

DISCURSO PRAGMÁTICO DE RICHARD POSNER NO DIREITO PENAL: A INCOMPATIBILIDADE COM A DEFESA DA LIBERDADE

PRAGMATIC SPEECH BY RICHARD POSNER IN CRIMINAL LAW: INCOMPATIBILITY WITH THE DEFENSE OF FREEDOM

Luise Budde Mior*

Resumo: O presente trabalho aplica o critério da análise das consequências de Richard Posner aos resultados da aplicação de institutos defendidos pelo discurso pragmático ao Direito Penal nos Estados Unidos e no Brasil. O problema da pesquisa é determinar se o discurso pragmático de Posner é compatível com a defesa da liberdade frente ao sistema penal, devido ao fato que Posner se classifica como liberal. O método utilizado é o dedutivo, partindo-se das premissas do encarceramento em massa da população negra. Adotou-se como metodologia o estudo das obras de Richard Posner, bem como os escritos de Sergio Moro sobre direito penal. Após a análise dos discursos, efetua-se análise dos dados do sistema penitenciário americano e brasileiro. O referencial teórico da pesquisa é o da criminologia crítica antirracista. Concluiu-se que o discurso da necessidade de eficiência do sistema penal é uma narrativa que esconde o interesse no encarceramento em massa e o genocídio da população negra, devido ao fato do sistema penal, apesar de ter como um dos fundamentos a igualdade dos cidadãos diante da lei, não atender ao critério pelo sistema penal ser necessariamente seletivo, como a criminologia crítica desvela.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Eficiência. Pragmatismo. Direito Penal. Encarceramento em massa.

Abstract: *The present work applies the criterion of the analysis of the consequences of Richard Posner to the results of the application of institutes defended by the pragmatic discourse to Criminal Law in the United States and Brazil. The problem is to determine whether the pragmatic discourse is consistent with the defense of freedom against the penal system, due to the fact that Posner classifies himself as liberal. The deductive method is used, based on the premises of mass incarceration of the black population. The study of Richard Posner's works was adopted as a methodology, as well as Sergio Moro's writings on criminal law. After the analysis of the speeches, data analysis of the American and Brazilian prison system is carried out. The theoretical framework of the research is that of critical anti-racist criminology. It was concluded that the discourse of the need for efficiency of the penal system is a narrative that hides the interest in mass incarceration and the genocide of the black population, due to the fact that the*

*Bacharel em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Curso especialização em Direito Penal e Criminologia do INTROCRIM. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3093473484198616> Email: luise-mior15@tutanota.com

penal system, despite having as one of the fundamentals the equality of citizens before the law, does not act accordingly the criterion because the penal system is necessarily selective, as critical criminology reveals.

Keywords: *Economic Analysis of Law. Efficiency. Pragmatism. Criminal Law. Mass incarceration.*

1. INTRODUÇÃO

O discurso sobre eficiência é amplamente disseminado na sociedade jurídica brasileira, especialmente com relação ao direito penal – que precisaria se tornar mais eficaz, conforme ampla crença. A busca por eficiência é um dos critérios que a Escola da Análise Econômica do Direito sustenta, numa abordagem que traz em seu bojo a filosofia do pragmatismo. A Escola entende que os juízes, ao invés de se dedicarem a interpretar e aplicar a lei, devem focar-se nas consequências das decisões.

A análise das consequências das decisões jurídicas não é indesejável. O ensino do direito no Brasil é alienado, não atendendo as necessidades sociais, como Emerson de Lima Pinto e Giovanna Dias afirmam. Nas palavras dos autores,

Antes do advento da CF/88, o ensino jurídico era focado no estudo da lei, quando a base de sua tradição ainda era a escola positivista clássica (não iremos adentrar na discussão acerca das diferenças entre suas vertentes, nem da continuidade dessa ideia nos dias atuais e dos limites que estão envolvidos nesse debate). A grande questão proposta é o quanto isso produziu de efeitos para o ensino jurídico, que restou direcionado para o estudo da legislação, daquilo que foi positivado pela autoridade legítima, “pouco comprometido com a formação de uma consciência jurídica e do raciocínio jurídico capaz de situar o profissional do Direito com desempenhos eficientes perante as situações sociais emergentes”. Não há novas produções de sentido, como proposto em Gadamer. Há, portanto, a mecanização e reprodução do direito material e formal, conforme alertava Benjamin em sua obra sobre a arte na era de sua reprodutibilidade técnica (PINTO; DIAS, 2018, p. 2-3).

Em outras palavras, os cursos de Direito abordam a legislação, sem construir uma consciência jurídica e de linha de raciocínio jurídico que possibilite ao jurista atuar eficientemente diante das situações sociais que foram contempladas pela Constituição de 1988. Não ocorreram novas produções de sentido desde então, conservou-se a mecanização e reprodução do direito material e formal.

Ainda, a maioria dos bacharéis em direito quer ser aprovado em concursos, e a indústria dos concursos é majoritariamente alienante – com questões não baseadas no mundo concreto, mas sim na mente do examinador – como demonstrou a pesquisa do professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito Rio, Fernando Fontainha,

que foi abordada em reportagem de Mariana Tokarnia no portal Empresa Brasil de Comunicação.

Em síntese, a análise dos resultados das decisões judiciais atuais poderia ser muito benéfica para a maioria dos juristas, a fim de entrar em contato com a realidade. Contudo, interpretação não é ciência exata, ou seja, o sentido que se atribui à determinado discurso não é fixo, depende do consenso. Assim, a interpretação da análise econômica do direito varia, como revela a leitura de “Performatividade: o direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito”, de Luana Renostro Heinen.

Por isso decidiu-se analisar o discurso de Richard Posner e Sergio Moro e contrastá-lo com a realidade, a fim de compreender se o discurso é coerente.

2. A TEORIA DE RICHARD POSNER SOBRE DIREITO E LIBERALISMO

Richard Posner é juiz aposentado e professor, além de um dos expoentes da Análise Econômica do Direito (AED), teoria que entende que o direito deve ser analisado pelo viés econômico, tendo como critério a eficiência. Posner é um pragmático. A eficiência seria medida conforme ocorresse maximização da riqueza privada.

Posner escreve em “Para além do Direito” que “os pragmatistas querem um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais” (POSNER, 2009, p. 20). Ele é antiformalista, entendendo que a lei é abstrata e generalista e que não se deve gastar tempo a interpretando. Os juízes deveriam se concentrar na análise das consequências das suas decisões.

O jurista, na obra *“Divergent Paths: the Academy and the Judiciary”* afirma que o realismo/pragmatismo (no sentido leigo), contrapõem-se ao formalismo que predominaria na justiça federal americana. Para Posner, o formalismo interpretaria as normas e precedentes visando obter respostas diretas, para uma questão jurídica efetiva e corrente. Para ele, este entendimento de excesso de valorização da história deveria ser substituída por entendimento pragmático, em que os magistrados, notando as falhas do formalismo, entenderiam a atividade jurídica como questão prática, ao invés de teórica. O pragmatismo cotidiano focaria, portanto, nas consequências de uma ação específica, como Lenio Streck explica:

Realismo ou pragmatismo (em sentido leigo e não filosófico, adverte o autor) aparecem, neste trabalho, em oposição ao formalismo que Posner vê predominar na magistratura federal norte-americana. O formalismo seria, na sua formulação, cem por cento interpretativista, no sentido de tentar extrair, do material jurídico básico revestido de autoridade (leis, precedentes etc.), por meio de cânones interpretativos, respostas objetivas e pretéritas para um problema jurídico concreto e atual. Esta postura – de resto, ingênua – de sobrevalorização do passado deveria ser superada por um postura realista ou pragmática, por meio da qual juízes ou professores, percebendo as inadequações do formalismo, conce-

beriam a atividade jurídica como um problema prático, ao revés de teórico. Assim, o pragmatismo do dia-a-dia (everyday pragmatism) focaria, em primeiro lugar, as consequências de uma determinada ação (STRECK, 2019, p. 7).

Posner se proclama um defensor da liberdade, afirma que a introdução de externalidades meramente mentais na análise econômica pode se transformar em ameaça a liberdade. O juriconsulto afirma que, para ele, a eficiência não tem prioridade sobre a liberdade. Luana Heinen (2012) disserta sobre o pragmatismo de Posner e sua defesa das críticas:

A relação estreita entre pragmatismo e AED pode ser visualizada em Para além do Direito, quando Posner se detém na análise desta conexão. Segundo o jurista, uma crítica muito comum à abordagem econômica como fonte de orientação para as reformas jurídicas é a de que 'os defensores dessa proposta falharam em fundá-la solidamente sobre em alguma das grandes tradições éticas'. Posner responde a essas críticas afirmando que sua proposta de maximização de riquezas possui afinidades tanto com a ética kantiana quanto com a utilitarista, apesar de não ser completamente coerente com esses sistemas éticos. Mas isso não é um problema, porque para o pragmatista não se faz necessário exigir uma grande justificativa moral ou estribar a teoria em bases filosóficas sólidas. Basta à maximização da riqueza, que ela responda aos requisitos pragmático-realistas: seja funcional e útil, sirva ao progresso, ajude a lidar com os problemas do presente e do futuro, apresente resultados práticos empíricos. E, argumenta Posner, a maximização da riqueza responde a esses critérios (HEINEN, 2012, p. 39-40).

Em outras palavras, Posner entende que não é preciso demandar justificção moral ou ligar a teoria a fundamentos filosóficos consolidados. Os requisitos pragmático-realistas são de que a abordagem econômica seja viável e benéfica, colabore ao progresso, auxilie a enfrentar os problemas atuais e do futuro, e dê conclusões práticas. A maximização da riqueza atenderia a estes requisitos, segundo Posner.

Heinen (2012, p. 45) afirma ainda que o liberalismo seria o garantidor da liberdade que quer Posner. O autor é defensor do liberalismo clássico, justificando sua crença de modo pragmático no já mencionado "para além do direito": "Ao criar um vasto campo de atividades privadas invioláveis e facilitar o funcionamento do livre mercado, o liberalismo cria as condições necessárias, segundo nos ensina a experiência, para a liberdade pessoal e a prosperidade econômica" (POSNER, 2009, p. 28).

Ele afirma que compartilha os princípios do liberalismo clássico de John Stuart Mill, expostos em "A liberdade":

Em A liberdade, afirma-se que toda pessoa tem direito à máxima liberdade – tanto pessoal quanto econômica – compatível com a de todos os outros integrantes da sociedade. Nem o Estado nem a opinião pública devem procurar reprimir atos “auto-referenciados”, isto é atos que não causam dano palpável aos outros indivíduos (POSNER, 2009, p. 25).

Declara, ainda, que o liberalismo é a filosofia mais adequada para uma sociedade em que há distintos códigos morais: “o liberalismo pode exigir do Estado que deixe as pessoas em paz” (POSNER, 2009, p. 28). A liberdade, no sentido adotado por Posner, é

[...] dos direitos que o povo tem contra seu governo. Esse direitos devem ser deixados intocados em empreendimentos tais como falar e obter ganhos, apesar de estarem sujeitos a limitações necessárias para evitar a violência, a fraude e outras interferências indesejadas na liberdade de ação das pessoas e para possibilitar a criação de importantes bens públicos, como educação e defesa nacional, almejadas pelas pessoas, mas que o mercado privado não suprirá na quantidade desejada. A questão da liberdade é, assim, um escopo ótimo de governo (POSNER, 2010, p. 297).

Trata-se da liberdade essencialmente liberal no sentido clássico: que o Estado deixe as pessoas viverem tranquilamente. A leitura das obras referidas levantou no entanto a questão: no direito penal, a aplicação do ideal de eficiência assegura a liberdade ou a segurança da sociedade? Para responder esta questão, realizaremos a análise de algumas práticas e características do sistema penal americano. O primeiro a ser analisado é o *plea bargain*.

3. FACETAS RELEVANTES DO SISTEMA PENAL AMERICANO CONTRAPOSTAS AO IDEAL LIBERAL

Um dos institutos mais aplicados no sistema penal americano é o *plea bargain*. Em apertada síntese, o *plea bargain* é o acordo no qual o acusado renuncia ao seu direito ao julgamento, confessando o crime e cumprindo então pena imediata, conforme promotor e acusado acordarem. Existem severas críticas ao instituto, pois questiona-se a voluntariedade do acordo, bem como a chance significativa de inocentes serem condenados, além da justificação pragmática. Posner sustenta que o instituto do *plea bargain* é válido, pois entende que o acordo não é feito se não beneficiar ambas as partes.

Nikolai Olchanowski (2017), em sua dissertação “*Plea bargaining: análise desde a filosofia da pena*”, traduz trecho de Posner em que ele aborda o instituto: “Se um acordo não melhorasse a situação de ambas as partes de um caso penal em comparação a ir a julgamento, uma ou a outra invocaria seu direito ao julgamento; portanto, o acusado penalmente se vê compensado por renunciar às garantias a que ele teria direito em juízo” (POSNER, 2017, p. 872).

Nota-se que o autor não se preocupa que o processo penal diferencie inocentes e culpados. Posner fala claramente que criticar a justiça penal negociada por argumentos morais é evitar a própria lógica dessas práticas.

Esta postura de Posner sustentando que o processo judicial não deve se preocupar com a distinção entre culpados e inocentes, tem como consequência a falta de justificativa para que exista processo criminal, Poder Judiciário, ou ainda Direito Penal, pois para que se puna, o processo não é necessário, como a obra “Na Colônia Penal”, de Franz Kafka, bem registra. Nikolai Olchanowski escreve que:

(...) o que busquei indicar é a necessidade de se pensar a relação entre as práticas de negociação e a relevância da distinção entre culpados e inocentes. Como afirmei, essa distinção é fundamental para a própria configuração de uma concepção de pena. Todas as teorias justificatórias da pena buscam, de uma forma ou de outra, tornar justo tratamento aflictivo conferido aos cidadãos dados como culpados, tratamento este que seria inaceitável se praticado diante de um inocente. Uma prática que fosse capaz de trivializar, ainda que não absolutamente, essa distinção, não seria apenas moralmente questionável, mas retiraria o próprio sentido da pretensão de justificar a atuação da justiça criminal (OLCHANOWSKI, 2017, p. 48).

A prisão de inocentes não pode ser justificada por qualquer argumento. Entretanto, Posner não se importa sobre. Possivelmente ele não se importa pois pelo que se percebe dos seus escritos e manifestações, ele ignora a divisão em grupos que a sociedade faz – ele não percebe que para população não branca, o sistema penal é severo, e que seu grupo social – homens brancos ricos – tem maior leniência por parte do poder judiciário. Mas continuemos com a análise do sistema penal americano.

Michelle Alexander anota que a questão ganha relevo ainda maior porque para além do envio de inocentes para a prisão, o encarceramento tem consequências drásticas mesmo após o término: há um regime de discriminação legalizada à egressos do sistema prisional, que reestabelece o regime do Jim Crow, leis segregacionistas que colocaram a população negra em um “universo social paralelo, no qual os direitos civis e humanos básicos garantidos às demais pessoas não se aplicam a eles” (ALEXANDER, 2017, p. 20). Alexander registra que os EUA têm a maior população penitenciária do globo, com mais de 2 milhões de presos. Um quarto da população presa no globo é dos Estados Unidos, enquanto este país tem menos de 5% da população mundial.

O ex-Procurador Geral dos Estados Unidos, Eric Holder – em discurso de 2013, em encontro anual da *American Bar Association* (a Ordem dos Advogados dos EUA) – afirmou que em 2010 os EUA gastaram 80 bilhões de dólares com encarceramento. É uma indústria bilionária portanto. Devido ao racismo estrutural do sistema de justiça criminal, este dinheiro é despendido com determinados grupos, no caso, negros e latinos pobres. A pesquisa de Jed S. Rakoff, mencionada no discurso de Holder e publicada no livro “*Mass Incarceration: The Silence of the Judges*”, revela que 40% da

população carcerária americana é composta de homens negros e 20% de homens hispânicos, e acusados negros recebem sentenças que, em média, são 20% mais longas do que aquelas impostas aos brancos, devido às diferenças de ofertas dos promotores para réus negros ou brancos no *plea bargain*.

O trabalho do “*The Sentencing project*” desvela que 67% da população carcerária é não-branca, enquanto esta população é 37% da população americana. As sentenças mandatórias mínimas, o preconceito racial implícito e desigualdade socioeconômica contribuem para disparidades raciais em todos os níveis do sistema de justiça criminal. Homens negros têm seis vezes mais chance de serem presos comparados a homens brancos. Homens hispânicos têm mais de duas vezes mais chance de serem presos comparados a homens brancos não-hispânicos.

Outra característica do sistema penal americano é o da privatização das penitenciárias. Tal modalidade de gestão prisional é justificada alegando-se menores custos estatais, além do maior respeito aos direitos dos presos. Não há registros de Richard Posner posicionando-se sobre essa gestão privada. O ex-diretor do Departamento de Correções de Oklahoma, Justin Jones, escreveu em artigo no site da União Americana das Liberdades Cívicas (*ACLU – American Civil Liberties Union*), que o sistema de prisões com fins lucrativos só tem um objetivo: o lucro. E ninguém se importa com o interesse público, com a segurança da população, nem com a legalidade ou a Justiça. Não é necessário pensar muito para concluir o acerto de tal afirmação, pois empresa privada almeja lucro – e em caso de prisão, superencarceramento seria interessante então para a empresa, pois garantiria maior lucro. Já houve escândalos em que juízes eram pagos por empresas prisionais para que condenasse, como relatado no documentário “Crianças por dinheiro” (MELO, 2014). Assim, os argumentos dos defensores da privatização não respondem essa crítica. Além disso, a economia não se verifica, pois os acordos entre os tribunais e as empresas determinam que se as vagas não são preenchidas, o tribunal tem que pagar de qualquer modo o valor da vaga, como Justin Jones escreve.

Após a análise destas questões relevantes do sistema penal americano, avançamos para o discurso de Sergio Moro e comparação com realidade brasileira.

4. A ARGUMENTAÇÃO PRAGMÁTICA DE SERGIO MORO SOBRE DIREITO PENAL E VIOLÊNCIA NO BRASIL

No Brasil, a Análise Econômica do Direito penetrou na mentalidade jurídica, como Luana Heinen (2016) afirma na tese “Performatividade: o direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito”. Ela explica que “na perspectiva da AED multas altas e longo tempo para as penas de prisão podem reduzir o cometimento de crimes, a negligência que causa danos e também danos ambientais causados por empreendimentos, por exemplo” (HEINEN, 2016, p. 77). A autora registra ainda que a Análise Econômica do Direito é conhecida em diversos programas de pós-graduação e é citada ocasionalmente por membros do Poder Judiciário. Além destes fatos, também influenciou a Reforma do Judiciário, como Rafael Zanatta (2010) aborda em sua obra “Direito, Economia e Desenvolvimento: influência do Banco Mundial nas recentes reformas do judiciário brasileiro”. O raciocínio pragmático, sustentando a necessidade de ensino prático, não teórico, faz parte do senso comum dos juristas

brasileiros. Como Rafael Tomaz de Oliveira escreve no artigo “O persistente dilema Teoria versus Prática no Direito”:

No que tange ao Direito e, mais especificamente, ao seu ensino, não deixa de ser instigante o fato de estarmos sempre às voltas com essa diferenciação. Na verdade, o que acontece na grande maioria dos casos não é pensar a diferença que existe entre esses dois modos de se relacionar com o conhecimento — no caso o conhecimento do Direito — mas, sim, a afirmação de uma dicotomia que coloca em polos opostos, incomunicáveis até, a teoria do direito e as práticas jurídicas. Não faltam vozes para afirmar, por exemplo, que “o direito se aprende na prática”. Um jargão que pode ser ouvido da boca tanto de estudantes quanto de professores (OLIVEIRA, 2012, p. 2).

Em outras palavras, Oliveira anota que a divisão entre teoria e prática no Direito brasileiro atinge um nível de separação que parecem ser conjuntos disjuntos, sem pontos em comum. Tanto docentes quanto estudantes repetem o slogan “o direito se aprende na prática”.

Sergio Moro, ex-juiz e ex-Ministro da Justiça, não está fora desta linha de raciocínio, como revela o estudo da Exposição de Motivos do projeto de lei “anticrime” e do artigo sobre a operação italiana Mãos Limpas, de 2004. Ao lançar o Projeto de Lei (PL) 882/2019, o “Pacote Anticrime”, ele afirmou que o pacote visava “produzir efeitos práticos, e não a agradar professores de Direito Penal” (IBCCRIM, p. 1). Da leitura do PL, o que se nota é que o ex-juiz não cita doutrinadores, mas meras notícias — as suas afirmações são suas crenças escritas, não sendo necessário estudar pesquisas sobre encarceramento, processo penal, ou Constituição. Há argumentos retóricos sobre a situação da sociedade brasileira frente aos crimes, e a necessidade de alterações na lei para tornar o sistema penal eficaz. No artigo de 2004, ele cita uma pesquisa acadêmica: a tese de Ela Wiecko de Castilho, que aponta a ineficiência da lei nº 7.492. A Lei referida aborda os crimes contra o sistema financeiro nacional.

Moro só cita a pesquisa para afirmar a impunidade e justificar então a necessidade do Judiciário combatê-la. No artigo de 2004 ele defende as práticas da operação italiana, que inspiraram sua atuação na Operação Lava-Jato. O jurista afirma que havia poucos casos de delações premiadas no Brasil até então devido pelo menos em parte à ineficiência do Poder Judiciário na atuação criminal. O investigado não teria motivo para colaborar se haveria pouca chance de que fosse condenado.

O ex-Ministro ainda defende a publicidade seletiva do processo judicial, argumentando que a divulgação das delações premiadas deixou os investigados em estado defensivo, além de estimular a aprovação da sociedade às ações, o que dificultava aos políticos terem formas de reação ou apoio. A possibilidade da difamação de inocentes seria evitável pelo cuidado que as autoridades judiciais teriam nos vazamentos, não sendo para ele cabível a sua proibição, pois os fins (resultados da divulgação) legitimavam os meios (vazamentos).

Nas considerações finais, o juriconsulto argumenta ainda que:

Há ainda registro de que, após a operação manípulite, vários contratos públicos teriam sido concedidos com preços 50% menores do que nos anos anteriores. A ação judicial isolada tem como efeito apenas incrementar os riscos da corrupção, evidenciando as consequências caso ela seja descoberta. Uma ação judicial bastante eficaz, como foi o caso, pode no máximo interromper o ciclo ascendente da corrupção. Não obstante, não é crível que, por si só, possa eliminá-la, especialmente se não forem atacadas as suas causas estruturais. No caso italiano: a influência do crime organizado, o clientelismo, a lentidão exasperada, atrasos injustificados, a complexidade normativa e o processo pantanoso – em outras palavras, os componentes da ineficiência estrutural da atividade pública, continuam a estar presentes. Reformas mais profundas são necessárias para prevenir, assim que a tempestade passar, que o mercado da corrupção se expanda novamente (MORO, 2004, p. 5).

Ele advoga que a operação teria tido como resultado a redução dos gastos em contratos, comparados aos anteriores, o que é argumento pragmático que ele também adotou na Operação Lava-Jato: o retorno para a União de quantia de dinheiro dos acordos de delação. O ex-juiz ainda afirma que se as causas da corrupção não forem tratadas, ela se expandirá. Nota-se que as causas são devido à “ineficiência estrutural da atividade pública” – que foi também o argumento sobre a lava-jato, de que o sistema brasileiro perpetuaria a impunidade.

O ex-Ministro ainda escreve que:

Talvez a lição mais importante de todo o episódio seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia. É esta quem define os limites e as possibilidades da ação judicial. Enquanto ela contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados. Se isso não ocorrer, dificilmente encontrará êxito. Por certo, a opinião pública favorável também demanda que a ação judicial alcance bons resultados. Somente investigações e ações exitosas podem angariá-la. Daí também o risco de divulgação prematura de informações acerca de investigações criminais. Caso as suspeitas não se confirmem, a credibilidade do órgão judicial pode ser abalada. Além disso, a ação judicial não pode substituir a democracia no combate à corrupção. É a opinião pública esclarecida que pode, pelos meios institucionais próprios, atacar as causas estruturais da corrupção. Ademais, a punição judicial de agentes públicos corruptos é sempre difícil, se não por outros motivos, então pela carga de prova exigida para alcançar a condenação em processo criminal. Nessa perspectiva, a opinião pública pode constituir um salutar substitutivo, tendo condições

melhores de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo (MORO, 2004, p. 6).

Moro sustenta que ação judicial contra corrupção só se torna eficaz com apoio da sociedade, que também exige a condenação. Por isso que há riscos no vazamento antecipado de informações sobre investigações, pois se as informações não se confirmarem, o juiz pode perder crédito. Ele ainda afirma que a sanção de agentes públicos corruptos é difícil pela carga probatória demandada para condenação.

Ao voltar-se ao Brasil, o jurista argumenta que o país tem muitas semelhanças com a Itália: impopularidade de políticos, corrupção sistêmica, e poder judiciário independente, embora tribunais superiores protejam a impunidade. No seu entendimento, o principal problema seria a leniência do judiciário com a corrupção, pois haveria mais rigor contra “pequeno traficante de entorpecente” do que contra acusados por crimes de “colarinho branco”, enquanto este causaria danos milionários a sociedade. O ex-juiz faz uma interpretação restrita do princípio da presunção de inocência, entendendo que se houve sentença condenatória, que demandaria carga probatória elevada, seria possível a decretação da prisão, “especialmente em casos de grande magnitude e nos quais não tenha havido a devolução do dinheiro público, máxime em país de recursos escassos”. Ainda reclama que a prisão de sentença como pena demanda tantos requisitos quanto prisão cautelar, o que tornaria como regra a apelação em liberdade.

Moro apresenta sua interpretação do sistema penal brasileiro, sustentando em síntese que 1) o princípio da presunção de inocência do inciso cinquenta e sete do artigo quinto da Constituição da República, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), teria diversas interpretações e 2) a eficácia do Poder Judiciário contra os crimes de colarinho branco é questionável. O ex-juiz alega que a população percebe a questão da histórica impunidade dos ricos no Sistema Judiciário, e por isso foi proposta a Reforma do Judiciário – que visou aumentar a eficiência do Poder Judiciário, como a previsão do instituto da Súmula Vinculante exemplifica. Luana Heinen disserta sobre a influência da Análise Econômica do Direito na Reforma, fundamentada no livro de Zanatta: há documentos do Banco Mundial que preveem alguns dos aspectos da Emenda Constitucional nº 45 – a eficiência, o controle do Judiciário e o treinamento de juizes, bem como a Súmula Vinculante, que deveria assegurar previsibilidade das decisões judiciais, uma vez que obrigaria os juizes da primeira instância (Gilberto Morbach escreve que no Brasil o ideal de previsibilidade das decisões judiciais está longe de ser alcançado – hipóteses para tal fenômeno ultrapassam o escopo do presente trabalho).

Em outras palavras, haveria interesse de que o Poder Judiciário fosse eficaz, aumentando a riqueza, bem como controlado e previsível. Os objetivos do ex-Ministro são consoantes com tal linha de raciocínio. Moro ainda sustenta que sem ação judicial eficaz, a corrupção se espalharia – o que demonstra a crença dele no caráter salvacionista do Poder Judiciário, bem como no caráter dissuasório da pena.

Outro texto que desvela a mentalidade do jurisconsulto é a exposição de moti-

vos do projeto de lei “anticrime”, de autoria dele, de 2019. O ex-juiz afirma o estado de insegurança que a população vive devido à violência urbana, além de rebeliões de presos, e afirma a incapacidade da legislação atual ser eficaz. Percebe-se que ele cita frequentemente a violência urbana, que ameaçaria a sociedade. Nas suas palavras:

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. (...) 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 impostas (BRASIL, 2019, p. 20).

A criminalidade ameaçaria drasticamente a segurança pública, sendo necessárias mudanças. Moro escreve que o projeto é necessário devido à realidade atual, tornando mais rápidas as ações penais, bem como aumentando eficácia das execuções de penas.

Ele defende ainda que a aceleração é necessária para que atenda-se ao direito a julgamento em tempo razoável, “evidenciando a existência de um Estado que seja, a um só tempo, eficiente e respeite a garantia constitucional do devido processo penal.”

O juriconsulto sustenta ainda que o projeto não demandará gastos elevados por parte do Poder Público, pois

O impacto econômico fica restrito às alterações das Leis nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003 e 12.037, de 1º de outubro de 2009, com a criação do Banco Nacional de Perfis Balísticos e do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. No entanto, segundo informação do Coordenador-Geral de Orçamento e Finanças da Diretoria de Administração da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Segurança Pública em nota técnica, há adequação orçamentária e financeira que suportem tais iniciativas (BRASIL, 2019, p. 21).

A primeira proposta do projeto de lei é o da adição de mais um mecanismo de exclusão de ilicitude, que é aplicada para policiais, sendo que o ex-juiz argumentou que os integrantes da força pública viveriam sempre sob ameaça, sendo corriqueiro que não possa “distinguir pessoas de bem dos meliantes”, devendo portanto serem protegidos.

Ainda sobre ação policial, o ex-Ministro justifica a expansão da legítima defesa para casos preventivos, se houver risco iminente a direito próprio ou a outro. Nota-se novamente a crença de que os policiais seriam muito limitados pela legislação, sendo

necessário expandir as possibilidades legais de atuação.

A seguir, o jurista defende a obrigatoriedade do regime fechado, em casos de reincidência, crimes contra a administração pública e roubo. Percebe-se a crença enraizada do ex-juiz da necessidade de regime mais gravoso, pois “porque é necessário dar-se tratamento mais severo e realista a situações específicas, ou seja, não é razoável que sejam tratadas como os demais delitos.” Haveriam crimes mais graves, que demandariam punição mais dura.

Adiante, o ex-Ministro apresenta a expansão da justiça negociada também com argumentos pragmáticos: seria inevitável, devido às dimensões continentais do País, e pelo excesso de crimes. Ele argumenta que:

O art. 28-A. amplia a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves (BRASIL, 2019, p. 23).

No caso, este artigo trata do acordo de não-persecução penal, pelo qual o Ministério Público não apresenta denúncia. O acordo de não-persecução penal tem viés desencarcerador, do mesmo modo que as possibilidades mencionadas da Lei nº 9.099. Nota-se que menciona-se a ideia de deixar o tempo do Poder Judiciário para tratar dos “crimes mais graves”.

A seguir Moro apresenta mais um instituto de justiça penal negociada, que se assemelha ao *plea bargaining*¹, sem mencionar o nome.

O art. 395-A. aumenta as hipóteses e disciplina a prática de acordos que poderão ser requeridos pelo Ministério Público ou pelo querelante e o acusado, assistido por seu defensor. A situação aqui é diferente da justificada para o art. 28-A., porque pressupõe a existência de denúncia já recebida. No mérito, valem os argumentos lá mencionados, ressaltando-se que, homologada a concordância, a pena será aplicada de pronto (BRASIL, 2019, p. 24).

Posteriormente, o ex-juiz aborda a proposta para dificultar a progressão de regi-

¹As críticas ao instituto do *plea bargaining* já foram apresentadas, remete-se ao tópico “facetas relevantes do sistema penal americano

me em caso de crimes hediondos:

Incluem-se, no art. 2º da referida lei, os parágrafos 5º, 6º e 7º, que dificultam a progressão de regime e as saídas temporárias em determinadas situações. O agravamento das condições é diretamente proporcional à gravidade dos crimes hediondos. Caso tenha ocorrido morte da vítima, a progressão dependerá do cumprimento de três quintos da pena. Trata-se de necessidade premente, qual seja, enrijecer a sanção nos crimes graves de maior gravidade (BRASIL, 2019, p. 26).

Ou seja, o ex-Ministro almeja aumentar o tempo que pessoas condenadas por crimes hediondos permaneçam no regime fechado, para piorar a punição “nos crimes graves de maior gravidade”. Sobre a lei das organizações criminosas, o juriconsulto defende a reorganização da distribuição dos presos, visando desarticular as facções criminosas, com o envio dos líderes para presídios de segurança máxima. A justificativa argumenta:

Coerente com esta meta, o art. 2º estabelece que seus líderes ou os que disponham de armas iniciem o cumprimento em presídios de segurança máxima, e que os condenados quando se reconheça o vínculo com tais organizações, não possam progredir de regime. Os primeiros, para que se vejam impedidos de continuar, dentro do estabelecimento carcerário, a conduzir a ação de seus grupos. Os segundos, já condenados e cumprindo pena, para que se sintam desestimulados a manter vínculo, com as organizações criminosas, visto que estarão impedidos de receber os benefícios (BRASIL, 2019, p. 31).

Em outras palavras, ele pensa que os líderes das facções criminosas são insubstituíveis, e por isso bastaria enviá-los para presídios de segurança máxima, evitando-se assim comunicação. Moro entende ainda que impedindo a progressão de regime, os presos relacionados às organizações criminosas seriam desestimulados a manterem conexão, pois assim não mais receberiam os benefícios.

5. ALGUNS ELEMENTOS DA SITUAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DIREITO PENAL E VIOLÊNCIA

Dedica-se agora espaço para analisar o discurso e nuances da realidade brasileira.

Como nenhum discurso é neutro, explica-se alguns dos pressupostos da criminologia crítica antirracista.

A criminologia crítica analisa o caráter ideológico por detrás da etiqueta ‘criminoso’ e ‘crime’, bem como a seletividade e propósito real do direito penal, como Zaffaro-

ni explana em “Em busca das garantias perdidas”.

Flavio Antônio da Cruz explica que:

Cumpra apenas registrar, brevemente, que a Criminologia Crítica, ou também Criminologia Radical (como preferiu o Prof. Juarez Cirino dos Santos), ensejou verdadeira ruptura com o modelo epistemológico que vigorava na criminologia de cariz positivista. Ao invés de se preocupar com as causas do comportamento desviante, colocou em debate o próprio conceito de desvio (CRUZ, 2016a, p. 2).

Em outras palavras, a criminologia crítica não se ocupou com as razões da prática de atos criminalizados, mas sim com o conceito de criminalização. Cruz escreve que a criminologia crítica surgiu com as crises da década de 1960 (Revolução Cubana, movimento hippie por exemplo), bem como mudança do entendimento da realidade social. Nas suas palavras:

(...) essa evolução teve origem nas crises dos anos 1960, [junto da mudança para] (...) a concepção fenomenológica da realidade social, reconhecida como uma construção, com destaque para as obras de Peter Berger e Thomas Luckmann (A construção social da realidade). Isso ensejava significativa mudança de foco: a realidade social não é dada. Também depende da interação, do conjunto de relações entre vários indivíduos. (...) Isso implicava a consequência de que não há uma categoria apriorística, que se possa chamar de ‘desvio’. Há comportamentos que são adjetivados como desviados, tudo a depender do contexto e também das pessoas envolvidas. (...) Isso também resgatou, de algum modo, a concepção de ideologia (CRUZ, 2016a, p. 2).

Em síntese, a situação das sociedades não é determinada por si só, dependendo da interação, do conjunto de relações entre as pessoas. Assim, não existe o crime em si, é uma caracterização que as pessoas atribuem. A ideologia influencia no entendimento do crime. Esta compreensão é fundamental para analisar a questão criminal.

Ana Luiza Pinheiro Flauzina escreve que a criminologia crítica expõe ainda a diferença assombrosa (chamada de cifra oculta) entre a quantidade de crimes ocorridos e os que são cadastrados oficialmente nos inquéritos policiais. Dentre os inúmeros inquéritos policiais, uma porcentagem ínfima resulta em denúncia. Portanto, os crimes se dissolvem dentro do sistema penal. Devido a esta seleção, tem-se como consequência que o sistema penal nunca pode ser igualitário, seletividade é necessária, devido aos limites humanos e de recursos. Como Zaffaroni explica:

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circuns-

tância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado (ZAFFARONI, 2001, p. 26).

Ou seja, caso o Estado multiplicasse sua capacidade de trabalho, contratando muitas mais pessoas, teria como resultado indesejado a criminalização de praticamente todas as pessoas por múltiplos crimes.

Pinheiro explica ainda que:

E mais, com o número ínfimo de delitos que é realmente capaz de administrar (de acordo com Alessandro Baratta seguramente algo inferior a 10%), podemos concluir que a impunidade e não a criminalização orienta a lógica de funcionamento do sistema (FLAUZINA, 2006, p. 24).

Portanto, a impunidade, tão criticada por Moro, é inevitável. Crimes são praticados a todo momento, o sistema seleciona quem será a pessoa atingida. O que leva a outra conclusão da criminologia crítica: o sistema penal não se preocupa com a gravidade das condutas, mas sim com as pessoas que deseja atingir. Para Zaffaroni, é a população mais vulnerável – que no Brasil se entrelaça com população negra.

Ana Flauzina anota que a violência policial aplica-se majoritariamente à população negra, seja pelo famigerado termo “conduta suspeita”, seja pelo encarceramento em massa, seja pelo genocídio. Entretanto, a criminologia crítica tem viés focado na questão de classe, que mesmo sendo relevante, não é o único critério que seleciona quem será criminalizado. Nas suas palavras:

(...) a clientela do sistema penal está originalmente conformada pelo racismo, que aparece como a grande âncora da seletividade. Dizer que o sistema age preferencialmente sobre os negros, que os prefere, portanto, significa dizer – como acompanhamos no decurso do processo histórico – que esse é um aparelho formado, num primeiro plano, para as pessoas negras e que, consequentemente, para além das questões de classe subjacentes terá seu alvo principal centrado em sua corporalidade (FLAUZINA, 2006, p. 126).

Em outras palavras, o sistema penal brasileiro é direcionado na gênese para atin-

gir a população negra, o que não significa que apenas pessoas negras são presas, mas há preferência.

Assim, a análise da atuação do sistema penal neste trabalho parte do pressuposto que a violência estatal se direciona brutalmente para população negra e pobre, enquanto homens brancos ricos não são mortos pela polícia, e recebem leniência por parte do restante do sistema penal – como Raoni Vieira Gomes escreve.

Retornando ao discurso de Sergio Moro, nota-se o discurso sem fundamentos para além das suas afirmações, bem como a insistência da necessidade do sistema penal ser efetivo. A única referência acadêmica no seu artigo é a tese já referida de Ela Wiecko de Castilho, que explica que a impunidade dos crimes contra o sistema financeiro nacional não se deve pela atuação do Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia Federal, mas sim por outros órgãos estatais. Nas palavras da autora, que adotou a criminologia crítica como marco teórico:

No âmbito investigado, verifica-se que é o Banco Central quem decide, fundamentalmente, quais são os fatos que geram prejuízo ao sistema financeiro e que pessoas deverão se submeter à repressão penal. A seleção básica é feita mediante o uso de parâmetros pouco transparentes e dificilmente questionáveis em face do sigilo bancário. A quantificação e a qualificação das condutas excluídas é impossível. Mas, por alguns exemplos indicados, pode-se inferir que a filtragem é generosa. O que resta é muito pouco: uma média de 76 casos por ano em todo o Brasil.

Em outros setores da criminalidade econômica, há indícios também que essa tarefa não é conduzida pela Polícia ou pelo Ministério Público, mas por outros órgãos da administração. Os resultados apurados provavelmente serão semelhantes se forem tomadas como ponto de partida as comunicações da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Receita Federal e do Tribunal de Contas da União. A seleção básica da criminalidade econômica é definida por esses órgãos do controle jurídico-formal. Eles definem a política de seleção e exclusão, mas sua importância fundamental não é percebida pelo conjunto da sociedade.

Os mecanismos que determinam a imunidade e a impunidade não estão, portanto, nos clássicos órgãos da repressão penal: Polícia, Ministério Público e Judiciário. Os mecanismos da seleção realizada pelo Banco Central são: (a) a falta de fiscalização ou fiscalização ineficiente das instituições financeiras que leva a não constatação de infrações; (b) a demora ou ausência na comunicação das infrações constatadas e a forma deficiente de encaminhar as comunicações; (c) o acordo com o infrator. Todos esses mecanismos estão vinculados à discussão dos temas da função, autonomia e da independência do Banco Central (CASTILHO, 1996, p. 223).

Em síntese, Castilho explica que o Banco Central é o principal responsável por determinar as condutas que lesam o sistema financeiro nacional, e conseqüentemente, quais pessoas serão submetidas à persecução penal. Devido ao sigilo bancário, é impossível ter visão aprofundada dos critérios, só se tem os resultados: a filtragem resulta em média de meros 76 casos por ano em todo o Brasil. A triagem básica dos crimes econômicos também é controlada por outros órgãos estatais: Comissão de Valores Mobiliários (CVM), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Receita Federal e do Tribunal de Contas da União. Eles determinam a política de escolha e exclusão, mas sua relevância não é notada pelo conjunto da sociedade. Por fim, ela explica os mecanismos que resultam no baixo patamar de casos relacionados: ora a fiscalização falha; ora se atrasam a comunicação ou não se comunicam as infrações; ou por fim, celebra-se acordo com o infrator. Conforme os entendimentos da criminologia crítica, não são surpreendentes tais resultados, pois os crimes contra o sistema financeiro são cometidos por pessoas ricas – que são homens brancos quase sempre. Assim, este tipo de crime não é prioritário para o sistema penal.

Ao se ler o projeto anticrime, repete-se que a criminalidade ameaça a sociedade e o Estado, e que as forças policiais precisam de maior proteção para poderem agir eficazmente. Por isso, a primeira proposta é a de estabelecer mais uma modalidade de exclusão de ilicitude, no caso para policiais, que viveriam sob ameaça e não poderiam sempre diferenciar “cidadão de bem de meliantes”, devendo ser atribuída proteção legal para que agissem sem medo de serem processados. Moro afirma sem fundamentos que polícia teria razão para se preocupar com processo penal, sendo que existem pesquisas e estudos que indicam justamente o contrário, ou seja, que a violência policial é tragicamente comum – como os anuários do Fórum Brasileiro de Segurança Pública revelam –, bem como os policiais dificilmente são julgados. A tese de Orlando Zaccone revela o porquê de violência policial ser dificilmente denunciada: a vítima geralmente é o jovem negro nas periferias das cidades, sendo portanto encarado como legítimo o homicídio por parte dos integrantes do Ministério Público. Curiosamente, para defender esta medida, o ex-Ministro não cita sentimento popular para legitimar a mudança – como fez ao falar da impunidade em caso de crimes de corrupção – provavelmente porque no caso a opinião pública não estava a seu favor: pesquisa Datafolha de 2019 noticiada em reportagem da Rede Brasil Atual mostra que os brasileiros sentem mais medo que confiança na polícia. A pesquisa revelou que 51% dos entrevistados afirmam insegurança em relação à atuação das forças policiais, enquanto 47% dizem confiar na instituição. O grupo que mais confia na polícia é, como se espera, homens (52%), pessoas de cor branca (51%) e com renda superior a 10 salários mínimos (58%), enquanto os que mais desconfiam são as mulheres (55%), jovens de 16 e 24 anos (53%), pessoas de cor preta (55%), amarela (56%) e indígenas (60%), além daqueles com renda de até 2 salários mínimos (54%). A mesma pesquisa indica que para 81% dos brasileiros, a polícia não deve ter liberdade para atirar em suspeitos sob o risco de atingir inocentes.

O maior temor da população negra e pobre tem justificativa, devido à atuação da polícia com tais grupos. Tamires Gomes Sampaio, em sua dissertação de mestrado “Código Oculto”, aborda a estruturação do Direito Penal brasileiro como mecanismo racial. Ela afirma que:

O racismo é uma tecnologia do poder, e a soberania torna-se o poder de produção da morte, de fazer viver ou deixar morrer. Todos os serviços públicos são exemplos do poder estatal sobre a manutenção das vidas das pessoas, e sua ausência é necessariamente o deixar morrer. Foucault denomina esse exercício de poder sobre a vida que o Estado possui de biopoder. O racismo exerce um papel central para a justificativa e manutenção do poder sobre a vida das pessoas. O biopoder integra o racismo como um instrumento essencial do poder do Estado que, classificando os sujeitos de acordo com as características fenotípicas, define uma linha divisória entre os grupos “superiores” e “inferiores”. A partir disto, garante-se o extermínio de determinada população sem que haja qualquer estranhamento, como é o caso da população negra, em especial a juventude que, no Brasil, atinge índices de homicídios epidêmicos (SAMPAIO, 2020, p. 128).

A jurista explica que o Estado tem poder sobre a vida –o assim chamado biopoder – e o racismo usa o biopoder para classificar os indivíduos hierarquicamente, sendo que os “inferiores” podem morrer. O discurso racista faz com que o genocídio da população negra não cause reação, pois já foi naturalizado, incorporado ao cotidiano. Devido à naturalização, tem-se que o genocídio da população negra, que viola a segurança, não é abordada pelo Congresso Nacional.

Em outro momento, o ex-Ministro defende a expansão de institutos da justiça penal negociada. Ele sustenta que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não satisfaria mais às necessidades do país. Tal afirmação soa criticável devido ao viés seletivo que a mitigação do princípio adota na prática judicial. Em síntese, como Flavio Antônio da Cruz (2016b) escreve, a justiça penal negociada implica a necessidade de flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal – mas só se dá tal benefício para crimes de grupos privilegiados. Crimes famélicos cometidos pela população pobre não recebem benefício para não ir para prisão, pois promotores invocam o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Após a defesa da justiça penal negociada, Moro propõe o impedimento de progressão de regime, ignorando tanto o custo financeiro quanto a decisão da Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime. Sua linha de raciocínio é a de que o preso, ao ingressar no presídio, pensará “não vou me aliar a uma facção, pois senão não progredirei de regime”. Salah Khaled Jr e Alexandre Morais da Rosa anotam que:

Diante disso, o tão sonhado êxito na ressocialização soa como mero artifício arditoso de justificação, ou na melhor das hipóteses, como promessa utópica irrealizável. As histórias de “sucesso” daqueles que emergem do sistema penitenciário são histórias de sobrevivência. Não são demonstrações da capacidade da pena para fazer o bem. A prisão não ressocializa. Ela des-socia. Ela não integra, mas segrega. Se ela ensina algo, são

estratégias de sujeição e sobrevivência na própria prisão.²¹⁷ O que é a prisão efetivamente faz é neutralizar seletivamente quem comete crimes como se inimigo fosse, mesmo que isso coloque em questão o Estado Democrático de Direito, o que é comprovado pelos últimos séculos de atividade do poder punitivo.²¹⁸ Não seria exagero dizer que a prevenção especial positiva está rapidamente se tornando prevenção especial negativa na prática, pelo menos no holocausto nosso de cada dia, que avança cada vez mais no Brasil: está voltada para a simples inocuização dos detentos, no que se aproxima muito da lógica de segregação e incapacitação dos inimigos, típica da Alemanha Nazista (ROSA; KHALED, 2020, p. 107-108).

As prisões brasileiras vivem em Estado de Coisas Inconstitucional, como o Supremo Tribunal Federal declarou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, e as facções as controlam, não o Estado. Quem não se submete, sucumbe. A ausência de líder da facção criminosa no presídio não interfere, pois tais líderes são facilmente substituídos.

Ao se terminar a leitura dos documentos, mostra-se a autoestima excessiva do ex-juiz: ele não cita pesquisas sobre o que propõe mudar, a não ser de opinião – o que não serve como argumento científico. Além disso, parte significativa das suas afirmações são inverdades: o Brasil não tem excesso de liberalismo no direito penal – como a leitura de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001) informa –, não existe elevado *standart* probatório para condenações – como Janaína Matida, Marcella Nardelli e Rachel Herdy (2020) escrevem –, e o inciso cinquenta e sete do artigo quinto da Carta Magna não tem múltiplas interpretações, pois o conceito de trânsito em julgado já está definido há séculos, e a linguagem não é solipsista, ou seja, ninguém pode atribuir o sentido que quer às palavras. A defesa da eficiência e desprezo à teoria, efetuada pelo então Ministro, serve como escudo para sua ideologia pró-encarceramento sem critérios, ignorando a efetiva realidade do sistema penitenciário e da prática do processo penal brasileiro.

É pertinente anotar então: as críticas ao raciocínio pragmático e economicista por trás da Análise Econômica do Direito não significam que a análise da destinação do capital estatal deve ser evitada, ao contrário. O patrimônio público é limitado, e existem muitos problemas que demandam finanças estatais. O direito penal especialmente deveria considerar isso, pois manter pessoas presas custa muito financeiramente e socialmente.

A respeito da dicotomia entre teoria e prática, Rafael Tomaz explica:

Mas há algo que marca de maneira indelével o tipo de problema com que se depara o jurista: necessariamente a resposta a ser apresentada em um caso judicial específico não pode comportar qualquer conteúdo. Deve ser uma “boa” resposta. Respostas ruins não convencem seus pares, nem mesmo a sua comunidade.

de. Seja em qual dimensão da operacionalidade do direito em que o jurista esteja situado, juiz, promotor, advogado, professor, a necessidade de respostas boas, respostas melhores, sempre é um ônus que cada um desses agentes deve carregar. Nesse sentido, a dimensão prática está sempre envolvida na teórica, assim como a teoria depende da prática para colocar de maneira adequada seus problemas. Como bem demonstrou Lenio Streck em seu *Verdade e Consenso* (4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011), há uma situação de circularidade virtuosa que envolve a prática e a teoria. O Direito, como produto das ações humanas, está desde sempre envolvido em um mundo prático. Ensinar Direito é estar envolvido, ao mesmo tempo, em uma atividade prática e teórica. Não prática no sentido de pura *techne*, nem teórica no sentido da pura *episteme*, como se fosse possível uma espécie de “matemática jurídica”. Trata-se, muito mais, de uma prática teórica e de uma teoria virtuosa! (OLIVEIRA, 2012, p. 4-5).

Tomaz explica portanto que as respostas a casos jurídicos exigem boas respostas, que possam convencer os outros. A questão prática está entrelaçado na teórica, e ambas devem ser movidas por virtudes.

Encerra-se a reflexão sobre eficiência com a lição de J. Wolter, citada por Manuel da Costa Andrade:

Em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana, nem um processo penal vocacionado para a proteção de direitos fundamentais (WOLTER, Jürgen *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, 2006, p. 38).

Em síntese, a eficiência da justiça penal não pode ser contraposta aos direitos e garantias fundamentais, pois as últimas sempre perderiam, o que violaria a dignidade humana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso sobre eficiência ou pragmatismo, que no final das contas se confundem – ambos sustentam que para se atingir um fim desejado, os meios se justificam, e que teoria não tem relevância – não produz os resultados alegados por parte dos pragmáticos.

Se por um lado o ensino jurídico pode ser alienante, devendo ter maior contato com a realidade, tal fato não torna a teoria inútil, pois tudo que seres humanos fazem tem alguma teoria por trás, mesmo que se ignore qual é. A academia tem o propósito de investigar a realidade, e deve fundamentar as decisões dos legisladores.

Tanto Sérgio Moro quanto Richard Posner, ao defenderem a necessidade dos juízes agirem com base na realidade – com a diferença que Moro propõe lei para autorizar os meios, pois o Brasil é do sistema *civil law*, enquanto Posner não tem interesse na lei – não colaboram para que haja maior segurança ou liberdade. Por estas serem palavras poderosas, que influenciam a maioria das pessoas, especialmente as leigas quanto às questões jurídicas, não se analisa criticamente os resultados. O encarceramento e genocídio da população negra atenta obviamente contra a segurança e liberdade, porém, como este genocídio não é o que alcança a maioria da população pelos meios de comunicação, não é levado em conta quando se propõem leis penais. Assim, conclui-se que para atingir-se um fim legítimo, que é da liberdade e segurança, deve-se olhar para o que ocorre com sistema penal e como se atinge tal resultado – seja nos Estados Unidos quanto no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Tradução Pedro Davoglio; revisão técnica e notas Silvio Luiz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06.86)*. 2020. 467 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106425>. Acesso em: 01 nov. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRUZ, Flavio Antônio da. *Criminologia entre a engenharia social e a filosofia política: breves reflexões epistemológicas (parte 3)*. 2016a. Disponível em: <http://www.sala-criminal.com/home/criminologia-entre-a-engenharia-social-e-a-filosofia-politica-breves-reflexoes-epistemologicas-parte-3>. Acessado em 01 dez. 2020.

CRUZ, Flávio Antônio da. *Plea Bargaining e Delação Premiada: algumas perplexidades*. In: Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR, Ed. 02, Dezembro, 2016b. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>. Acesso em 02 fev. 2021.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. 2020. 177 p. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013.

FALAVIGNA, Leandro; VAINER, Andrea. *O "plea bargaining" é a solução dos nossos problemas?* Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/294961/o-plea-bargaining-e-a-solucao-dos-nossos-problemas>. Acesso em: 01 nov. 2020.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2020. 145 f. Dissertação (mestrado) – Programa de

Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/5117>. Acesso em 02 fev. 2021.

FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

GOMES, Raoni Vieira. *A delação premiada como instrumento de manutenção de privilégios*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/11/16/delacao-premiada-como-instrumento-de-manutencao-dos-privilegios-2/>. Acessado em 01 dez. 2020.

HEINEN, Luana Renostro. *Performatividade: o direito transformado em dispositivo pela análise econômica do direito*. 2020. 360 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/168283>. Acesso em 01 dez. 2020.

____. *Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière*. 2020. 187 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 01 dez. 2020.

IBCCRIM. *IBCCRIM lança nota técnica sobre Pacote Anticrime*. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/14466-IBCCRIM-lanca-nota-tecnica-sobre-Pacote-Anticrime>. Acesso em 01 nov. 2020.

KONCHINSKI, Vinicius. *Obras citadas na Lava Jato ficam R\$ 162 bilhões mais caras e acumulam atrasos*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/05/01/obras-citadas-na-lava-jato-ficam-r-162-bi-mais-caras-e-acumulam-atrasos.htm>. Acesso em 01 nov. 2020.

MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella; HERDY, Rachel. *A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica>. Acesso em: 01 nov. 2020.

MELO, João Ozorio de. *Dono de prisão que subornava juízes é condenado nos EUA*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-28/dono-prisao-privada-subornava-juizes-lucrar-condenado-eua>. Acesso em: 01 nov. 2020.

MORO, Sergio Fernando. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite*. REVISTA CEJ (BRASÍLIA), v. 26, p. 56-62, 2004.

MORBACH, Gilberto. *Autonomia do direito e teoria da decisão: a CHD de Streck*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-07/autonomia-direito-teoria-decisao-chd-streck>. Acesso em 02 fev. 2021.

NACIONAL, Jornal. *Petrobras faz acordo bilionário com Justiça dos EUA para encerrar ações*. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/09/27/pe>

trobras-faz-acordo-bilionario-com-justica-dos-eua-para-encerrar-aco-es.ghtml. Acesso em 01 nov. 2020.

OLCHANOWSKI, Nikolai. *Plea bargaining: análise desde a filosofia da pena*. 2017. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47597/R%20-%20D%20-%20NIKOLAI%20OLCHANOWSKI.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 nov. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O persistente dilema Teoria versus Prática no Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-11/diario-classe-persistente-dilema-teoria-versus-pratica-direito>. Acesso em: 01 nov. 2020.

PINTO, Emerson de Lima; DIAS, Giovanna. *O ensino jurídico brasileiro vive a sua morte anunciada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/diario-classe-ensino-juridico-brasileiro-vive-morte-anunciada>. Acesso em: 01 nov. 2020.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

____. *El análisis económico del derecho*. 2 ed. México: FCE, 2007.

____. *Para além do Direito*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

____. *Problemas de filosofia do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RBA, Redação. *Maioria da população sente mais medo que confiança na polícia*. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/04/maioria-da-populacao-sente-mais-medo-que-confianca-da-policia/>. Acesso em: 01 nov. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED, Salah H. *In Dubio pro hell 1: profanando o sistema penal*. 4. ed., rev. E ampl. -Florianópolis : Emais, 2020.

SAMPAIO, Tamires Gomes. *Código oculto: política criminal, processo de racialização e obstáculos à cidadania da população negra no Brasil*. São Paulo: Contracorrentes, 2020.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juizes no grande encarceramento*. 1. ed. São Paulo: Tirant, 2019.

SENTENCING PROJECT. *Criminal Justice Facts*. Disponível em: <http://www.sentencingproject.org/criminaljustice-facts/>. Acesso em: 01 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Teoria, antiteoria e prática: um passeio pelos divergent paths de Richard Posner*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, [S.L.], v. 24, n. 2, p. 82-101, 16 ago. 2019. Centro Universitario Autonomo

do Brasil. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1606/584>. Acesso em: 01 nov. 2020.

TOKARNIA, Mariana. *Estudo aponta falhas e propõe mudanças nos concursos públicos*. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-02-23/estudo-aponta-falhas-e-propoe-mudancas-nos-concursos-publicos>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei ordinária nº 882/2019 “Pacote Anti-crime”. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=837B0C4DA961BB53FFDE2CC6BAE9254B.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL%20882%2F2019. Acessado em 01 nov. 2020.

WOLTER, Jürgen *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.