AZEVEDO; CIFALI, 2015, p. 124).

Sem mencionar que a nossa tradição autoritária tem se agudizado cada vez mais, sobretudo, em razão da fragilização do regime democrático brasileiro⁹⁶, a qual – desde o lavajatismo – vem produzindo um crescente risco de condenações injustas, vez que “o próprio valor ‘verdade’ foi abandonado e substituído pela chamada ‘pós-verdade’ isto é, uma narrativa que atende à razão neoliberal, entendida como nova razão do Estado, aos interesses do mercado ou do espetáculo, e não guarda relação necessária com os acontecimentos no mundo-da-vida” (CASARA, 2017, p. 63).

Outrossim, juntamente com a distorção mercadológica do valor da “verdade”, Casara (2017, p. 64) afirma que o valor “liberdade” – que na tradição liberal sempre exigiu expectativas de não lesão por parte do Estado – passou a ser percebido como uma negatividade, ao mesmo tempo que a repressão adquiriu *status* de positividade.

Não à toa, “absolvições são ‘vendidas’ pelas corporações midiáticas como exemplos de impunidade, ao passo que condenações, mesmo que em desacordo com a facticidade e/ou a legalidade, apresentadas como algo positivo, como medida necessária para o fim da impunidade” (CASARA, 2017, p. 64).

Por isso que, em sistemas de justiça de viés autoritário, em nome do “combate ao crime” ou de outro *slogan* simpático à população, o órgão encarregado da acusação e o órgão encarregado do julgamento passam “a atuar em conjunto, de maneira promíscua, ignorando ilegalidades, afastando direitos e garantias fundamentais, bem como, desconsiderando as formas processuais, que deveriam ser empregadas como limites ao arbítrio, sempre na busca por confirmar a hipótese acusatória” (CASARA, 2017, p. 65).

Com isso, ilegalidades são praticadas ou, pior, toleradas, em nome do combate à ilegalidade, da mesma maneira que o julgamento do caso penal se torna um simulacro de julgamento em meio a um simulacro de democracia (CASARA, 2017, p. 65).

⁹⁶ Casara (2017, p. 19) sustenta que “a figura do Estado Democrático de Direito, que se caracterizava pela existência de limites rígidos ao exercício do poder (e o principal desses limites era constituído pelos direitos e garantias fundamentais), não dá mais conta de explicar e nomear o Estado que se apresenta. Hoje, poder-se-ia falar em um Estado Pós-Democrático, um Estado que, do ponto de vista econômico, retoma com força as propostas do neoliberalismo, ao passo que, do ponto de vista político, se apresenta como um mero instrumento de manutenção da ordem, controle das populações indesejadas e ampliação das condições de acumulação do capital e geração de lucros”. Para o autor, o quadro atual do sistema político brasileiro pode ser lido através das lentes do conceito de pós-democracia, a qual significa “um Estado sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento em que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor. No Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador. O ganho democrático que se deu com o Estado Moderno, nascido da separação entre o poder político e o poder econômico, desaparece na pós-democracia e, nesse particular, pode-se falar em uma espécie de regressão pré-moderna, que se caracteriza pela vigência de um absolutismo de mercado [...] Para essa concepção de pós-democracia, ainda há uma fachada democrática, mas as decisões políticas passaram a ser tomadas pela direção das grandes corporações transnacionais, pelos mercados, pelas agências de classificação *etc.*” (CASARA, 2017, p. 24).

No âmbito da Lava Jato foi possível identificar nitidamente todos esses traços, desde episódios de violações da imparcialidade (da equidistância que o juiz deveria manter dos interesses em jogo no caso penal), das regras de competência (vários crimes que deveriam ser julgados em outros juízos criminais acabaram reunidos em uma das varas federais de Curitiba, na qual Moro passou a se dedicar exclusivamente a eles), bem como, da inviolabilidade das comunicações telefônicas (o processo foi marcado pelo “vazamento” seletivo do teor de conversas telefônicas, algumas, como a do ex-presidente Lula, com potencial de influenciar na dinâmica político-partidária brasileira) (RODRIGUES, 2021, p. 179).

Além disso, não foram poucos os relatos de prisões no curso das investigações ou dos processos relacionados à Lava Jato que teriam sido decretadas sem a presença dos requisitos legais e com o objetivo aparente de forçar os investigados ou os réus a fazerem “delações premiadas” (RODRIGUES, 2021, p. 179).

No campo da execução penal, essa tradição provocou e provoca os efeitos que vimos acima, inquisitorialismo e substancialismo. A pena é tratada, desde essa tradição, quando muito, como um instrumento de ortopedia moral do preso, mesmo que – no mundo da realidade – não consiga produzir quaisquer efeitos ressocializadores ou recuperadores do indivíduo, porém, quando desprovida de sua falácia disciplinatória, o sistema prisional brasileiro é compreendido pelo que efetivamente é: neobarbárie dirigida a determinados grupos sociais e raciais.

Segundo Borges (2021, p. 41), as prisões brasileiras ocultam um mecanismo de hierarquização racial e social, de modo que as instituições prisionais se erguem “como forma de garantir controle social, tendo como foco os grupos subalternizados estruturalmente”.

Ainda nas palavras da autora, as próprias “crises do sistema prisional e criminal sequer poderiam ser denominadas como tal, porque se tratam, na verdade, de uma engrenagem funcionando a todo vapor pela manutenção de hierarquias sociais constituídas e indissociadas do elemento racial” (BORGES, 2021, p. 41).

Ora, é justamente a tradição jurídico penal autoritária que mantém o garantismo sempre a parte do sistema de execução penal. Nesse sentido, o lavajatismo, enquanto política criminal de emergência, por meio de uma visão muito específica sobre a forma como o sistema de punições deveria ser conduzido a nível administrativo, impôs a sua vitória sob um sistema de execução penal já cambaleante, por meio do esforço político de Sérgio Moro na aprovação da Lei 13.964/2019.

Várias disposições marcadamente autoritárias e emergenciais foram retiradas do PL 10.372/2018 pelo grupo de trabalho da Câmara dos Deputados Federais, porém o que –

efetivamente – logrou ultrapassar nesse primeiro dique político, foi salutar para reafirmar todos os aspectos totalitários do nosso sistema de execução penal.

Não por acaso, Pinho e Sales (2020, p. 04) sustentam que a própria Lei 13.964/2019, “tratou-se de uma proposta de lei emergencial, conjuntural, que pareceu muito mais um arroubo individualista de seu criador (o então - agora ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública e ex-Juiz Federal, Sérgio Moro) do que propriamente o fruto de um debate qualificado com setores importantes da sociedade, com as Instituições que compõem o sistema de justiça criminal [...]”.

Eis o motivo pelo qual a tarefa garantista não é apenas recolonizar a execução penal com direitos fundamentais, mas combater o modelo epistemológico autoritário e emergencial que se infiltrou no sistema prisional, o qual legitima e implora por alterações legislativas que reforcem sempre o caráter violento do cárcere, enquanto suplício do corpo e da alma dos condenados.

4.5. A Lei 13.964/2019 e a execução penal: tensões a partir de uma perspectiva garantista

Quando se olha para as alterações legislativas promovidas pela Lei 13.964/2019 no campo da execução, é possível perceber a profunda tensão existente entre a sua orientação político-criminal emergencial e a razão jurídica garantista.

A primeira delas diz respeito à alteração do novo limite das penas (Art.75 CP), que passou de 30 para 40 anos. De acordo com Carvalho (2020, p.511), uma análise garantista referente à elevação do tempo de cumprimento pena deve ser realizada sob duas perspectivas: a) normativa, ou seja, de compatibilidade com a cadeia de princípios constitucionais que regulam a aplicação das penas; e , b) empírica, ou seja, dos efeitos concretos no sistema penitenciário brasileiro.

Em primeiro lugar, é preciso atentar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLV, XLVI e XLVII, fixa limites à imposição das penas em todas as esferas de poder (Legislativa, Judiciária e Executiva) (CARVALHO, 2020, p.511).

Como cediço, a garantia da responsabilidade pessoal, vincula a sanção à culpabilidade do agente e proíbe a transcendência da pena em relação a terceiros não envolvidos no caso concreto; já a garantia da individualização reforça que os procedimentos de adequação da pena em abstrato estejam vinculados ao princípio da humanidade, materializado no texto constitucional enquanto proibição de penas desumanas e cruéis, em especial as penas de morte e perpetua. (CARVALHO 2020, p.511).

Carvalho (2020, p.511) anota ainda, que a garantia da humanidades das penas representa uma espécie de acúmulo histórico: na medida em que o Estado reconhece direitos fundamentais, bem como, toma consciência dos efeitos abstratos e concretos das penas, o sistema punitivo passa a ser codificado no sentido de tentar imunizar demandas penais e irracionais (vingativas). A imunização ocorre fundamentalmente por meio da positivação de regras constitucionais.

A constituição brasileira, ao vedar as penas de morte, perpétua, desumanas e cruéis, estabelece um horizonte de regulação cujas fronteiras não podem ser ultrapassadas, sobretudo, pela lei ordinária. Outrossim, conforme Carvalho (2020, p.511), “a humanidade das sanções, em especial da pena privativa de liberdade é aferida por dois critérios: a) em abstrato (quantidade máxima de pena permitida); e b) em concreto (realidade do sistema punitivo)”.

Ferrajoli (2010, p.318), ao discorrer sobre o princípio da humanidade das penas, afirma que toda sanção penal qualitativa e quantitativamente (supérflua porque) maior que a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas ao réu, devem ser consideradas lesivas à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a pena não deve superar a violência informal, que na sua ausência sofreria o imputado pela parte ofendida ou por outras forças mais ou menos organizadas. Por isso, é injustificado um limite máximo que anule a justificação em relação aos maiores castigos informais prevenidos pela pena (FERRAJOLI, 2010, p.323).

Ora, a fixação de um limite das penas em patamar igual a 40 anos é incompatível com uma política garantista de humanização da execução penal. Não é à toa que Ferrajoli (2010, p.321) afirma que o adequado é que nenhuma pena ultrapasse o máximo de 10 a 15 anos, vez que tudo após esse período é suplício injustificado, neutralização individual e/ou tentativa escamoteada de aplicar ao réu uma pena de caráter perpetuo.

Em relação ao Brasil, essa afirmação é especialmente contundente, pois, de acordo com os dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), a expectativa de vida nacional é de aproximadamente 80,1 anos para mulheres e 73,1 anos para homens⁹⁷.

Se olharmos para o sistema prisional, esses índices são significativamente reduzidos. Portanto, falar de um novo limite de 40 anos é na realidade falar de prisão perpétua.⁹⁸

⁹⁷ Disponível em: < [⁹⁸ Disponível em: <](https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=expectativa%20de#:~:text=A%20expectativa%20de%20vida%20dos%20homens%20passou%20de%2072%2C8,9%20para%2080%2C1%20anos.> . Acesso em : Julho de 2022.</p></div><div data-bbox=)

Tal incapacidade do sistema prisional de receber seres humanos durante tanto tempo foi constatada, empiricamente, no bojo da própria ADPF nº347 do STF. Naquela oportunidade, segundo explicam Castro e Wermuth (2021, p. 197), foi reconhecido pelo tribunal o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, no que “os ministros não hesitaram em caracterizar os presídios brasileiros como espaços de afronta aos mais comezinhos preceitos esculpidos na carta política de 1988 e nos documentos internacionais, dos quais o Brasil é signatário”.

Além disso, os ministros reconheceram que a violação contínua e sistemática da dignidade dos segregados é um retrato das penitenciárias nacionais, não se tratando de um episódio singular, geográfico e temporalmente delimitado (CASTRO; WERMUTH, 2021, p. 100). Destarte, a realidade material do sistema carcerário, reconhecidamente cruel e desumana (na avaliação do STF), por si só indicaria a irracionalidade do ato legislativo que amplia o prazo máximo de cumprimento da pena em 10 anos.

Quanto às novas exigências para a concessão do livramento condicional (art. 83, III CP) nota-se que foi inserido explicitamente a necessidade de o apenado não ter cometido nenhuma falta grave nos últimos 12 meses antes da concessão do referido substitutivo penal.

Com efeito, a nova disposição busca reforçar o caráter substancialista da execução penal por meio do endurecimento do sistema disciplinar. O objetivo desta nova disposição, portanto, é reforçar a estrutura meritocrática das instituições prisionais, a fim de incrementar os critérios de verificação da conduta do preso conforme o maior ou menor grau de adaptação dele às regras disciplinares que regulam a permanência no estabelecimento penal (CARVALHO 2008, p. 189)

Essa tática atinge a abrangência de um dos grandes instrumentos de descarcerização colocados à disposição do direito penal brasileiro, aumentando, conseqüentemente, os níveis de punitividade do sistema prisional por meio da diminuição do *output* prisional (FERRAJOLI 2010, p. 336).

Veja-se que Ferrajoli (2010, p.336) é um entusiasta do sistema de penas alternativas. Para ele, medidas como a prisão domiciliar, a limitação do fim de semana, a semiliberdade, a liberdade vigiada e outras, deveriam tender a ocupar cada vez mais o papel das penas principais (FERRAJOLI 2010, p. 336).

Em suas palavras, desde uma perspectiva histórica e estratégica, da mesma forma que no início da época moderna, o internamento carcerário foi sobretudo uma medida de prevenção extrapenal e disciplinar e transformou-se em pena principal graças ao projeto de humanização das penas do século XVIII, “também hoje, dentro de um novo projeto de humanização

e racionalização penal, algumas das atuais medidas alternativas e de prevenção – intoleráveis enquanto tais – parecem destinadas a ser as futuras penas principais”(FERRAJOLI, 2010, p. 336).

Segundo o painel do DEPEN, até o ano de 2020, um total de 114,8 mil pessoas já haviam sido beneficiadas com o livramento condicional. Logo, o ataque coordenado ao referido substitutivo vai ao encontro da política criminal de emergência consolidada pela Lei 13.964/2019.

No que tange à identificação obrigatória do perfil genético do preso, inserida no art.9º- A da LEP pela nova Lei, verifica-se uma significativa tensão entre essa nova disposição do garantismo penal, sobretudo, no campo do direito à não auto incriminação.

Como ensina Ferrajoli (2010, p. 482), “se a história das penas é uma história dos horrores a história dos julgamentos é uma história de erros; e não só de erros, mas também de sofrimentos e abusos”. Segundo o autor, as nações bárbaras desconheciam a categoria jurídica de processo, suas questões sociais eram decididas por meio da espada ou pelo arbítrio de um conselho de anciãos, pelo Rei ou por algum líder de guerra (FERRAJOLI, 2010, p.483).

Certamente, o que faz do processo um método diferente da “justiça com as próprias mãos” ou de práticas bárbaras de justiça sumária é precisamente o fato de que ele persegue duas finalidades vitais ao Estado de Direito: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes (FERRAJOLI, 2010, p. 483).

Assim, “a história do processo penal pode ser lida como a história do conflito entre essas duas finalidades, logicamente complementares, mas na prática contrastantes” (FERRAJOLI, 2010, p. 483). A base de todas as garantias processuais penais é esta segunda finalidade, que tem como missão evitar os erros judiciais (cifra da injustiça⁹⁹) e permitir que o processo se desenvolva em um procedimento contraditório.

Numa das partes, está a acusação buscando a punição dos culpados e, do outro lado, está a defesa buscando a tutela dos inocentes. Entre eles, encontra-se um juiz imparcial e equidistante, que condicionado pelos direitos fundamentais é responsável por garantir as regras do jogo democrático. E é por causa disto que Streck e Oliveira (2012, p. 10) defendem que “as garantias processuais [...] estão amarradas em um eixo comum que é o sistema acusatório”.

Destaque-se que, as garantias processuais, enquanto condicionantes da atividade repressiva contra os erros judiciais, tem em sua constituição o ideal iluminista de que todo poder

⁹⁹ Pinho e Albuquerque (2017, p. 42) ensinam que o custo da injustiça depende do funcionamento concreto de qualquer sistema penal, dentro dele estão todas as pessoas inocentes que são submetidas a um processo penal ou, pior, condenadas e sujeitas à pena.

tende ao abuso, e é por isso que “enquanto o método inquisitório exprime uma confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar o verdadeiro, o método acusatório se caracteriza por uma desconfiança do mesmo modo ilimitada no poder como autônoma fonte de verdade” (FERRAJOLI, 2010, p. 484).

Com efeito, o *nemo tenetur se detegere* ou princípio da não autoincriminação, “é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês” (FERRAJOLI, 2010, p. 486). Dessa garantia procedimental maior, derivam outras espécies de direitos, tais como: a) proibição do perjúrio; b) o direito ao silêncio; c) o direito de mentir; d) proibição da tortura física ou psíquica para obter a confissão; e) proibição de a confissão ser considerada a rainha das provas e f) o direito do acusado à assistência e presença do seu defensor em seu interrogatório, para impedir abusos ou violações das garantias processuais.

A identificação compulsiva do perfil genético do preso afronta todo esse conjunto de garantias processuais penais mencionadas acima, e chega a um ponto insustentável de contrariedade às boas práticas garantistas quando, segundo o novo artigo 50, VIII, da LEP é taxado como hipótese de falta grave a recusa do apenado de se submeter ao referido procedimento de coleta.

Poderia ser ponderado que, o princípio da não auto incriminação, não restaria fustigado diante de tais mudanças legislativas, haja vista que, o material genético seria empregado tão somente em relação a investigações futuras, porém, em se tratando de uma garantia individual do acusado, poderá ser manejada na medida e extensão determinada por ele, em relação a casos passados, presentes ou futuros. A referida disposição, portanto, reforça especialmente o caráter inquisitório da execução penal.

Ademais, uma das principais tensões entre o pacote de mudanças legislativas de emergência, aprovado no corpo da Lei 13.964/2019, e a política criminal garantista, diz respeito ao novo modelo de RDD previsto no artigo 52 da LEP.

Carvalho (2008, p. 189) explica que, sobre o regime meritocrático de controle da massa carcerária (faltas e recompensas), “sendo atividade de competência exclusiva da direção carcerária, o procedimento é essencialmente administrativo e, enquanto tal, orientado pela inquisitorialidade”.

Em que pese a LEP assegurar taxativamente algumas garantias no procedimento de execução penal – devido processo (art. 59, caput), reserva legal (art. 45), direito de defesa (art. 59), motivação da decisão (art. 59, parágrafo único) –, procurando tutelar os apenados dos desvios e dos excessos minimizando o arbítrio, a lógica do sistema não corresponde à estrutura

principiológica conformadora de um direito democrático, gerando focos de ilegalidades (toleradas) (CARVALHO 2008, p. 190).

De acordo com o autor, “o contraponto das faltas é dado pelo regime de recompensas por um bom comportamento do apenado e sua colaboração com a ordem e a disciplina, bem como sua dedicação ao trabalho atribuído”(CARVALHO, 2008, p. 190).

Carvalho (2008, p. 190) afirma, nesse sentido, que “o caráter adestrador dos sistemas prisionais disciplinares exerce efeitos degradantes na individualidade dos apenados, sendo totalmente contrários aos postulados pedagógicos da educação”. O estímulo ao autorrespeito, à espontaneidade e à individualidade, característicos de uma pedagogia voltada ao crescimento e à autodeterminação, são abandonados em um ambiente carcerário em prol do servilismo e da disciplina.

Em relação ao RDD, todos esses elementos são vivificados, chegando ao ponto de Carvalho (2008, p. 302) reafirmar que se trata de um regime bárbaro de execução de pena, maximizador dos poderes da administração penitenciária, no que diz respeito ao sistema de disciplinas.

Antes do RDD, a sanção disciplinar imposta à falta grave constituía-se na suspensão de direitos e isolamento na própria cela, não podendo esta medida ultrapassar 30 dias (antiga redação do art. 58). Com o novo RDD, a duração do preso nesse regime pode se estender até dois anos, sem prejuízo da repetição da sanção pelo cometimento de nova falta grave da mesma espécie. (art.52, I, LEP)

A partir da Lei 13.964/2019, não somente os aspectos mais inquisitoriais do RDD foram reforçados, mas também, seus aspectos mais substancialistas. Temos, efetivamente, um regime prisional (dentro de um regime prisional fechado) que materializa os principais aspectos da política criminal de emergência. Desde uma série de restrições aos direitos mais básicos do preso (por exemplo, receber visitas, manter contato com familiares, participar presencialmente de suas audiências), assim como, os próprios critérios de aplicação são fluidos e não respeitam minimamente ao princípio da taxatividade penal, aduzindo que a medida estará autorizada sempre que houver “suspeitas” de que o interno está envolvido – a qualquer título – em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente de falta grave.

Sem mencionar que, diante da possibilidade de o interno exercer liderança em qualquer uma dessas organizações, nasce a obrigação do sistema prisional de transferi-lo para uma unidade federal (§3, art.52, LEP).

Outro ponto de tensão, entre a política criminal minimalista e as mudanças promovidas na execução pela Lei 13.964/2019, refere-se ao novo sistema de progressão de regime.

De início, é necessário lembrar que o garantismo se posiciona contrariamente ao modelo penitenciário de disciplinas e recompensas legais, entre eles, a própria progressão de regime. Porém, Ferrajoli (2010, p. 332) é claro ao afirmar que a supressão do regime meritocrático (com sua política de benefícios penais), necessita está de mãos dadas com uma política de penas de curta duração, isto é, dentro de um limite máximo de 10 a 15 anos de reclusão.

Como dito no capítulo anterior, a própria doutrina nacional tem reconhecido que o sistema progressivo tem sido manejado politicamente para aumentar o limite total das penas privativas de liberdade. Ou seja, o legislador sabendo que o apenado terá direito a avançar para o regime semiaberto e aberto, aumenta o limite total das penas, com a finalidade de manter o máximo de tempo possível no regime fechado.

Não por acaso, Valois (2021, p. 94) advoga que tendo a progressão de regime nascido com o aumento das penas, “o correto seria que se extinguissem os sistemas de semiliberdade, com a extinção da parte da pena, que foi aumentada para que esses regimes existissem, sendo menos prejudicial que se voltasse à prática das penas de curta duração. Hoje, já se fala nisso em outros países [...]”.

Ocorre que, a realidade política brasileira tem caminhado em sentido contrário ao programa das penas de curta duração, de maneira que o sistema progressivo tem se comportado como um aliado da descarcerização e da redução da violência institucional. Como afirma Valois (2021, p. 96), esse sistema coopera não apenas para a humanização da execução penal, mas para dar ao preso algo que muitas vezes lhe falta dentro da cela: esperança.

Carvalho (2008, p. 197) pondera que, não obstante a posição defendida por Ferrajoli, “sendo a pena dosada encarada como limite máximo de tempo e maneira de execução, os incidentes apenas poderiam alterar o título executivo somente *in melius*, pois, no interior de um modelo garantista, esta seria a única possibilidade de flexibilização dos direitos fundamentais”.

Ora, desde esta perspectiva poderíamos contemplar o sistema progressivo como um parceiro da razão jurídica garantista, que orienta o direito penal e o direito da execução penal rumo a diminuição de seus níveis de violência institucional e autoritarismo, ou seja, como um instrumento de oposição à lei do mais forte no campo prisional.

Seguramente, ao analisar o novo sistema de progressão de regime – institucionalizado pela Lei 13.964/2019 –, vemos um aumento expressivo no percentual do tempo de permanência dos presos em cada um dos regimes. Tal incremento, diga-se de passagem, opera desde critérios substancialistas, calcados na suposta periculosidade do apenado e nas próprias figuras típicas imputadas ao mesmo pela acusação.

Agora, reincidência e crime hediondo (exceto tráfico de drogas previsto no §4 do art.33 da Lei nº11343/2006) conduzem a progressão a patamares que giram entre 40% e 70% da pena, o que – em último caso – representa o cumprimento da sanção punitiva, praticamente toda, em regime fechado.

Para além disso, conjuga-se o fato de que o cometimento de qualquer falta grave no curso da execução, conduz a interrupção do prazo para a obtenção da progressão de regime, o que – nas palavras de Carvalho (2008, p. 197) – jamais poderia acontecer, vez que, “em nenhuma hipótese a falta disciplinar poderia ultrapassar a esfera administrativa para produzir efeitos no campo judicial”.

Isso porque, as sanções disciplinares, em um procedimento no qual seja garantida a ampla defesa, somente podem limitar direitos “domésticos” do apenado, sob pena de produzir, como ocorre na atualidade, penalizações múltiplas (nas esferas administrativa e judicial), em clara ofensa à máxima *ne bis in idem* (CARVALHO, 2008, p. 197).

A mesma lógica emergencial que orientou a mudança dos patamares da progressão de regime, também determinou o endurecimento do direito à saída temporária do preso (art. 122, §2 LEP).

Como cediço, a saída temporária é o direito do preso de, no regime semiaberto e comprovado seu bom comportamento, deixar a colônia agrícola ou industrial para frequentar cursos supletivos profissionalizantes, instrução de segundo grau ou curso superior, bem como, visitar seus familiares em determinadas épocas do ano. (VALOIS, 2021, p. 78).

Não obstante a saída temporária ser tratada como um benefício do regime meritocrático penitenciário, vez que condicionada ao comportamento do interno, trata-se de uma medida que garante o convívio social do preso por meio da redução dos efeitos criminogênicos do isolamento prisional (VALOIS, 2021, p. 78)

A diminuição do espectro de incidência desse direito entra em choque com uma política criminal garantista justamente em razão da sua aposta em um modelo autoritário de execução penal, onde determinadas categorias de pessoas (em função do tipo penal imputado, no caso da nova restrição o crime hediondo) são tolhidas ao máximo de retornarem ao ambiente externo.

Ferrajoli (2010, p. 319) sustenta que a razão jurídica aplicada à execução penal determina que na vida carcerária, se abram e se desenvolvam os passos de liberdade e sociabilidade através da mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa, inclusive por meio da abertura da prisão, com a possibilidade de permissões, licenças e etc. Não em função

da distribuição de prêmios ou privilégios. Senão em razão da igualdade e da humanidade que deve reger o direito penal.

Há um escalonamento de toda essa lógica de tensão entre a política garantistas e a política emergencial promovida pela Lei 13.964/2019 no campo da execução penal, quando olhamos para as mudanças ocorridas na lei de transferência de presos para instituições federais de segurança máxima (Lei 11.671/78).

O primeiro ponto que pode se ressaltar sobre a referida tensão, diz respeito ao próprio critério de inclusão do detento em um presídio federal. Para o novo artigo 3º, basta que haja o interesse público ou, excepcionalmente, o interesse do interno (condenado ou provisório), e estará justificada a medida (VALOIS, 2021, p. 124).

Como se pode ver, trata-se de uma alteração legal sem qualquer parâmetro de taxatividade, a qual condiciona a permanência de indivíduos no mais gravoso regime prisional sem que haja qualquer tipo de precisão semântica a respeito do que é o interesse da segurança pública. O que nos faz pensar, justamente, que se trata de um movimento do sistema administrativo no sentido de fulminar qualquer traço de um sistema jurisdicional no âmbito do direito penitenciário brasileiro. A sua orientação emergencial é manifesta e as suas consequências para os direitos fundamentais são brutais.

A própria inclusão de indivíduos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima é uma medida de suspensão de quase todos os direitos penitenciários do preso. Há o recolhimento em celas individuais, monitoração de todos os seus meios de comunicação (até mesmo em atendimentos advocatícios caso haja autorização judicial), limitações significativas do seu direito de visitação (que pode ser suspensa por determinação do diretor do presídio) e até mesmo seu banho de sol é tolhido para duas horas diárias. Sem mencionar que o período de permanência em instituições federais pode ser de até três anos, mas com a possibilidade de renovações sucessivas por parte da administração penitenciária.

Tais medidas, revelam a profunda crise em que está imersa a pena carcerária. Haja vista sua carência em satisfazer as duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dado o caráter criminogênico das prisões, destinadas a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; “nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeita na atual sociedade dos *mass media* bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão” (FERRAJOLI, 2010, p. 330).

Esse também é um diagnóstico de Valois (2021, p. 120), ao sustentar que “os Estados enviam presos para penitenciárias federais, presos que obrigatoriamente devem retornar, para que estes presos voltem realmente vinculados às denominadas facções”.

No sistema penitenciário, “o preso que vai para uma penitenciária federal, ganha *status* de preso importante, importante para o Estado, importante como liderança, e, mesmo que anteriormente ele, o preso, fosse apenas um líder de pavilhão, coisa que sempre existiu desde que prisão é prisão, voltará realmente pronto para assumir a condição de líder de uma facção”. (VALOIS, 2021, p. 121).

Portanto, estabelecer uma acentuada fluidez nos critérios que autorizam o envio de pessoas para estabelecimentos penais federais, não é apenas antigarantista desde a perspectiva normativa, mas efetivamente perigoso desde as próprias razões que justificam o envio de pessoas para lá.

A última das tensões identificadas segue o mesmo problema da anterior.

Com efeito, a determinação do novo art. 2º, §8º e §9º da Lei 12.850/2013, no sentido de que, lideranças de organizações criminosas, cumpram pena – inicialmente - em estabelecimentos penais de segurança máxima, bem como, de impossibilitar membros de obterem progressão de regime, livramento condicional ou quaisquer outros substitutivos penais, enquanto não provada a quebra do vínculo associativo com as referidas organizações, apontam o compromisso da Lei 13.964/2019 com uma epistemologia autoritária.

Ora, da leitura dos referidos dispositivos sobressai a questão da falta de precisão no comando da norma. Assim como nas disposições citadas acima, é possível perceber a sua profunda ligação com um modelo de direito penal e de processo penal de emergência, e não com um modelo garantista de fixação taxativa das regras do jogo no campo da execução penal. Sobra inquisitorialismo e substancialismo, na exata medida em que falta convencionalismo e cognitivismo (legalidade substancial).

Fica claro, dessa maneira, os traços de invalidade material das referidas disposições normativas em relação à uma política criminal minimalista ou garantista, ante a profunda tensão dos seus elementos com postulados lógicos e axiológicos do garantismo penal de Luigi Ferrajoli (2018, p. 252).

É, portanto, o direito penal mínimo, um programa reformador: de reforma e reconstrução racional do sistema penal, processual e penitenciário em função da tutela dos bens e direitos fundamentais que bem podemos identificar como aqueles sancionados na Constituição Federal (FERRAJOLI, 2018, p. 252).

4.6. Uma alternativa garantista à pena privativa de liberdade: em defesa do fim das prisões

Como podemos ver, o terreno da execução penal é objeto de constantes disputas e tensões político criminais entre o garantismo e o autoritarismo, tanto a nível epistemológico quanto normativo. Por essa razão, compreendemos que não seria adequado deixar de ponderar a respeito de uma das alternativas políticas mais radicais, em relação à pena privativa de liberdade, colocadas à disposição da sociedade pela razão garantista: a abolição do cárcere.

Porém, é necessário anotar – desde logo – que a alternativa político criminal garantista de superação do atual modelo de punição (pena privativa de liberdade) não se confunde com propostas abolicionistas do próprio direito penal.

Nosso objetivo, por outro lado, consiste em demonstrar que é possível defender o fim das prisões, sem necessariamente adotar o referencial abolicionista e, para tanto, buscaremos reconstruir o debate proposto por Ferrajoli em algumas de suas principais linhas argumentativas.

Primeiramente, é necessário dizer, conforme sustenta Ferrajoli (2010, p. 199), que o problema da justificação da pena é um problema clássico de filosofia do direito.

Nesse sentido, três perguntas orientam a discussão. A primeira consiste em saber: no que se baseia o direito de punir?; a segunda consiste em saber: quais as razões que tornam justa ou aceitável moralmente que se agregue à violência ilegal do delito à violência legal da pena? e a terceira é como justificar o exercício de uma violência organizada que assiste à uma multidão de sujeitos contra um único sujeito? (FERRAJOLI, 2010, p. 199)

Ferrajoli (2010, p. 200) demonstra que, ao longo da história, essas três questões se dividiram em duas respostas: uma positiva e uma negativa.

O primeiro grupo de respostas são aquelas fornecidas pelas doutrinas de justificação do direito penal ou justificacionistas, as quais compreendem que os custos do direito penal são socialmente irrenunciáveis (FERRAJOLI, 2010, p. 200).

Já as doutrinas abolicionistas compreendem que nada justifica a pena e por isso almejam a eliminação do próprio direito penal, contestando o seu fundamento ético-político desde a raiz, vez que consideram as suas vantagens infinitamente inferiores aos custos sociais que ele produz (FERRAJOLI, 2010, p. 200).

Então, Ferrajoli (2010, p. 200), faz uma ressalva que é central para a nossa discussão, qual seja: ele considera como abolicionistas

somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social.

Isto posto, desde a perspectiva garantista, podemos citar como doutrinas abolicionistas do direito – pois negam qualquer justificação ou legitimidade externa¹⁰⁰ a intervenção estatal – as que se filiam a tradição política marxista e anarquista (FERRAJOLI, 2010, p. 201).

Podemos citar como exemplo do primeiro tipo a obra de Engels e Kautsky (2012, p. 18), o *Socialismo Jurídico*.

Nela, os autores afirmam que o Direito “ocupa posição muito secundária nas pesquisas teóricas de Marx”, pois em primeiro lugar, ao contrário, aparecem “a legitimidade histórica, as situações específicas, os modos de apropriação, as classes sociais de determinadas épocas, cujo exame interessa fundamentalmente aos que veem na história um desenvolvimento contínuo, apesar de muitas vezes contraditório, e não simples caos de loucura e brutalidade” (ENGELS, KAUSTSKY, 2012, p. 34).

Ainda segundo os autores, “Marx [...] jamais apresentou reivindicações jurídicas de qualquer tipo em suas obras teóricas” (ENGELS, KAUSTSKY, 2012, p. 34), vez que a “ordem” jurídica seria manifestamente inapta a garantir os interesses da classe trabalhadora.

Não por outra razão, advogam que restringir a luta dos oprimidos ao simples “terreno do direito” não possibilita eliminar as calamidades criadas pelo modo de produção burguês-capitalista, especialmente pela grande indústria moderna, o que “levou as cabeças mais significativas dentre os primeiros socialistas – Saint-Simon, Fourier e Owen – a abandonar por completo a esfera jurídico-política e a declarar que toda luta política é estéril” (ENGELS, KAUSTSKY, 2012, p. 34).

Os estudos de Pachukanis (2017) seguem a mesma trilha dos estudos de Engels e Kautsky (2012, p. 18)¹⁰¹.

Para ele, “a Moral, o Direito e o Estado são formas de sociedade burguesa” (PACHUKANIS, 2017, p. 160). Destarte, ainda que a sociedade seja obrigada a utilizar-se destas formas, isto não significa que elas podem continuar a se desenvolver numa sociedade mais justa

¹⁰⁰ Por justificação externa, Ferrajoli (2017, p. 171) está se referindo à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo metajurídico. São considerados, por isso mesmo, razões externas do direito penal, sendo tratadas por ele ou como questões de justiça ou como questões sociológicas.

¹⁰¹ A obra de Engels e Kautsky (2012) é importante para a compreensão do pensamento Pachukaniano porque, foram os referidos autores que - já no século XIX - introduziram a hipótese de que o direito é, irremediavelmente, uma forma do capitalismo e que, na teoria socialista, existe uma necessidade premente de superação das estruturas e formas da sociedade burguesa, dentre elas, a forma jurídica. Engels e Kautsky (2012, p.18) explicam, inclusive, que a concepção jurídico burguesa substituiu – após a revolução francesa – a concepção teológico feudal de mundo, de modo que “as relações econômicas e sociais, anteriormente representadas como criações do dogma e da Igreja, porque esta as sancionava, agora se representam fundadas no direito e criadas pelo Estado”, ou seja, um verdadeiro fetichismo jurídico.

e igualitária (socialista) e, em função dessa incapacidade, deverão desaparecer à medida que o socialismo se realize (PACHUKANIS, 2017, p. 161).

Porém, durante o período de transição do socialismo para o comunismo, a classe operária teria o dever de explorar, em benefício de seus interesses, estas formas herdadas da sociedade burguesa, esgotando-as completamente, “mas para isto, antes de tudo, o proletariado deve ter uma representação muito clara, liberta da bruma ideológica, da origem histórica destas formas” (PACHUKANIS, 2017, p. 161).

Portanto, segundo Pachukanis (2017, p. 77), “exigir do direito proletário seus próprios novos conceitos gerais é uma tendência que parece revolucionária *par excellence*”, mas, em realidade, proclama a imortalidade da forma jurídica. Seguramente, o desaparecimento das categorias do direito burguês não significa em hipótese alguma a sua substituição por categorias do direito proletário.

Daí que igualmente o desaparecimento das categorias do valor, capital, lucro, etc., no período de transição para o comunismo, não significaria o aparecimento de novas categorias proletárias de valor, capital, *etc* (PACHUKANIS, 2017).

Com efeito, para Pachukanis (2017, p. 79), a transição para o comunismo evoluído não se mostra “como uma transição para novas formas de direito, mas como a extinção da forma jurídica em geral, como uma extinção dessa herança da época burguesa, que se destina a sobreviver à própria burguesia”.

Sendo assim, “argumentar no sentido de que os juízes e as leis devem existir para sempre, pois mesmo num estado de máxima prosperidade econômica não desaparecerão alguns crimes contra a pessoa humana *etc.*, significa tomar momentos secundários e derivados [socialismo] por principais e fundamentais [Comunismo]” (PACHUKANIS, 2017, p. 80).

Noutro giro, podemos citar como exemplo de doutrina *anarco-abolicionista* as obras de Kropotkin (2011, p. 04), a exemplo de *A lei e a autoridade* e *As prisões*.

Inclusive, na primeira, o autor reconhece que “todos estamos de tal maneira pervertidos por uma educação que desde tenra idade procura matar em nós o espírito de revolta e em nós desenvolve o de submissão à autoridade” bem como, “estamos de tal maneira pervertidos por esta existência sob a férula da Lei que tudo regulamente” (KROPOTKIN, 2011, p. 04).

Por isso, a sociedade já não compreende mais que se possa viver de outra maneira, salvo sob o regime jurídico, elaborado por um governo representativo e aplicada por uma pequena parcela de juízes – selecionados entre as classes dominantes –, de modo que no próprio momento em que se logra emancipar desse jugo, o primeiro cuidado que têm é de retomá-lo imediatamente (KROPOTKIN, 2011, p. 04).

Afirma ainda Kropotkin (2011, p. 04): “‘o ano um da Liberdade’ nunca durou mais que um dia, porque, depois de o ter proclamado, logo no dia seguinte o oprimido se colocava de novo sob o jugo da Lei, da Autoridade”.

Já em *As prisões*, Kropotkin (2012, p. 35) afirma que o Direito Penal – por meio do cárcere e manicômios – “extingue no homem todas as qualidades que o torna um ser próprio para vida social. O transforma em um ser que, inexoravelmente, voltará ao cárcere, e que acabara seus dias em uma dessas tumbas de pedra [...]”.

Nas palavras do autor, o primeiro dever de qualquer revolução seria extinguir o direito penal, que age mediante a violência das instituições carcerárias, pois ele se ergue sobre a barbárie e a miséria, não recupera quem prende, bem como, “mescla com filantropia jesuística o autoritarismo classista e racista que é intrínseco ao poder do Estado, por isso, em uma sociedade igualitária, o direito penal deixa de existir, e porque deixa de existir o direito penal também os atos antissociais se acabam” (KROPOTKIN, 2012, p. 36).

Ora, como se pode notar, as doutrinas mencionadas acima não reconhecem a legitimidade sequer do direito mesmo, mormente a justificação do direito penal, daí porque vaticinam a extinção da forma jurídica da pena com o advento de modos mais evoluídos de configuração social.

Em sentido diametralmente contrário, estão as doutrinas consideradas como reformadoras.

Sobre isso, Ferrajoli (2010, p. 200) anota que essas teorias penais configuram-se por defenderem a “redução da esfera de intervenção penal, ou, ainda, a abolição da específica pena moderna que constitui a reclusão carcerária em favor de sanções penais menos aflitivas”.

Com efeito, o garantismo jurídico se inscreve precisamente dentro do filão teórico reformador, vez que, contra a hipótese abolicionista, sustenta “a forma jurídica da pena, enquanto técnica institucional de minimização da reação violenta à desviação socialmente não tolerada e enquanto garantia do acusado contra os arbítrios, os excessos, e os erros conexos a sistemas não jurídicos de controle social” (FERRAJOLI, 2010, p. 201).

Veja-se, portanto, que a diferença radical entre o paradigma garantista e o paradigma abolicionista não reside na defesa entre a manutenção ou a extinção da pena privativa de liberdade.

Podemos, sendo garantistas, contemplar o panorama prisional descrito acima e lutar em defesa do fim da execução da pena de prisão, pois não se trata de justificar a perpetuação de uma forma específica de imposição de aflição, gestada como um meio de evitar o suplício contra o corpo do condenado.

Ao contrário, na perspectiva de Ferrajoli (2010, p. 203), a diferença entre o abolicionismo e o garantismo consiste na defesa pelo primeiro da erradicação da forma jurídica e, por via de consequência, na erradicação do próprio direito penal.

Um dos principais problemas, segundo Ferrajoli (2010, p. 203), em assumir o abolicionismo como perspectiva teórica é que, juntamente com a erradicação da forma jurídica da pena, míngua junto com ela o conjunto das garantias de liberdade que são asseguradas a todos os indivíduos por meio do sistema jurídico.

Sem essas garantias, escancaram-se as portas do poder (cujo o rival é o direito), assumindo uma postura otimista em relação a ele e pessimista em relação as normas garantidoras de direitos individuais contra o arbítrio, o que – na perspectiva de Ferrajoli (2010, p. 204) – esteve na base de todos os regimes autoritários, marcados por uma epistemologia substancialista e inquisitória.

Ferrajoli e Zolo (1993, p. 89) abordam especificamente essa hipótese no texto *Marxismo y Cuestión Criminal*, mirando sua crítica na perspectiva abolicionista inspirada na tradição marxista.

Nele, os autores sustentam que mesmo em uma sociedade plenamente comunista não se deveria acabar com o direito penal. Isso porque, uma política criminal da classe operária deveria adotar como *modus operandi* a progressiva redução da esfera de intervenção penal como instrumento de defesa e controle social, de sorte que “combater o princípio de responsabilidade individual, o moralismo e a culpabilidade jurídico-burguesa, não significa abandonar a forma jurídica do controle e do tratamento penal, senão, sobretudo, suprimir, ou ao menos reduzir quantitativamente, a esfera mesma da intervenção punitiva” (FERRAJOLI; ZOLO, 1993, p. 89).

Para eles, a pena privativa de liberdade, qualquer que seja, inclusive a mais dócil e a mais humana, deve ser tratada pelo que efetivamente é: uma violência institucional travestida de finalidades humanitárias e falsamente assistenciais, a qual deve ser simplesmente suprimida ou reduzida, porém, regulada por normas jurídicas que pré estabeleçam rigorosamente suas formas e os seus limites (FERRAJOLI; ZOLO, 1993, p. 90).

De acordo com Ferrajoli e Zolo (1993, p. 90-91) a socialização da responsabilidade não deve significar modificação dos processos de criminalização individual às custas das garantias formais previstas pelo direito burguês, vez que “o abandono ou a diminuição dessas garantias significaria, com efeito, em nome de um novo mito da sociedade boa, perfeita e autorregulada, abrir caminho para todo tipo de arbítrio possível e retroceder a formas pré-moderanas (pré-iluministas e pré-burguesas) de direito penal”.

Essa perspectiva é retomada por Ferrajoli (2021a, p. 163) em um estudo posterior.

Neste, o autor explica que o marxismo de oposição, isto é, o movimento de aquisição de direitos pela classe operária em países centrais, foi muito diferente do que se teve em marxismos de governo, como na União Soviética do período Stalinista, da Coreia do Norte, *etc* (FERRAJOLI, 2021a, p. 166).

A crítica de Ferrajoli (2021a, p. 166) é contundente no sentido de afirmar que “marxismo e o comunismo de governo foram exatamente o oposto [do comunismo de oposição]. Sempre que os comunistas ascenderam ao poder [...] deram vida à regimes autoritários e tendencialmente totalitários”.

Paradoxalmente, “enquanto no ocidente, em parte da Europa e na Itália, os partidos comunistas de oposição construíram a democracia, o Estado social e a garantia dos direitos dos trabalhadores, na Rússia e na China o comunismo, e nele o poder, atuou como força de repressão política e, por sua vez, como fator de modernização capitalista” (FERRAJOLI, 2021a, p. 166).

A hipótese de Ferrajoli (2021a, p. 167) é que o marxismo, salvo algumas exceções (como Rosa Luxemburgo), possui uma deficiência no que tange a uma teoria do direito, pois a forma jurídica foi pensada dentro dessa tradição (e também na tradição anarquista) sempre enquanto superestrutura, reflexo dos interesses e vontades das classes dominantes, ou seja, como a lei do mais forte e nunca como instrumento de tutela e garantia dos sujeitos mais débeis ou frágeis.

Dessas colocações, ele sustenta que é possível extrair, pelo menos, dois ensinamentos. O primeiro remonta ao pensamento liberal clássico e se refere à democracia política, qual seja: “a dura lição proveniente da queda do socialismo real deveria ser o descobrimento de que não existe um bom poder e, por conseguinte, o abandono de uma confiança ingênua em um poder ‘bom’ só porque conquistado e exercido em nome dos oprimidos” (FERRAJOLI, 2021a, p. 176).

O segundo ensinamento, considerado o mais importante, é que os direitos de liberdade, isto é, as garantias do indivíduo contra o arbítrio estatal ou de uma maioria, não podem ser suprimidos, nem em sociedades onde a conflitividade tenha alcançado altos níveis de agudização (como é o caso atual do Brasil), nem em sociedades de tipo evoluído, a exemplo do comunismo, vez que o conjunto das garantias é a caução que a pessoa detém frente ao poder (FERRAJOLI, 2021a, p. 176).

Tais lições, inclusive, custaram caro à União Soviética, principalmente, durante o período entre 1936 e 1938, quando Josef Stalin deu início aos processos de Moscou, também

conhecido como grande expurgo, ocasião em que, segundo narra Leon Trotsky (2017, p. 1167), foram caçados todos os revolucionários que participaram da revolução outubrista de 1917¹⁰² (incluindo ele próprio, morto a mando de Stalin em agosto de 1940, na cidade do México) dando origem a uma das mais violentas ditaduras que a Europa já teve.

Com efeito, Ferrajoli (2010, p. 203) defende que as perspectivas abolicionistas padecem de um duplo defeito: primeiro, “os modelos de sociedade por ela perseguidos são aqueles pouco atraentes de uma sociedade selvagem, sem qualquer ordem e abandonadas a lei natural do mais forte”; ou, segundo, “de uma sociedade disciplinar, pacificada e totalizante, onde os conflitos sejam controlados e resolvidos, ou ainda prevenidos, por meio de mecanismos éticos e pedagógicos de interiorização da ordem, ou de tratamentos médicos, ou de onisciência social e, talvez policial”.

Como é possível perceber, na base dessas duas tipologias, estão o vício da utopia e o vício da regressão, vez que em uma se tem o modelo de sociedade sem regras, onde impera o *bellum omnium contra omnes*, e em outra uma sociedade primitiva e idílica, ainda não contaminada por conflitos intersubjetivos de qualquer espécie (FERRAJOLI, 2010, p. 203).

Embora o garantismo refute de modo contundente o paradigma abolicionista, é preciso destacar que Ferrajoli (2010, p. 203) reconhece os méritos dessa corrente teórica para o pensamento jurídico penal, dos quais é possível sublinhar pelo menos dois.

Primeiramente, o ponto de vista abolicionista – exatamente porque se coloca ao lado de quem paga o preço da pena e não do poder punitivo, sendo, portanto, programaticamente externo às instituições perfis vigentes – “teve o mérito de favorecer a autonomia da criminologia crítica, de solicitar-lhe as pesquisas sobre a origem cultural e social da desviança e sobre a relatividade histórica e política dos interesses penalmente protegidos” (FERRAJOLI, 2010, p. 204)

O segundo mérito está no fato de que “deslegitimando o direito penal de um ponto de vista radicalmente externo e denunciando-lhe a arbitrariedade, bem como, os custos e o sofrimento que o mesmo traz, os abolicionistas despejaram sobre os justificacionistas o ônus da

¹⁰² Em *História da revolução russa*, Trotsky (2017, p. 1045) narra que a revolução de outubro foi a tomada do poder político, pelos Bolcheviques, das mãos do governo provisório que substituiu a monarquia *czarista*, o qual era encabeçado por Alexander Kerensky. Nas palavras de Trotsky (2017, p. 1057), “companhias da Guarda Vermelha emergiam de seus bairros. O operário com um fuzil, a baioneta acima do boné ou do gorro, o cinto de cartuchos sobre um casaco civil – essa é a imagem básica do dia 25 de outubro”, então, naquele mesmo dia, Vladimir Ilitch Lênin revelou ao povo que havia retornado de seu exílio na Finlândia e, após discursar brevemente sobre o programa da revolução, viu o operariado russo marchar sobre o Palácio de Inverno em Petrogrado, sede do governo provisório.

justificação” do direito penal (FERRAJOLI, 2010, p. 204). E de fato, não é pouca a responsabilidade que o abolicionismo coloca sobre os ombros do garantismo.

Justamente por isso, Ferrajoli (2010, p. 268) atribui ao direito penal uma dupla função preventiva, primeiro de prevenção geral negativa, isto é, de intimidação de desviantes por meio de uma pena mínima cominada aos delitos (como forma de evitar reações violentas ao crime), mas, sobretudo, de prevenção das penas arbitrárias ou desmedidas, para evitar reações punitivas alinhadas ao modelo de vingança privada, que partam “do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidarias a ele”.

Consequentemente, à pena, compete a finalidade de tutelar “não apenas a pessoa da vítima, mas, do mesmo modo, o delincente contra reações informais, públicas ou privadas” (FERRAJOLI, 2010, p. 268).

Para Ferrajoli (2010, p. 268), é precisamente a garantia destes direitos humanos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e a reação aflitiva decorrente da instrumentalização desse direito, a pena.

Logo, podemos afirmar que o garantismo não existe apenas para sociedades marcadamente capitalistas e hierarquizadas, mas também para sociedades igualitárias e liberais, pois ele é *la legge del più debole*, ou seja, uma resistência ao poder que cresce dentro e por meio das relações humanas rumo à criação de verticalidades e autoritarismos.

Tendo por base essa perspectiva, Ferrajoli (2021b, p. 7) propõe o fim da execução das penas privativas de liberdade.

De acordo com ele, a pena de prisão, enquanto pena principal e central do sistema punitivo, foi concebida há pouco mais de três séculos pelo pensamento iluminista como fator de minimização, racionalização e humanização do direito penal, como alternativa às penas corporais, infamantes e aos suplícios (FERRAJOLI, 2021b, p. 8).

Conforme os autores modernos ou iluministas, sua incidência deveria recair apenas sobre a liberdade do condenado, mantendo hígido todos os demais direitos fundamentais – como a integridade física, a imunidade contra a tortura e os maus tratos, liberdade de expressão e *etc* (FERRAJOLI, 2021b, p. 8).

Contudo, o garantismo cada vez mais tem se questionado se o cárcere consiste, realmente, numa forma de minimização das reações informais que se produziriam em sua ausência (FERRAJOLI, 2021b, p. 10).

Ferrajoli reconhece que, por ser uma instituição total, a prisão não é – porque não pode ser – simples limitação da liberdade pessoal de circulação, como o princípio da legalidade

ampla e da taxatividade exigiriam, senão uma instituição produtora de males e aflições diversas, inevitavelmente distintas entre uma prisão e outra, entre um preso e outro (FERRAJOLI, 2021b, p. 12).

Tratando-se de um ambiente hostil e selvagem, abandonado às relações de força e de poder entre os detentos e ao desenvolvimento de uma criminalidade carcerária ainda mais grave que se exerce sobre os mais débeis e indefesos. “Dentro dos muros da prisão, todo arbítrio, toda violência, toda violação de direitos, toda lesão à dignidade humana das pessoas é possível” (FERRAJOLI, 2021b, p. 13).

De acordo com Ferrajoli (2021b, p. 13), o cárcere é, além de múltiplos aspectos, equivalente a uma contradição institucional: é uma instituição criada pela lei, confiada ao controle do Estado, que não logra garantir direitos fundamentais mais elementares (começando pelo direito a vida).

Nela, impera a ideia de que a máxima segurança externa é acompanhada da máxima insegurança interna. Por fim, ela deveria consistir em uma pena igual e taxativamente determinada pela lei como privação de um tempo de liberdade, porém torna-se um conjunto indeterminado, desigual e extra-legal de privações, humilhações e aflições, que se projetam em nível corporal e psicológico (FERRAJOLI, 2021b, p. 13).

Por isso, Ferrajoli (2021b, p. 14) concorda que é preciso superar o cárcere. Para tanto, ele elenca três contradições inerentes da prisão com o garantismo: a) o cárcere não obedece ao critério de justificação da pena em geral como minimização da violência punitiva; b) a prisão não respeita um modelo teórico e normativo de igualdade e taxatividade determinada pela lei; c) o cárcere é estruturalmente incompatível com qualquer ideologia ressocializadora (problema sentido com maior força em países onde a constituição imputa ao cárcere tal finalidade) (FERRAJOLI, 2021b, p. 14).

Assim sendo, qualquer política criminal de viés liberal deveria ter a coragem de concluir, hoje, que é preciso assumir como perspectiva “a progressiva superação da prisão e, enquanto isso, despojar a reclusão do seu atual papel de pena principal e paradigmática, limitando drasticamente a duração e a reservando apenas às ofensas mais graves aos direitos fundamentais [...]” (FERRAJOLI, 2021b, p. 14).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Steven Pinker (2018, p. 244) ensina que “podemos conceber a democracia como uma forma de governo que passa entre dois extremos, aplicando apenas a força suficiente para impedir que as pessoas sejam predadoras uma das outras e sem que o governo se torne predador do próprio povo”.

Um bom governo democrático, segundo o autor, permite que o povo viva em segurança, protegido da violência da anarquia, e em liberdade, protegido da violência da tirania. Só por essa razão, a democracia já é uma contribuição imensa para a prosperidade humana (PINKER, 2018, p. 244).

Sobre a relação entre democracia e direito, Ferrajoli (2011b, p. 17) explica que a primeira implica, necessariamente, na segunda. Poderia haver direito sem democracia; porém, não pode haver democracia sem direito, uma vez que ela é um conjunto de regras sobre o válido exercício do poder: por um lado, as regras que conferem poderes de autodeterminação individual e coletiva, garantindo sua igual titularidade a todos enquanto pessoas ou cidadãos; por outro, as regras que impõe limites e vínculos a estes mesmos poderes para impedir sua degeneração em formas despóticas e garantir seu exercício em tutela dos interesses de todos.

A Constituição Federal é a grande responsável por concretizar as mais elevadas tarefas democráticas. Ela faz isso, por meio de seu pródigo conjunto de direitos e garantias fundamentais, os quais imputam aos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) uma esfera do não decidível (expectativas negativas) e uma esfera do não decidível que não (expectativa positiva) (FERRAJOLI, 2011b, p. 18).

Para Ferrajoli (2011b, p. 97), os direitos fundamentais se estruturam na forma de uma regra geral que se aplica igualmente a todas as pessoas (universalmente), sendo subtraídos da esfera de disponibilidade política e de disponibilidade do mercado, ou seja, os direitos fundamentais são por sua própria natureza inalienáveis e indisponíveis.

Eles se erguem e se justificam enquanto lei do mais fraco em alternativa à lei do mais forte que vigoraria em sua ausência. São um grito de “nunca mais” e ao mesmo tempo a promessa de um futuro melhor, abundante em cidadania e solidariedade.

O contraponto da democracia foi e sempre será o autoritarismo, porém, em tempos de Operação Lava Jato, ele aperfeiçoou sua linguagem, incrementou suas técnicas e buscou (re)ocupar espaços institucionais, legislativos e burocráticos, que pouco a pouco haviam sido colonizados pela razão jurídica.

Essa (re)ocupação autoritária foi possível em razão de uma política criminal de emergência, que valendo-se de uma retórica de crise ou exceção, buscava reafirmar a razão autoritária no âmbito tanto da legislação quanto das agências do sistema penal. A política de emergência, forte na razão do Estado, articula um discurso de sacrifício dos direitos fundamentais no altar da segurança pública, em função da ideia de que “algo precisa ser feito”.

Como foi visto ao longo desta dissertação, o lavajatismo empregou diversas das táticas próprias à política emergencial, desde o direito penal de exceção, o processo penal de exceção, os maxiprocessos e o *lawfare* político, a fim de consolidar o seu projeto de poder em *terrae brasílis*.

Com a saída do ex-presidente Lula da disputa eleitoral de 2018 e a chegada de Jair Bolsonaro ao maior cargo do executivo federal, o lavajatismo logrou ficar ao lado do poder central. Era a hora de se aprovar uma legislação que coroasse essa política criminal de emergência. Entra em cena, a lei 13.964/2019, também chamada de Lei “Anticrime” por seu idealizador, Sérgio Moro.

O impacto da Lei 13.964/2019, no campo da execução penal, foi algo que não se via desde a redemocratização. As mudanças promovidas pela referida legislação fizeram cambaleiar o já debilitado sistema prisional brasileiro, ao reforçar os aspectos administrativos (inquisitorial e substancialista) da nossa execução penal.

Houveram mudanças no Código Penal, na Lei de Execuções Penais, na Lei de Transferências de Presos para Presídios Federais de Segurança Máxima e na Lei de Organização Criminosa, ou seja, em leis que formam o conjunto do sistema de execução penal brasileiro.

Essas alterações legislativas, em um país como o Brasil, assumem contornos dramáticos, vez que – conforme advertem Ferraz e Joffily (2019, p. 392) – os sistemas penais latino-americanos possuem traços muito singulares, pois “do ponto de vista histórico, não se pode deixar de lado a escravidão, e, antes dela, a conquista, que assumiu a forma de uma empreitada colonial genocida, sobre os povos originários e sobre negros, consolidando o racismo como forma de dominação estrutural que segue até hoje”.

Em suma, o cárcere brasileiro nunca foi visto ou edificado como espaço de (algum) direito. Verdadeiramente, ele é comparável não a “prisões medievais”, como muito se critica (até porque o medievo não concebeu a prisão com as características principais que conhecemos hoje), mas à senzala ou ao navio negreiro, que o Brasil conheceu como poucos países no mundo (FERRAZ, JOFFILY, 2019, p. 395).

O problema que moveu o presente trabalho foi justamente compreender que tensões, epistemológicas e normativas, há entre o garantismo penal, enquanto uma teoria constitucional

que radicaliza a força dos direitos fundamentais e da democracia, e a política criminal de emergência no campo da execução penal, especificamente, durante o período que vai da deflagração da Operação Lava Jato até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019.

Nossa hipótese orientadora, que – ao final – se mostrou provada, era que, no campo epistemológico, enquanto o garantismo aposta numa matriz cognitivista e convencional, a política criminal de emergência, promovida pela Lei 13.964/2019 no âmbito da execução penal, reforça o caráter substancialista e inquisitório do direito penitenciário brasileiro.

De modo que, por meio da técnica de *la legge del piú debole*, isto é, da prevenção não apenas dos injustos crimes, mas também dos injustos castigos, buscou-se contrapor o conceito garantista de democracia ao conceito de autoritarismo; este último, caracterizado pela indulgência com o grande e pela violência contra o pequeno mas, principalmente pelo apagamento do indivíduo e seus direitos fundamentais frente ao Estado ou às necessidades de ordem e segurança pública.

Nesta senda, foi possível contrapor também garantismo penal e a política de emergência, desde a perspectiva das suas razões orientadoras: a jurídica como vetor da primeira e a de Estado como vetor da segunda. Isso porque, a emergência, nas palavras de Levitsky e Ziblat (2018, p. 96), constitui a legitimação conjuntural do próprio autoritarismo.

No campo normativo, a hipótese orientadora do trabalho, também confirmada, caminhava no sentido de que as observações de Ferrajoli (2010, p. 310) a respeito do tempo de cumprimento das sanções punitivas e às leis estruturadas à partir de um perfil inquisitorial, correicionalista e emergencial, serviriam como um forte instrumento de crítica às mudanças causadas pela Lei 13.964/2019 no sistema de execução penal.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que a crítica de *lege ferenda* do garantismo é capaz de apontar as invalidades do modelo emergencial lavajatista na seara da execução penal, é também responsável por ofertar um conjunto de alternativas concretas ao *design* legal que atualmente disciplina o direito penitenciário nacional. Trata-se da denominada política criminal minimalista, orientada, igualmente por *la legge del piú debole*.

Esse arcabouço crítico, nos permitiu, inclusive, concluir que o terreno da execução penal constitui um dos espaços mais privilegiados para ocorrência de tensões entre o garantismo e o autoritarismo, tanto a nível epistemológico quanto normativo. Daí porque, entendemos adequado apontar para além da hipótese inicial, uma das propostas mais radicais, em relação a pena privativa de liberdade, colocadas à disposição da sociedade pela razão garantista: a abolição do cárcere.

Com efeito, existem (bons) autores que afirmam “poder-se discutir se o panteão garantista não é o mais insurgente dos discursos conservadores ou o mais encastelado e tímido dos discursos progressistas” (DIVAN, 2020, p. 39).

Ousamos discordar dessa afirmação. Concordamos que o garantismo não é uma teoria revolucionária (e nem pretende ser), essa responsabilidade ele delega para a ciência política. Porém, não se pode negar a sua filiação como uma das mais radicais teorias do direito (constitucional) e da democracia (substancial) colocadas à disposição da comunidade acadêmica e jurídica.

Portanto, estamos junto com Sales (2021, p. 283) na afirmação de que esse é mais um dos méritos do garantismo, isto é, a capacidade de se perceber para não cair na pior das armadilhas: a de se apresentar como uma teoria salvadora. O propósito garantista é modesto, mas indispensável à manutenção democrática, ou seja, assegurar a validade incondicional dos direitos fundamentais.

Se é possível extrair mais uma singela conclusão a partir do presente trabalho, é a de que a luta contra a política criminal de emergência e seus constructos autoritários – principalmente em relação ao sistema prisional do Brasil – é uma luta em favor da própria democracia, para que esta seja menos violenta, mais inclusiva e generosa. Nisto, o garantismo tem muito a contribuir conosco...

Encerramos, então, da mesma forma que começamos, fazendo referência ao Dr. Dráuzio Varela (2005, p. 07) e sua narrativa sobre o Carandiru. Quando ele ouviu que aquela “cadeia era um lugar povoado de maldade”, lembrou-se que a principal delas era a manutenção da própria cadeia.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABELLAN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. *In*: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2009.
- ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. **Revista Liberdades**, v. 17, p. 24-49, setembro 2014.
- ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. Rio de Janeiro: Editora Jandaíra, 2020.
- ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais**: um relato para a história. Petrópolis: Vozes, 2014.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. **Civitas**, v. 15, n. 1, p. 105-127, jan.-mar. 2015.
- BATISTA, Nilo. **Capítulos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015b.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2015a.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BECHARA, Ana Eliza Liberatore. Discursos de emergência e política criminal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 411-436, 2008.

BOBBIO, Norberto. Ciência Política. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. Política. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2021.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. **Revista de Sociologia e Política**, v. 28, n. 73, p. 01-19, jan. 2020.

CARVALHO, Carlos Alberto; FONSECA, Maria Gislene Carvalho. Violência em acontecimentos políticos: jornalismo e *lawfare* no caso Lula. **Galáxia**, v.1, p. 100-112, out. 2019.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO, Salo. Crítica e contracritica dos movimentos de crítica à dogmática jurídica: ensaio sobre as transições da escola do direito livre e do movimento do direito alternativo em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho. *In*: CARVALHO, Diego *et al.* **Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico**: ensaios críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASARA, Rubens. **Estado pós democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTRO, Giovane André de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Estado de coisas inconstitucional**: a violação de direitos no sistema carcerário brasileiro. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: A “Operação Lava Jato” e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 136, p. 293-319, out. 2017.

CHAUI, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA, Alexandre Araújo. Entre fatos e convicções: análise da sentença do juiz Sérgio Moro que condena o ex-presidente Lula. *In*: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (orgs.). **Comentários a uma sentença anunciada**: o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. Rio de Janeiro: Difel, 2020.

DIVAN, Gabriel. **A revolução permanente**: ensaio crítico sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2020.

DUARTE, Letícia; THE INTERCEPT BRASIL. **Vaza-Jato**: os bastidores das reportagens que sacudiram o Brasil. Rio de Janeiro: Mórula, 2020.

DUARTE, Renata Pacheco. **A escumalha do cárcere: os desafios do garantismo na sociedade desigual brasileira**. Programa de Mestrado em Direito. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, 2017. 250f.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. São Paulo: Boitempo, 2012.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. São Paulo: Ubu, 2020.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2006.

FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário (1920-1940)**. Jorge Zahar: São Paulo, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. **DOXA – Cuadernos del Filosofía del Derecho**, n. 34, p. 15-53, 2011c.

FERRAJOLI, Luigi. Cos'è il garantismo. *Criminalia: annuario di scienze penalistiche*, n. 09, p. 129-141, gen.-dic. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 39, n. 115, p. 301-316, 2006c.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal**. Madrid: Trotta, 2018a.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**. México: Fontamara, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho. **DOXA – Cuadernos del Filosofía del Derecho**, n. 20, p. 235-278, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo penal**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006b.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e Execução Penal. A prisão: uma contradição institucional. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel)**, v. 07, n. 1, p. 07-17, 2021b.

FERRAJOLI, Luigi. Marx y los derechos. **Jueces para La Democracia, Información y Debate**, n. 100, p.163-177, abril 2021a.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, p. 417-464, 2006a.

FERRAJOLI, Luigi. Para um Ministério Público como instituição de garantia. **Revista do Ministério Público**, n. 153, p. 09-27, jan.-mar. 2018b.

FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma constituição da terra? Constitucionalismo para além do Estado**. Florianópolis: Sociedade Científica do Direito: I encontro virtual do CONPEDI, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Madrid: Trotta, 2011a.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b.

FERRAJOLI, Luigi. Trad. Alexandre Salim *et al.* **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011d.

FERRAJOLI, Luigi. Trad. Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *trad.* Perfeto Andrés Ibanez. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004.

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

FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo. Marxismo y cuestión criminal. **Delito Y Sociedad**, año 1, números 4 e 5), p. 59-92, 1993.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; JOFFILY, Tiago. Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao estado penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 152, p. 383-422, fev.2019.

FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura; MACHADO, Erica. Pós-constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 147, p. 27-65, setembro 2018.

FERREIRA, Gustavo. *Copyrighting*: palavras que vendem milhões. São Paulo: Editora DVS, 2018.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral. In: CALARISH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantimos penal integral**: questões e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Anuário brasileiro de segurança pública 2021**. Ano 15. São Paulo, 2021.

FREITAS, Thainá Almeida de. A serendipidade nas interceptações telefônicas e a admissibilidade processual das provas fortuitamente obtidas: a gênese da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 160, p. 177-2018, out. 2019.

FREIXO, Adriano de; PINHEIRO-MACHADO, Rosana. Dias de um futuro (quase esquecido): um país em transe, a democracia em colapso. In: FREIXO, Adriano de; PINHEIRO-MACHADO, Rosana (Orgs.). **Brasil em transe**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. Sistemas processuais clássicos: acusatório, inquisitório e adversarial. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Org. Sistemas processuais penais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

GIANTURCO, Adriano. **A ciência da política**: uma introdução. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2018.

GIOSTRA, Glauco. **Primeira lição sobre a justiça penal**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

GONZÁLEZ-VALERIO, María Antonia. Tradición. *In*: BEUCHOT, Mauricio; ARENAS-DOLZ, Francisco (dir.). **10 palabras clave en hermenéutica filosófica**. España: Verbo Divino, 2006.

GRESPLAN, Jorge. **Revolução francesa e iluminismo**. São Paulo: Editora Contexto, 2008.

INOSA, Ludovico. Populismo. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

IPPOLITO, Dario. *Itinerari del garantismo*. **Revista Videre**, Dourados, MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011a.

IPPOLITO, Dario. *Lo spirito del garantismo: Montesquieu e il potere di punire*. Roma: Donzelli Editori, 2016.

IPPOLITO, Dario. Tradução Hermes Zaneti Junior. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)**, vol. 3, p. 34-41, jan-jun. 2011b.

KARAM, Maria Lúcia. **A “esquerda punitiva”**: 25 anos depois. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

KERCHE, Fábio. Ministério Público, Lava Jato e Mãos Limpas: uma abordagem institucional. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 105, p. 255-286, 2018.

KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus**: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

KROPOTKIN, Piotr. **A lei e a autoridade**. São Paulo: Barricada Libertária, 2011.

KROPOTKIN, Piotr. **As prisões**. São Paulo: Barricada Libertária, 2012.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e o direito de defesa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 159, p. 45-67, jan.-set. 2019.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. A verdade como ferramenta de investigação criminal à luz do garantismo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 952, p. 265-293, 2015.

MALVASIO, Daniela Ruschel. **A execução provisória da pena sob o prisma do narrativismo jurídico jurisprudencial: entre o garantismo e o direito penal do inimigo**. Programa de Mestrado em Direito. Dissertação. Faculdade Meridional, Distrito Federal, 2017. 170f.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS, Carla Benitez. Permanências estruturais e ausência de ruptura na política criminal e de segurança nos governos do Partido dos Trabalhadores (2003-2016). **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 01, p. 548-579, jan. 2021.

MATOS, Erica do Amaral. Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 161, p. 227-248, nov. 2019.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *mani polite*. **Revista CEJ: Conselho da Justiça Federal**, n. 26, p. 56-62, jul.-set. 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **Contra o sistema da corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2021.

MUSSOLINI, Benito. **Fascismo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

NEDER, Gizlene. Sentimentos e ideias jurídicas no Brasil: pena de morte e degredo em dois tempos. *In*: NETO, Flávio de Sá; MAIA, Clarissa Nunes; COSTA, Marcos Paulo Pedrosa; BRETAS, Marcos Luiz. **História das prisões no Brasil I**. Brasil: Editora Rocco, 2019.

O'LEARY, Zina. **Como fazer seu projeto de pesquisa: guia prático**. Petrópolis: Vozes, 2019.

OTAVIANO, Luiz Renato Telles. **Eficiência e garantismo no procedimento da execução penal**. Programa de Mestrado. Dissertação. Centro Universitário de Toledo, Araçatuba, 2007. 258f.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Fascismo**. São Paulo: Boitempo, 2020.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAIM, Antônio. Introdução: Oliveira Viana e o pensamento autoritário no Brasil. *In*: VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 2019.

PASTANA, Débora. Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo. *Civitas*, v. 13, n. 1, p. 27-47, jan.-abr. 2013.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo, Giardin. **Bandidolatria e democídio: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil**. São Luís: Livraria Resistencia Cultural, 2017.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *O Dress Code do Garantismo Penal. A Leitura* (Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará), v.8, n. 13, p. 77-84, maio 2018.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PINHO, Ana Cláudia bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. Processo penal autoritário versus processo penal garantista: dois antípodas, uma escolha. *In: MADEIRA; Guilherme et al. Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: volume 1.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

PINHO, Ana Cláudia; SALES, Edvaldo; ALBUQUERQUE, Fernando. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” *Made in Brazil*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)**, n. 26, p. 155-186, jul.-dez. 2019.

PINHO, Ana Cláudia; SALES, José Edvaldo. “Lei anticrime”: uma leitura possível a partir do garantismo jurídico-penal. **Boletim IBCCRIM**, v. 28, n. 331, p. 04-06, jun. 2020.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo**: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 162, p. 145-170, dez. 2019.

RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. A “administracionalização” da execução penal. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, ano 19, n. 21, p. 270-270, julho 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSSETTO, Patrícia Carraro. A campanha “dez medidas contra a corrupção” e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 147, p. 685-743, set. 2018.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

RUSSEL, Bertrand. *Trad.* Laura Alves e Aurélio Rabello. **História do pensamento ocidental**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

SALES, José Edvaldo Pereira. **Autoritarismo e garantismo; tensões na tradição brasileira**. São Paulo: Editora Tirant lo Blanch, 2021.

SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y garantismo. *In*: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2009.

SANTORO, Antonio E. R.; CYRILLO, Carolina. As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: o discurso político punitivo anticorrupção na instituição de garantias. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 6, n. 3, p. 1271-1300, set.-dez. 2020.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; DAMASCENO, Adriano Antunes; CYRILLO, Carolina, *et al.* (Org.). **Maxiprocessos como instrumentos de Lawfare político: estudos sobre a investigação e a colaboração premiada na Operação Lava-Jato**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Law fare brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTURBANO, Andrea. Um olhar oblíquo sobre crônica e sociedade: micronarrativas nos anos de chumbo na Itália. **Fênix – Revista de História e Estudos Culturais**, v. 18, n. 1, ano 18, p. 60-81, jan.-jun. 2021.

SANZ MULAS, Nieves. **Manual de Política Criminal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

SCHIERA, Pierangelo. Estado de Polícia. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça: Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

SOUZA, Leonardo Giardin. Garantismo penal: o cavalo de troia do sistema de justiça criminal brasileiro. **Revista do Ministério Público Militar**, v. 28, p. 97-124, jan.-jun. 2018.

STOPPINO, Mario. Autoritarismo. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

STOPPINO, Mario. Totalitarismo. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; CARVALHO, Marco Aurélio. Sergio Moro e a lenda do Barão de MÜNCHHAUSEN. *In* STRECK, Lenio Luiz; CARVALHO, Marco Aurélio (Orgs.). **O livro das suspeições: o que fazer quando sabemos que sabemos que Moro era parcial e suspeito**. São Paulo: Grupo Prerrogativas, 2020.

TOMÉ, Semiramys Fernandes. **A mulher e o encarceramento: garantismo penal, ressocialização e assistência educacional no presídio Auri Moura Costa**. Programa de Mestrado. Dissertação. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. 212f.

TORRES, Alberto. **A organização nacional**. São Paulo: Editora Nacional, 1938.

TROTSKY, Leon. Trad. Diego Siqueira e Patrícia Mafra. **História da revolução russa: tomo 2**. São Paulo: Sundermann, 2017.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

VALOIS, Luis carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucionais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

VARELA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

VARGAS RAMOS, Beatriz; DE OLIVEIRA CHAVES, Álvaro G. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 4, n. 1, p. 102–126, 2020.

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 2019.

XAVIER, Adilson. **Storytelling: histórias que deixam marcas**. Rio de Janeiro: Bestseller, 2015.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Doutrina penal nazista**: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.