

PROPOSTAS LEGISLATIVAS DA SOCIEDADE CIVIL CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA: UMA ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL

CIVIL SOCIETY LEGISLATIVE PROPOSALS AGAINST MASS INCARCERATION: AN ANALYSIS BASED ON CRIMINAL POLICY

Carolina Costa Ferreira*

Maria Clara de Carvalho Honório Costa**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Propostas de alteração legislativa: as 16 medidas contra o encarceramento em massa. 1.1 Proposta nº 3: as alterações nos crimes de furto e roubo. 1.2 Proposta nº 4: as alterações na lei de drogas. 1.3 Proposta nº 14: as alterações dos critérios para a decretação da prisão preventiva. 2 Análise da política criminal em matéria legislativa. Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar propostas legislativas no âmbito material e processual penal apresentadas por representantes da sociedade civil que buscam reduzir o encarceramento em massa no Brasil. Das 16 propostas apresentadas pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), foram analisadas, neste trabalho, as propostas relativas à prisão preventiva e aos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas, por serem os marcadores de maior incidência na população prisional brasileira. A análise das propostas seguirá o método da legística material, sob o ponto de vista de uma política criminal que defenda a redução do encarceramento em massa no Brasil. Dado o atual cenário do sistema carcerário, é importante e urgente a análise das iniciativas apresentadas, bem como a necessidade de redirecionamento e readequação da política criminal em matéria legislativa à luz da Constituição Federal.

Palavras-chave: propostas legislativas. encarceramento em massa. política criminal. crimes patrimoniais. política de drogas.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyze legislative proposals in material and criminal procedural framework presented by representatives of civil society that seek to reduce mass incarceration in Brazil. Based on 16 proposals presented by the Brazilian Institute of Criminal Sciences (IBCCrim), the proposals analyzed pretrial detention of felony theft and drug trafficking, since they are the most important markers in the Brazilian prison population. The method is qualitative, from the point of view of a criminal policy that advocates the reduction of*

* Doutora em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professora de Direito Penal e Processual Penal (UniCEUB).

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Advogada criminalista.

Artigo recebido em 22/06/2019 e aceito em 28/10/2019.

Como citar: FERREIRA, Carolina Costa. COSTA, Maria Clara de Carvalho Honório. Propostas da sociedade civil contra o encarceramento em massa: uma análise político-criminal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 405-439. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

mass incarceration. The Brazilian prison system is completely failed, so it is important and urgent to analyze the initiatives presented, as well as the need for redirection and readjustment of the criminal policy in the legislative area based on Federal Constitution.

Keywords: legislative proposals. mass incarceration. criminal policy. felony theft. drug policy.

INTRODUÇÃO

O último levantamento realizado pelo *Institute for Criminal Policy Research* (2018) promoveu o Brasil ao terceiro lugar no *ranking* mundial da população prisional, registrando um déficit de 358.663 vagas (BRASIL, 2016). Dentre os inúmeros problemas crônicos vividos no país, o sistema carcerário é, inegavelmente, uma das maiores fontes de violações a direitos humanos, tendo em vista as condições subumanas a que as pessoas presas são submetidas nos estabelecimentos prisionais. Não resta dúvida de que o excesso no uso da prisão, provisória ou definitiva, decorrente da cultura punitiva arraigada nas instituições políticas, levou ao colapso do sistema prisional tal como vemos hoje.

O objetivo do presente trabalho é refletir sobre as possibilidades de enfrentamento à situação de superlotação carcerária, resultado desta punitividade. Assim, analisar-se-á uma iniciativa de organizações da sociedade civil, lideradas pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), denominada “Dezesseis medidas contra o encarceramento em massa” (IBCCRIM, 2017a), cujo objetivo é propor alterações legislativas que contribuam para a redução da superpopulação carcerária. A premissa que envolveu a organização das 16 medidas contra o encarceramento em massa é o uso imoderado da prisão – premissa essa fundada nas estatísticas prisionais oficiais, que indicam que 40% da população carcerária está presa provisoriamente (BRASIL, 2017, p.13); logo, a discussão no sentido da mudança de estratégias passa, necessariamente, por uma política de desencarceramento.

O último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), a partir de dados coletados entre dezembro de 2015 e junho de 2016, traz um quantitativo alarmante, o que explica muito sobre o atual cenário do sistema penitenciário brasileiro. O relatório promove o Brasil para o terceiro lugar no *ranking* mundial da população prisional, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, ultrapassando a Rússia (BRASIL, 2017).

A conjectura do sistema prisional brasileiro apresenta um cenário caótico representativo das piores barbáries a que um ser humano pode

ser submetido. É fato notório que a superlotação é a causa precípua dos diversos problemas enfrentados no sistema. O amontoamento dos presos agrava a situação de insalubridade das celas, dissemina doenças, ocasiona mortes e rebeliões completamente fora do controle dos agentes estatais (BRASIL, 2009a).

Em junho de 2016 a população carcerária brasileira registrava 726.712 pessoas encarceradas nas 1.422 unidades prisionais, que participaram do levantamento, sendo que, no mesmo período, 368.049 era o número de vagas disponíveis no sistema, resultando em um déficit de 358.663 vagas (BRASIL, 2016).

Com efeito, o levantamento da relação de presos de acordo com a natureza da prisão é o que causa o maior sobressalto, diante da constatação de que cerca de 40% das pessoas inseridas no sistema prisional do país sequer foram julgadas e condenadas isto é, quase a metade do total do número de pessoas presas no Brasil é formada por presos provisórios (BRASIL, 2016). E mais, a partir dos dados apresentados, é possível concluir que em alguns estados (Pernambuco, Bahia, Amazonas, Mato Grosso, Maranhão, Sergipe e Piauí) o número de presos sem condenação ultrapassa o número de presos condenados (BRASIL, 2016).

Outra constatação relevante é que o número de presos provisórios ultrapassa o número de presos condenados ao cumprimento de pena em regime fechado que soma 38% (BRASIL, 2016). Segundo o relatório de pesquisa publicado pelo IPEA em 2015, 37% dos réus, que permaneceram presos provisoriamente durante a instrução processual, cumprem pena em regime diverso do fechado, após a condenação (BRASIL, 2015a). Daí constata-se que *“o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”* (BRASIL, 2015a, p. 38).

Em relação ao número de presos de acordo com o tipo penal, tem-se que 37% incorreram nos tipos de furto e roubo, ao passo que 28% incorreram no crime de tráfico de drogas (BRASIL, 2016). A partir daí, conclui-se que esses três tipos penais são os responsáveis por mais da metade da população prisional brasileira.

Para a análise de todo o cenário e das alterações legislativas que possam contribuir com a redução da população carcerária, a Legística pode ser uma importante aliada. Esta pode ser compreendida como o “ramo da Ciência da Legislação que estuda os métodos e as técnicas que se destinam

a assegurar a qualidade formal e substancial dos actos legislativos” (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 209). A Legística se divide em quatro áreas de atuação: o estudo do sistema dos atos normativos (verificação de contradições, respeito aos princípios, discussão de alterações legislativas); a Legística formal, que consiste nos métodos de redação legislativa (textos constitucionais, projetos de lei, decretos e outros atos normativos); a Legística material, que consiste no conteúdo e nos sentidos indicados para os atos normativos; e, finalmente, a avaliação de impacto legislativo, que pode ser *ex ante* (anterior, no curso da discussão da proposta legislativa) ou *ex post* (posterior, com a discussão dos efeitos da inserção da nova lei ou da alteração da lei já existente no âmbito de um sistema normativo) (BLANCO DE MORAIS, 2007).

Para as propostas acima mencionadas, o trabalho abordará a legística material – a análise da configuração destas novas propostas com o objetivo de “tornar melhor a legislação” (SOARES, 2007).

Dada a limitação do modelo de estudo, o presente artigo se debruça sobre as três medidas consideradas de maior impacto, tendo em vista o perfil da população prisional brasileira, delineando os pontos que cada alteração seria capaz de proporcionar a descarcerização. Por fim, o artigo discute o redirecionamento da produção legislativa em matéria criminal no Brasil, a partir das contribuições da Legística, especialmente a Legística Material, contando com as contribuições teóricas e empíricas, em pesquisas já desenvolvidas sobre o tema.

1 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: AS 16 MEDIDAS CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA

No dia 12 de abril de 2017, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), a Pastoral Carcerária Nacional, a Associação Juízes para a Democracia (AJD) e o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Universidade de Brasília (CEDD/UnB)¹ apresentaram

¹ Assinam também o caderno de propostas legislativas as seguintes organizações: Associação Nacional de Defensores e Defensoras Públicos (ANADEP), Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP), Associação de Prevenção à Tortura (APT), Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude (ASBRAD), Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, Conectas Direitos Humanos, Conselho da Comunidade da Comarca de São Paulo, Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais (CPECC – USP), Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Núcleo Especializado de Situação Carcerária (DPESP), Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos, Educafro, Fundação Rosa Luxemburgo, Gabinete de Assessoria Jurídica Popular

à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados e à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado Federal um caderno com 16 propostas legislativas que visam à redução do encarceramento no Brasil (IBCCRIM, 2017a).

A iniciativa tem como pressuposto o combate à cultura do encarceramento, que, inegavelmente, levou o sistema penitenciário a ser uma das origens de um estado de violação massiva de direitos humanos. Tudo porque a resposta penal extrema, que, teoricamente, deveria funcionar como *ultima ratio*, na prática, é utilizada com *prima ratio* na solução dos conflitos sociais (ANDRADE, 2014).

Diante do atual cenário, não há mais como se falar em “crise do sistema carcerário”, considerando conceitualmente crise como sendo uma conjuntura desfavorável de caráter relativamente transitório. Isso porque, dentro dos últimos 40 anos, quatro Comissões Parlamentares de Inquérito já investigaram o sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2017a) e as conclusões convergem no sentido de que, “o problema da superlotação carcerária brasileira não será resolvido enquanto prevalecer a política do encarceramento” (BRASIL, 2017b, p. 161).

Não há como ignorar a urgência de reestruturação, ou melhor, de (re)adequação, da legislação penal, sobretudo em matéria processual, ao ordenamento constitucional, de modo que haja um efetivo impacto, tanto na redução imediata, quanto na mediata, da superpopulação carcerária

(GAJOP – PE), Instituto Geledés, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Justiça Global, Instituto Pró-Bono, Uneafró, Centro de Estudos em Direitos Humanos (UNIFESP), Instituto de Defensores de Direitos Humanos, Objetivando Direito, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC), Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ), Instituto Sou da Paz, Promotoras Legais Populares, Rede de Justiça Criminal, União de Mulheres do Município de São Paulo, Cultive, Defensoria Pública do Estado de Rondônia, Fórum Justiça, GDUCC, Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC), Grupo de Estudo Violência e Cidadania (IFCH – UFRGS), Laboratório de Estudos sobre Crime e Sociedade (LASSOS), Laboratório de Estudos sobre a Violência, Grupo de Estudos em Conflitos e Segurança Social, Núcleo de Antropologia do Direito (NADIR-USP), Na Margem Núcleo de Pesquisas Urbanas, Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana (NECVU - UFRJ), NEDDIP (UFRGS), NEPS (UFPE), Ouvidoria da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Peace Studies (University of Bradford), Grupo de Pesquisa sobre Cidadania, Violência e Administração da Justiça (CIVA – UNIFESP), Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP – UFMG), Departamento de Segurança Pública (DSP – UFF), Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Grupo de Pesquisa em Segurança, Violência e Justiça (GEVAC/UFSCar), Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT/INEAC), Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (NEVIS/UnB), NUFEP (UFF), San Fran Jr. (USP), Defensoria Pública do Estado da Bahia, Mães de Maio e Ouvidoria Cidadã da Defensoria Pública da Bahia (IBCCRIM, 2017).

no Brasil. Este é o pressuposto para o início da análise das medidas apresentadas, em formato de projeto de lei que alteram o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Drogas.

Dentre as medidas, há propostas de inserção de estudos de impacto financeiro e orçamentário para a análise legislativa de qualquer projeto de lei que crie novos crimes ou altere as penas de crimes já existentes; propostas de alteração nos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas; criação do juízo de garantias; mudanças na aplicação de pena a crimes hediondos; regras mais claras para mandados de busca e apreensão, prisões provisórias e oitivas realizadas em delegacias; garantias contra a exposição midiática; produção de provas na fase processual; extinção da condução coercitiva, instituição de Ouvidorias Externas no Sistema de Justiça (IBCCRIM, 2017a).

A análise, no presente texto, centrar-se-á nas medidas propostas pelo IBCCrim, em conjunto com as dezenas de organizações da sociedade civil já mencionadas, que afetam as questões mais centrais da política criminal e penitenciária brasileiras: os crimes patrimoniais, o tráfico de drogas e a prisão provisória.

1.1 As alterações nos crimes de furto e roubo

A primeira proposta objeto de análise, no presente artigo, refere-se à medida número 3:

Art. 155 – (...)

Pena – detenção, de 6 meses a dois anos e multa.

§ 1º - (...)

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz aplicará somente a pena de multa. Se houver reparação do dano ou devolução da coisa subtraída pelo agente, até a sentença de primeiro grau, a punibilidade será extinta. (NR)

§ 3º - (...)

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de um a cinco anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com invasão de domicílio;

II - com abuso de confiança;

III - mediante fraude, escalada ou destreza;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º (...)

§ 6º (...)

§ 7º - *Em todas as hipóteses previstas no artigo, somente se procede mediante representação. (NR)*”

“Art. 157 – (...)

(...)

Roubo privilegiado

§ 4º *Se o crime for praticado sem violência real e o meio empregado for inidôneo para ofender a integridade física da vítima, ou se o bem for de pequeno valor, o juiz reduzirá a pena de um sexto a um terço.*

§ 5º *Para fins deste artigo, arma é instrumento que tenha efetividade para lesionar efetivamente a integridade física da vítima. (NR)*

Tendo em vista o quantitativo de pessoas privadas de liberdade condenadas ou presas provisoriamente pela prática de crimes contra o patrimônio², a proposta apresenta três pontos principais de reforma que podem ser considerados pelo Legislativo: (i) a desproporcionalidade da imputação da pena do crime de furto; (ii) a necessidade de participação da vítima na relação processual; (iii) a necessidade de flexibilização da cominação da pena do crime de roubo.

Primeiramente, busca-se diminuir a desproporcionalidade da imputação das penas do crime de furto simples e da sua forma qualificada, cuja pena mínima, hoje, é de dois anos e a máxima pode chegar a dez anos de reclusão, após a entrada em vigor da Lei nº 13.654/18 em abril desse ano, haja vista tratar-se de crime de menor gravidade dentro do rol dos crimes que mais encarceram. Esse recrudescimento impede a aplicação de institutos como a suspensão condicional do processo, cujo efeito despenalizador só faz sentido quando aplicado a delitos sem violência ou grave ameaça, como é o caso do crime de furto, considerando, ainda que o critério objetivo de aplicação do instituto é a cominação abstrata mínima igual ou inferior a um ano. Sendo assim, o redimensionamento das penas cominadas ao crime de furto visa, primordialmente, evitar a aplicação da pena corporal ao acusado, incentivando o uso de mecanismos de composição e privilegiando a aplicação de penas alternativas.

O outro ponto visa mudar a regra da ação penal do crime de furto, para incluir a representação da vítima como condição de procedibilidade

² Segundo os dados do Infopen, o crime de roubo representa 26% das incidências, enquanto o crime de furto representa 12% das incidências entre as pessoas privadas de liberdade, totalizando 278.809 pessoas presas por crimes contra o patrimônio (BRASIL, 2017, p. 41).

da ação penal. Parte-se do pressuposto de que os bens jurídicos protegidos pela criminalização da conduta de furto são a posse, a propriedade e, até mesmo, a detenção da coisa móvel (BITENCOURT, 2012). Para Renan Cajazeiras Monteiro (2005), o redirecionamento da titularidade da ação penal do crime de furto pressupõe que o patrimônio está na esfera de disponibilidade do proprietário lesado, sujeito passivo do crime e maior interessado em sua preservação, podendo, por questões pessoais, desinteressar-se dele. Tendo isso em vista, entende-se que a manutenção da ação penal pública incondicionada para o crime de furto impede que a vítima, maior interessada na tutela de seus bens, participe da relação processual, cujo interesse, muitas vezes, não é a persecução penal do ofensor de seu patrimônio, mas a simples devolução da coisa, ou reparação de possível dano pela perda da *res furtiva*.

Além disso, merece destaque a proposta de alteração do dispositivo relativo ao furto privilegiado, que inclui a possibilidade de extinção da punibilidade do agente, sob a condição de restituição da coisa furtada ou a reparação do dano à vítima até a sentença de primeiro grau. A ideia foi importar a possibilidade já prevista para os crimes contra a ordem tributária, em que se extingue a punibilidade do agente com o adimplemento do débito tributário³. Aqui, a proposta cria uma alternativa ao acusado, afastando a possibilidade de punição do Estado no caso de haver a cessação da violação ao bem tutelado pelo tipo penal, por meio da arrecadação tardia, qual seja, o patrimônio público.

Do ponto de vista estritamente jurídico, parece sensata a repetição desta mesma opção político-criminal ao crime de furto, tendo em vista, sobretudo, tratar-se de crime que tutela bem material integralmente inserido na esfera de disponibilidade da vítima. Porém, nota-se muita resistência, advinda do senso comum e até mesmo da própria justiça criminal, sob o fundamento de que tal medida aplicada ao furto não seria compatível com o que se espera da resposta estatal aos “delitos de rua” - e, nesse caso, a resposta das políticas de segurança pública deveria ser mais intensa -, sendo muito razoável que ao empresário, acusado de sonegar impostos, seja dada a oportunidade de ter sua punibilidade extinta, com o pagamento do débito tributário, e que o “batedor de carteiras” seja diretamente submetido ao crivo do sistema penal.

³ Posicionamento definido na Súmula Vinculante nº 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo” (BRASIL, 2009).

É perceptível, assim, o tratamento diferenciado, tanto para a criminalização primária, quanto para a criminalização secundária, entre os crimes patrimoniais e os crimes da chamada “cifra dourada da criminalidade” (VERSELE, 1980). A primeira entendida como o ato e o efeito criação da lei penal material, isto é, o mecanismo de criação da norma, e a segunda entendida como a atuação repressiva do agente estatal, atuando como mecanismo de aplicação da norma (BARATTA, 1999). Pesquisas empíricas já indicaram que as penas aplicáveis a crimes patrimoniais são mais intensas do que a crimes contra a administração Pública (FERREIRA, 2010; SPONCHIADO, 2015; KOBIELSKI, 2018). A Criminologia Crítica, por sua vez, também demonstra a tendência do sistema de justiça criminal em “imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos da classe dominante” (BARATTA, 1999, p. 165). Por meio da análise do perfil da população carcerária, cruzando os dados dos tipos penais mais recorrentes entre pessoas presas e o seu perfil socioeconômico, percebe-se claramente uma política de encarceramento direcionada às pessoas negras, jovens, sem instrução e pobres.

Já a alteração proposta para o crime de roubo, por meio da criação da modalidade privilegiada do tipo, proporcionaria maior flexibilidade ao magistrado, já que possibilita a aferição do grau de violência empregado nas circunstâncias do crime no momento da dosimetria da pena. Além disso, considerando que atualmente não há previsão de causas especiais de diminuição de pena para o crime de roubo, a introdução da referida minorante traria um equilíbrio necessário à cominação da pena, sobretudo, naqueles casos em que não há o emprego de violência real, em que o bem não ostenta valor significativo ou em casos em que o bem também foi restituído, mas as decisões judiciais primam em coibir “o emprego da violência” (FERREIRA, 2010). Além disso, nas hipóteses de aplicação da minorante, o apenado poderia progredir de regime de cumprimento de pena mais rapidamente, o que pode gerar um impacto interessante na população carcerária, já que os crimes de roubo simples representam 18,73 % da população carcerária presa por crimes patrimoniais (52.236 pessoas presas) (BRASIL, 2017, p. 41).

Aliado a isso, a proposta sugere a inserção do conceito de arma da forma como já se definiu legalmente como sendo “artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas” (BRASIL, 2000). Não obstante, buscou-se ainda a positivação do entendimento

jurisprudencial acerca da necessidade de aferição da potencialidade lesiva da arma utilizada, para que se possa considerá-la como um elemento que exorbita o grau de culpabilidade comum à espécie. À vista disso, a pretensão é possibilitar a aplicação da minorante anteriormente proposta, nos casos em que o instrumento utilizado na ação delituosa não apresenta efetivo potencial para lesar a integridade física da vítima.

Cumprе ressaltar que a mencionada Lei nº 13.654/2018, que alterou o Código Penal em abril daquele ano, operou significativas mudanças nos crimes de furto e roubo. Ainda que as alterações legislativas analisadas no presente trabalho tenham sido propostas antes da entrada em vigor da referida lei, muito interessa o destaque de alguns pontos tangenciados pela lei, tendo em vista a perspectiva do desencarceramento. Com isso, salienta-se que, ao mesmo tempo que a referida alteração tenha recrudescido a imputação das penas nas hipóteses de circunstâncias qualificadoras e majorantes dos crimes, relativamente ao crime de roubo, promoveu o afastamento da possibilidade de majoração da pena pelo uso de arma branca, considerando, para fins de agravamento da pena, apenas o uso de arma de fogo⁴.

Sendo assim, o diagnóstico da viabilidade dessa proposta legislativa revela a necessidade de readequação e de ponderação da política criminal aplicada aos chamados “crimes de rua”, redimensionando-a do Expansionismo para o Minimalismo, como forma de atenuar a função deletéria disseminadora de desigualdades desempenhada pelo sistema penal. Para isso, o aporte da Legística Material pode colaborar para a adequação dos tipos penais de furto e roubo, usando, para tanto, as contribuições da Criminologia Crítica, da Política Criminal, de pesquisas empíricas sobre o tema e um desenvolvimento crítico sobre o bem jurídico

⁴ A norma promoveu a *abolitio criminis* da majorante do roubo pelo uso de arma branca, por se tratar de uma *novatio legis in melius*. Nesse ponto, cita-se a relevante explicação exarada no voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento do AREsp nº 1.249.427/SP: Observe-se, inicialmente, a incoerência de *abolitio criminis* em relação ao emprego de arma de fogo, cujo *locus* foi alterado, retirando-se a circunstância do § 2º, que preconiza o aumento de pena de 1/3 até a metade, para transplantá-la ao novel § 2º-A, o qual, por sua vez, estipula o recrudescimento em 2/3. O mesmo, contudo, não se pode dizer em relação ao emprego de arma branca, classificação que abrange o uso de faca, armamento presente no caso *sub examine*. A meu ver, ao detalhar a redação da nova majorante, a *mens legislatores* consistiu nitidamente em extirpar da figura do roubo o aumento pela utilização de artefato diverso de arma de fogo. Via de consequência, o emprego de recurso distinto resta agora absorvido pelo arquétipo standard do roubo simples, sem prejuízo de eventual majoração da pena-base quando as circunstâncias do caso concreto a determinarem. Nessa linha de intelecção, há, em verdade, de se reconhecer a ocorrência da *novatio legis in melius*, ou seja, nova lei mais benéfica, sendo, pois, de rigor que retroaja para alcançar os roubos cometidos com emprego de arma branca, beneficiando o réu (art. 5º, XL, da CF/88), tal como pretende a ilustre defesa (BRASIL, 2018b).

tutelado nesses casos, e em como o Direito Penal pode – ou não – contribuir para sua devida proteção.

1.2 Alterações na lei de drogas

As sugestões relacionadas à Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006 – são a quarta proposta sugerida pelas organizações da sociedade civil, e sua íntegra segue:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, com finalidade comercial, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

§ 3º (Revogado)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas privativas de liberdade serão obrigatoriamente substituídas por restritivas de direitos ou multa quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações e visar os frequentadores de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

(...)

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são insuscetíveis de graça e anistia, quando cometidos com objetivo de lucro.

Parágrafo único. É permitida a concessão de indulto coletivo aos condenados pelos crimes referidos no caput deste artigo, nos termos de decreto presidencial.

O primeiro ponto de destaque da proposta de alteração da Lei nº 11.343/2006, no que tange ao delito de tráfico de drogas, é o reforço da necessidade de comprovação, por parte da acusação, da finalidade comercial inserida nas circunstâncias do delito. Embora, sob o ponto de vista da Legística Formal, pareça desnecessário, busca-se, no campo da Legística Material, inserir uma distinção axiomática entre as condutas caracterizadoras da comercialização e do consumo de drogas, a fim de se discutir com mais profundidade a chamada “guerra às drogas”, vivida pelo país desde os anos 1970 (VALOIS, 2017).

É visível a desfuncionalidade da política criminal de combate às drogas no Brasil, tendo em conta, sobretudo, a resistência à necessária distinção entre usuários e traficantes pelas agências estatais (VALOIS, 2017; CARVALHO, 2016). Muito se atribui às semelhanças dos núcleos verbais contidos nos artigos 28 e 33 da lei, bem como à discricionariedade conferida ao magistrado para realizar tal diferenciação na prática. Como as Criminologias Críticas explicam, a política criminal de drogas se orienta pela seletividade na atuação do sistema de justiça criminal, orientada por questões de gênero, raça e classe (DAVIS, 2017; BORGES, 2018).

Guilherme de Souza Nucci (2016) destaca a existência de pontos cegos na Lei de Drogas e o impacto disso no aumento do encarceramento provisório desde a entrada na lei no ordenamento jurídico. Um desses pontos é a diferenciação entre usuário e traficante como atribuição do juiz no caso concreto (NUCCI, 2016), a partir dos termos aparentemente objetivos dispostos no art. 28, § 2º. Pesquisas empíricas também já apontaram para a ausência de um critério objetivo para a diferenciação entre o usuário de drogas e os diversos tipos de traficantes (desde o pequeno, o médio até o líder de uma organização criminosa), mostrando que as instâncias formais de controle conseguem selecionar para o sistema de justiça criminal aqueles que são considerados “pequenos traficantes”, ou que facilmente se encaixam no chamado “tráfico privilegiado”⁵ da atual legislação (BRASIL,

⁵ Art. 33, §4º, Lei de Drogas: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se

2009; REZENDE, 2011; JESUS, 2011; KARAM, 2013). Em pesquisa realizada no Distrito Federal e no Rio de Janeiro, por meio de análise de processos criminais que investigavam tráfico de drogas, a equipe de pesquisadores chegou à conclusão de que o perfil do condenado por tráfico era o do “pequeno traficante”, também usuário. Anos depois, o movimento de encarceramento de mulheres também permitiu a mesma constatação em relação às mulheres que respondem pelos crimes relacionados ao tráfico de drogas (DINIZ; PAIVA, 2014).

Cristiano Maronna (2017) defende que, para além da existência de pontos cegos, há na verdade uma espécie de “cegueira hermenêutica deliberada” por parte do Poder Judiciário, que não tem interesse em analisar as circunstâncias do caso concreto, a fim de promover a necessária distinção entre usuário e traficante no caso concreto.

Muito se vê na realidade do processo penal aplicado à Lei de Drogas a inversão ilegítima do ônus da prova, em que o acusado pelo delito de tráfico de drogas tem que provar que na descrição da sua conduta tida como ilícita, não praticava a comercialização de droga. O Ministro Gilmar Mendes, quando proferiu seu voto no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, que julga a descriminalização do porte de droga para o consumo pessoal, expôs que “é ônus da acusação produzir os indícios que levem à conclusão de que o objetivo não era o consumo pessoal”, de forma que “seria incompatível com a presunção de não-culpabilidade transferir o ônus da prova em desfavor do acusado nesse ponto” (BRASIL, 2015b, p. 52). Quanto à prova em processos que investigam tráfico de drogas, uma pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro apontou que em 62,33% dos processos criminais, apenas agentes estatais (policiais) figuraram como testemunhas de acusação (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 2). Portanto, em um contexto em que os processos possuem frágil produção de provas e inversão do ônus em relação ao acusado, a quantidade de condenações, como já era de se esperar, é muito alta.

A incorporação pelo Poder Judiciário dos discursos populares estigmatizantes contribui para o reforço da seletividade da justiça criminal (DINU; MELLO, 2017) e para a desfuncionalidade da sistemática da justiça de “combate às drogas” (NUCCI, 2016), já que o direcionamento da repressão acaba atingindo apenas a parte mais vulnerável da criminalidade, compreendida por aqueles que se submetem a práticas ilícitas para o sustento do próprio vício, ou ainda, aqueles que estão na

dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)” (BRASIL, 2006).

base da estrutura da organização criminosa, deixando de fora os agentes que verdadeiramente a financiam.

Entendemos que a alteração proposta para o §4º do art. 33 pretende eliminar a possibilidade de fixação de pena privativa de liberdade àqueles casos que se enquadram nos requisitos para a configuração da modalidade privilegiada do tráfico, ou seja, ao agente que seja primário, de bons antecedentes e que não se dedique à criminalidade organizada. Além de encampar o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, quando declarou inconstitucional a vedação da substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito prevista no dispositivo⁶, a proposta de tornar obrigatória a substituição da pena de prisão, visa adequar a resposta estatal àqueles que certamente serão mais bem tratados com medidas alternativas.

É nesse sentido que Salo de Carvalho (2016) explica que a readequação da incidência do direito penal às condutas de baixo potencial ofensivo ou de menor complexidade surge como possibilidade de redefinição do direcionamento das agências do sistema de justiça criminal. Ou seja, alterações que permitam o equilíbrio na cominação das penas na lei de drogas evitariam o encarceramento desnecessário de pessoas com alto grau de vulnerabilidade, e que, uma vez inseridas no sistema alternativo à prisão terão maiores chances de reabilitação social, além de oportunizar o redirecionamento da repressão estatal aos agentes que verdadeiramente operacionalizam e financiam o grande mercado ilícito⁷.

Na linha do que nos indica a Legística, ainda é possível mensurar o alcance do impacto positivo dessa alteração na redução da população carcerária feminina no Brasil. Segundo o Infopen Mulheres 2016, entre dezembro de 2015 e junho de 2016, contatou-se que 62% das mulheres encarceradas respondem por crimes previstos na lei de drogas, isto é, 3 a cada 5 mulheres (BRASIL, 2017c). Por outro lado, tem-se que 74% das

⁶ Cf. acórdão do Habeas Corpus nº 97.256, Rel. Min. Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2010).

⁷ Em estudo empírico com pessoas presas pela prática de crimes de furto e roubo no Distrito Federal, o Grupo Candango de Criminologia (GCCrim) chegou à conclusão de que “[...] os réus que tiveram suspensão condicional do processo apresentaram índice de reincidência de 24,2%, enquanto os condenados ao regime aberto apresentaram o índice de 41,6%, os de semiaberto de 49,6% e os de regime fechado 53,1%. Ou seja, o regime mais severo (regime fechado) apresentou o maior índice de reincidência, o que foi se reduzindo de acordo com a gravidade do regime (semiaberto, aberto e suspensão condicional, nessa ordem) até que se chegasse a índice inferior à metade do primeiro. Os réus que não passaram pela prisão (seja provisória ou definitiva) foram os que apresentaram o menor índice de reincidência. Aqueles que não foram presos cautelarmente e que tiveram a suspensão condicional como resultado do processo apresentaram o índice de 17,2% de reincidência, ou seja, 82,8% deles não voltaram a ser condenados pelo sistema de justiça criminal (tabela 23)” (CASTILHO; BARRETO, 2010, p. 88).

mulheres privadas de liberdade têm filhos⁸, o que indica a necessidade de se considerar o real impacto do encarceramento feminino sobre o contexto familiar (BRASIL, 2017c) e à real proteção à primeira infância.

Relativamente à alteração da redação do art. 35, a proposta busca a necessária distinção entre a associação para o tráfico habitual e a eventual, mais uma vez como forma de distinguir as pessoas que se envolvem em fatos isolados, daqueles agentes que utilizam o tráfico de drogas como meio de vida. Essa alteração incorpora o entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência sobre a necessidade de haver uma interpretação mais restritiva da redação desse dispositivo no que tange à expressão “reiteradamente ou não”. Isso porque se reconhece que, para a configuração deste tipo, além da necessária a comprovação da existência de um liame subjetivo entre os agentes, isto é, um vínculo associativo preexistente, deverá haver a comprovação da estabilidade e permanência da associação para a prática do tráfico.

Para Vicente Greco Filho (2011), pela simples leitura do dispositivo em sua atual redação, aparentemente, pode-se entender que a configuração do tipo se dá pelo simples concurso de agentes; no entanto, nem sempre que houver a pluralidade de agentes, ficará configurado o crime de associação para o tráfico, pois haverá a necessidade da comprovação do *animus* associativo (GRECO FILHO, 2011, p. 209-210).

Paulo Rangel e Bacila (2014, p. 119) concluem que a atual redação do dispositivo praticamente eleva o concurso de agentes a “*uma espécie estranha de formação de quadrilha*”, revelando o exagero do legislador nesse ponto, bem como ressaltam a necessidade da caracterização da estabilidade da associação, consoante o entendimento dos Tribunais Superiores sobre o referido tipo.

A alteração sugerida no inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/2006 propõe a inclusão do elemento “visar os frequentadores” para a caracterização da causa especial de aumento de pena na hipótese em que o agente praticou o ilícito nas dependências ou imediações dos estabelecimentos elencados no tipo. A incorporação desse elemento exigirá a comprovação, no caso concreto, de que o acusado tinha como alvo as pessoas que frequentam tais estabelecimentos, as quais, em regra, possuem algum grau de vulnerabilidade. Entende-se que esta alteração incorpora expressamente a verdadeira intenção do legislador de prever

⁸ O levantamento faz uma ressalva metodológica quanto à baixa representatividade da amostra coletada para a apresentação dos dados das mulheres encarceradas relativamente ao número de filhos (BRASIL, 2017c).

tal hipótese de majoração da pena ao agente que tem a intenção de se aproveitar tais condições para efetuar facilmente a comercialização de substância ilícita nesses ambientes.

Além disso, não seria impróprio reconhecer que essa alteração segue a mesma toada da interpretação dada pelos Tribunais Superiores aos casos em que o agente é acusado da prática de tráfico de drogas no interior de transporte público, no sentido de que “a mera utilização do transporte público para o carregamento do entorpecente não é suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006” (BRASIL, 2014), sendo necessário, portanto, que conste dos autos prova de que o acusado efetivamente pretendia fazer a mercancia da droga no interior do transporte coletivo.

Já a alteração proposta para a redação do art. 44 contempla a necessidade de incorporação do entendimento sobre a inconstitucionalidade da vedação da concessão de liberdade provisória⁹, operado na Lei dos Crimes Hediondos pela Lei nº 11.464/2007 (RANGEL; BACILA, 2014), bem como da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 97.256/RS (BRASIL, 2010).

Para Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacila (2014), a vedação da aplicação das penas alternativas à Lei de Drogas vai de encontro com a racionalidade do sistema alternativo de penas previsto no art. 44 do Código Penal, sobretudo em razão do fato de que os tipos de tráfico não são cometidos com violência ou grave ameaça. Mais uma vez, é importante que a proporcionalidade prevista no sistema normativo seja observada nas leis especiais, como indica a Legística Material.

Outro ponto importante é a previsão da possibilidade de concessão de indulto coletivo aos condenados pelos crimes previsto no art. 33, caput, e §1º e 34 a 37, em conformidade com o texto constitucional do art. 5º, XLIII, que prevê aos crimes hediondos e equiparados a insuscetibilidade tão somente de anistia ou graça, sendo esta entendida como modalidade de indulto individual (ROIG, 2017, p. 533-534)¹⁰.

⁹ Vide decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 104.339/SP, que declarou a inconstitucionalidade da expressão “liberdade provisória” do art. 44 da Lei de Drogas.

¹⁰ Iniciativa semelhante se verificou no art. 1º, III do Decreto de 12 de abril de 2017, que concedeu indulto a mães:

III – a mulheres condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a sentença houver reconhecido a primariedade da agente, os seus bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração de organização criminosa, tendo sido aplicado, em consequência, o redutor previsto no § 4º do referido artigo, desde que

Por fim, a proposta acima pretende promover a descriminalização das condutas caracterizadoras do consumo pessoal de drogas, por meio da revogação dos artigos 28, 29 e 30. Essa proposta tem como pressuposto toda a discussão sobre os custos sociais suportados em razão da criminalização do consumo de algumas drogas no país, bem como a discussão acerca da inconstitucionalidade do tema sob a perspectiva do bem jurídico protegido (a conduta individual não seria capaz de ofender a saúde pública).

Não há dúvidas de que as consequências do discurso proibicionista geram custos em todos os planos da vida social. Alessandro Baratta (1988) explica que a criminalização das drogas produz efeitos de ordem primária e secundária, sendo os primeiros decorrentes do próprio uso da substância entorpecente lícita ou ilícita, gerador de danos à saúde e dependência química, e os segundos decorrentes dos custos sociais da criminalização e da reação social informal. Para Salo de Carvalho (2013), o impacto negativo dos efeitos secundários causados no consumidor e na sociedade, na maioria das vezes, é maior do que o dano causado pela própria droga em si.

No plano individual, a criminalização das drogas inviabiliza que as agências sanitárias realizem a devida fiscalização sobre as substâncias consumidas pelos usuários, o que propicia o consumo de substâncias de baixíssima qualidade, muitas vezes sem o devido equilíbrio de princípios ativos, ocasionando a rápida dependência, intoxicação e overdoses (CARVALHO, 2013). Além disso, a perpetuação de uma visão estigmatizante do usuário como uma figura patológica provoca sua marginalização na sociedade e incentiva seu ingresso no círculo vicioso da criminalidade (CARVALHO, 2013), coibindo políticas de saúde pública como a redução de danos, tão discutida, principalmente, para o tratamento de usuários de *crack* (MACHADO; BOARINI, 2013).

No plano jurídico-penal, embora a Lei de Drogas não tenha previsto a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário, a manutenção da natureza criminosa do consumo de drogas provoca outros efeitos penais que reforçam o encarceramento (IBCCRIM, 2017), como, por exemplo, o reconhecimento da reincidência nos casos em que haja condenação anterior por uma das condutas previstas no art. 28¹¹.

cumprido um sexto da pena; (BRASIL, 2017).

¹¹ “A jurisprudência pacífica das Cortes Superiores orienta-se no sentido de que a condenação anterior por uso de drogas - art. 28 da Lei n. 11.343/06 - pode ser utilizada na aplicação da agravante genérica da reincidência, bem ainda como Maus Antecedentes, pois essa conduta não deixou de ser crime. Precedentes.” Vide acórdão proferido no AgRg no REsp 1713877/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em

No plano econômico, não há dúvida de que o grande mercado de ilícitos é comandado pelas organizações criminosas de alta complexidade, cuja estruturação e fortalecimento se dão, principalmente, por meio da obtenção de lucros com a venda de entorpecentes altamente capilarizada. A variante da ilegalidade e a ausência de regulamentação dos preços de mercado prejudicam exclusivamente os usuários (CARVALHO, 2013). Outro visível efeito econômico é o fato de que a manutenção da ilegalidade do comércio de drogas para consumo pessoal acaba fazendo o Estado deixar de arrecadar uma importante receita tributária (CARVALHO, 2013).

As propostas tendentes à descriminalização do porte de drogas para uso pessoal também têm como pressuposto a inconstitucionalidade da criminalização sob o ponto de vista da proporcionalidade da proteção ao bem jurídico tutelado e o papel do direito penal em um Estado Democrático de Direito. Como já mencionado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal está discutindo o tema no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP; já foram proferidos três votos favoráveis (com temperamentos) à declaração da inconstitucionalidade do art. 28. Cinge-se a controvérsia em analisar a compatibilidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal em face dos princípios constitucionais da privacidade, da intimidade e da autonomia.

Uma chave interessante de interpretação é a proposta pelo Min. Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº 635.659, no sentido de que não é possível o uso do Direito Penal para a discussão sobre o porte de drogas para uso pessoal, já que não se pune a autolesão, e o consumo de drogas está adstrito às escolhas individuais, de disposição do próprio corpo (BRASIL, 2015b)¹². Marcelo Almeida Ruivo (2016, p. 13) sintetiza a discussão afirmando que “a saúde, quer na dimensão individual, quer na dimensão coletiva, merece proteção jurídica, mas não proteção especificamente penal quando se trata de uma autolesão”, na medida em que “conforme demonstram as melhores investigações criminológicas, se o direito penal é inadequado e ineficiente na proteção da saúde do usuário da droga, por rigor lógico também não pode ser considerado um meio necessário” (RUIVO, 2016, p. 13).

Os votos favoráveis à descriminalização discorrem sobre os limites da interferência estatal na esfera privada do indivíduo, bem como

07/08/2018, DJe 15/08/2018 (BRASIL, 2018).

¹² Desenvolvimento teórico semelhante também foi conduzido por Luís Greco (2010), ao analisar a decisão da Suprema Corte Argentina sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga para consumo próprio.

acerca da proporcionalidade da resposta penal à ofensa ao bem jurídico da saúde. Para além do que for decidido pelo STF, no âmbito legislativo, é importante que se leve em conta, para a fundamentação empírica da proposta, que pesquisas anteriores já concluíram que “a melhor estratégia para lidar com o problema é a ampliação das políticas públicas de saúde, razão pela qual se sugere o fortalecimento e a ampliação de medidas de redução de danos, mediante o reconhecimento dos direitos humanos dos usuários de drogas” (BRASIL, 2009, p. 110).

Por fim, é preciso salientar que, muito embora se tenha certeza de que a descriminalização do uso de drogas não seja medida suficiente para redirecionar a política criminal de drogas, sendo necessária a manutenção do controle estatal desta questão, que consiste em uma política de saúde pública, é possível crer que a mudança legislativa proposta possa representar um primeiro passo rumo à constitucionalização da aplicação da Lei de Drogas no Brasil.

1.3 As alterações dos critérios para a decretação da prisão preventiva

A última alteração analisada se refere às mudanças previstas, na proposta das organizações da sociedade civil, ao artigo 312 do Código de Processo Penal. É importante mencionar que há outras propostas relacionadas à prisão preventiva – estabelecendo, por exemplo, prazo de duração de 720 dias como interpretação da “razoável duração do processo” no âmbito processual penal, além de propostas sobre as audiências de custódia que poderão impactar o instituto da prisão preventiva. Porém, em razão da estrutura do trabalho, escolheu-se discutir apenas a alteração prevista no art. 312 do CPP:

Art. 312. Sem prejuízo das demais regras de hermenêutica, aplicáveis em toda a persecução penal, interpreta-se literalmente a legislação que disponha sobre a decretação da prisão preventiva e sobre seus prazos de duração, não se admitindo a ampliação analógica das suas hipóteses de cabimento, renovação ou prazos de duração, sob pena de invalidade da decisão judicial, sem prejuízo da eventual caracterização de abuso de autoridade.

§ 1º. A prisão preventiva apenas poderá ser decretada nas hipóteses abaixo elencadas, preenchidos os demais requisitos do Código de Processo Penal, quando a medida

for comprovadamente indispensável: I - para assegurar a eventual responsabilização criminal do imputado, diante da tentativa de fuga ou de elevada probabilidade de fuga, a ser aferida a partir de elementos concretos, demonstrados nos autos, não podendo ser presumida;

II - para se assegurar a obtenção e preservação de elementos informação e provas que interessem à persecução penal;

III - para impedir ou fazer cessar a prática de violência ou grave ameaça contra a vítima, possíveis testemunhas ou agentes públicos encarregados da investigação e instrução criminal, diante de fundados indícios, demonstrados nos autos;

IV - para impedir a tentativa ou consumação de crimes submetidos à pena mínima cominada igual ou superior a 4 anos de reclusão, por parte do imputado, se mantido solto, desde que haja suficiente demonstração da elevada probabilidade do mencionado cometimento de tais delitos, o que não poderá ser presumido.

§ 2º A prisão preventiva jamais poderá ser utilizada, a qualquer título, sem demonstração efetiva da sua imprescindibilidade. A prisão não poderá estar fundada na gravidade abstrata da suspeita ou da imputação, tampouco podendo ser aplicada com finalidades retributivas, expiatórias, com a finalidade de se assegurar a credibilidade do sistema de justiça criminal ou com o fim de se assegurar exemplos edificantes para a comunidade.

§ 3º. Situações de clamor público, prognoses de aplicação da lei penal ou da conveniência da instrução criminal, ou risco de consumação de prescrição, não justificam, isolada ou conjuntamente, a aplicação de prisão preventiva.

§ 4º. No caso de eventual concurso de pessoas ou de crime plurissubjetivo, a fundamentação será específica para cada investigado ou acusado.

§ 5º. Na hipótese do inciso II, acima, a prisão deverá ser imediatamente interrompida tão logo as evidências ou provas houverem sido apreendidas. A prisão não poderá ser empregada como meio de coação para que suspeitos ou acusados produzam provas contra si, de modo a forçá-los a entregar ao Estado prova que porventura tenham em seu poder e cujo paradeiro seja conhecido ou desconhecido pelas autoridades estatais, sem prejuízo da expedição de mandado

A pretensa redução das possibilidades de manejo da prisão preventiva é diretamente proporcional à diminuição da discricionariedade atribuída ao magistrado no momento da decretação, que, atualmente, muito se dá em razão da previsão de requisitos extremamente genéricos e abrangentes como “garantia da ordem pública”, “conveniência da instrução criminal” e “assegurar a aplicação da lei penal”. Esse amplo espaço interpretativo ofertado pela lei patrocina justificativas para o manejo da prisão no curso do processo que variam de acordo com as ideologias de cada julgador e transforma o encarceramento provisório em um falso instrumento de legitimação social (VASCONCELOS, 2008).

A proposta de fixação de critérios mais objetivos, que condicionam a decretação da prisão preventiva a uma fundamentação com base em fatos concretamente demonstrados, chama a atenção, mais uma vez, para a necessidade de constitucionalização da aplicação da lei penal e dos dispositivos processuais penais.

Nesse ponto de discussão, vale reforçar a necessidade da observância do princípio da legalidade como postulado regulador do sistema garantista no campo do direito penal. Luigi Ferrajoli (2014) defende a adoção do princípio da legalidade em sentido estrito, como uma norma metalegal dirigida ao legislador, cuja função principal é produzir leis, cujo “conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz somente à lei” (FERRAJOLI, 2014, p. 93). Ou seja, a inserção de expressões ambíguas e evasivas na lei penal facilita apreciações excessivamente subjetivas e discricionárias pelo julgador e não atendem plenamente ao que informa o princípio da legalidade.

No campo do Processo Penal, a Constituição de 1988 trouxe os fundamentos para uma interpretação baseada nas garantias de defesa da pessoa acusada. O sistema processual brasileiro, de natureza acusatória, assegura a estabilidade do processo, desde a investigação até a sentença, sendo um “imperativo do processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 109). Um corolário do sistema de garantias constitucionais é o pressuposto de que, num Estado

Democrático de Direito, a liberdade é a regra e a prisão, exceção¹³. Tal pressuposto se reforçou com a aprovação da Lei nº 12.403/2011, que trouxe um novo regramento às prisões preventivas e estabeleceu a necessidade de análise, por uma autoridade judiciária, do cabimento de uma ou mais medidas cautelares, alternativas e anteriores à prisão. Em 2015, após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade das audiências de custódia, consolidando o sistema processual que temos, até o momento, em funcionamento no Brasil (BRASIL, 2015).

Porém, ainda que tenhamos observado avanços na legislação processual penal após a aprovação da Lei nº 12.403/2011, os termos “garantia da ordem pública”, “garantia da ordem econômica” e “conveniência da instrução criminal” permaneceram na redação do art. 312 do CPP, permitindo a discricionariedade do juiz na análise da prisão preventiva. Eugênio Pacelli explica que a tutela da ordem pública e da ordem econômica em nada guarda relação com o processo, pois verdadeiramente se destinam “à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social” (PACELLI, 2009, fl. 451-452). Cristina Zackseski e Patrick Mariano explicam:

ordem pública significa respeito à lei e funcionamento regular das instituições de controle. Nas políticas criminais atuais, significa a manutenção do controle sobre aquilo que as pessoas percebem como distúrbio no funcionamento das instituições que devem agir em seu favor. No campo específico das políticas de segurança observa-se que o conceito de ordem pública que orienta as políticas de segurança no Brasil desempenha uma função deslegitimadora do discurso dos direitos humanos e da participação cidadã, uma vez que a guerra contra o crime adquire maior relevância política se comparada às ações dos governos locais destinadas à inclusão dos habitantes das cidades e ao incentivo a comportamentos conforme a lei (ZACKSESKI; MARIANO, 2016, p. 112)

Por outro lado, os fundamentos que permeiam a prisão cautelar para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, em sua essência, são tidos como fundamentos genuinamente cautelares (LOPES JÚNIOR, 2013; TOURINHO FILHO, 2010, PACELLI,

¹³ Tal concepção advém da garantia constitucional prevista no art. 5º, LXVI da Constituição Federal: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988).

2009). Partindo desse pressuposto, observamos que tais fundamentos foram devidamente “diluídos” ao longo da proposta de redação do art. 312 do Código de Processo Penal, sobretudo no texto dos incisos I, II e III. Importante chamar a atenção para a inserção da exigência de demonstração do risco de fuga, a partir de circunstâncias concretas presentes nos autos, muito embora devesse ser desnecessário prescrever ao magistrado que a decisão excepcional sobre a prisão cautelar do acusado não deve ser tomada a partir de ilações e conclusões desvinculadas da realidade fática e probatória (LOPES JÚNIOR, 2013).

O *caput* da proposta também merece atenção e ajustes de redação, como recomendam as regras básicas de Legística material, no sentido de conferir mais clareza à proposta de texto legal. A menção às “demais regras de hermenêutica, aplicáveis em toda a persecução penal” e a vedação à ampliação por analogia nos parecem desnecessárias. Como se trata de uma proposta elaborada por organizações da sociedade civil que trabalham, majoritariamente, na defesa de pessoas vulneráveis, é importante reconhecer o contexto da redação; porém, a redação, como se encontra, nos parece desproporcional, já que o sistema acusatório já permite a interpretação das duas questões mencionadas no *caput*.

No tocante ao fundamento da conveniência da instrução criminal, a proposta apresenta condições legais mais objetivas do que seria efetivamente um risco ao desenvolvimento normal do processo, tais como “assegurar a obtenção e preservação de elementos de informação e provas”, “impedir ou fazer cessar a prática de violência ou grave ameaça contra a vítima, possíveis testemunhas ou agentes públicos encarregados da investigação”. Somado a isso, a proposta traz vedação expressa à prisão preventiva decretada como meio de qualquer tipo de coação do acusado, quer para fazê-lo desistir do seu direito ao silêncio, quer para forçá-lo a entregar outros suspeitos ou provas.

A proposta de redação do §2º do art. 312 também incorpora uma importante posição doutrinária e jurisprudencial acerca da impossibilidade de decretação da prisão cautelar baseada na gravidade abstrata do delito¹⁴, bem como na necessidade de assegurar a credibilidade da justiça criminal, ou ainda, para servir como meio de prevenção geral. Quando ocorre a

¹⁴ Recente pesquisa conduzida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, financiada pelo Conselho Nacional de Justiça, aponta o uso do fundamento “gravidade abstrata do delito” para a conversão de prisões em flagrante em prisões preventivas, em audiências de custódia, revistas pelos Tribunais de Justiça de São Paulo e Tocantins, para casos de pessoas presas por tráfico de drogas, e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, para casos de roubo (BRASIL, 2018, p. 257-258 e 279).

desvirtuação da prisão preventiva pelo legislador e pelo julgador, Odone Sanguiné (2001, p. 30) alerta para a colocação em perigo do desenho constitucional do Estado de Direito.

Outro ponto de grande valia da proposta em análise é a confirmação do caráter excepcional da prisão cautelar no processo penal inserido na proposta, porquanto prevê o rol taxativo das hipóteses de decretação, nos moldes já mencionados, além de exigir que a medida seja comprovadamente indispensável. Também se destacou a necessidade de ponderação do binômio “suficiência-adequação” no momento da escolha das medidas cautelares em cada caso, de modo a impor ao magistrado que faça o juízo de proporcionalidade entre o risco concreto que precisa ser tutelado (constantes no rol do art. 312) e a(s) medida(s) cautelar(es) mais adequada(s) para tanto.

A proposta, de forma geral, sustenta-se no sentido de uma (re) constitucionalização do processo penal, fazendo com que as prisões provisórias sejam, de fato, a *ultima ratio* do sistema de justiça criminal (LOPES JÚNIOR, 2013).

2 ANÁLISE DA POLÍTICA CRIMINAL EM MATÉRIA LEGISLATIVA

Diante do cenário exposto, não há dúvidas de que a iniciativa das soluções para a melhoria das condições do sistema carcerário no Brasil envolve necessariamente a elaboração de uma política de desencarceramento em todos os processos de criminalização, especialmente no âmbito legislativo. Sabe-se que, desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 até meados de 2015, 203 leis penais e processuais penais alteraram o ordenamento jurídico brasileiro (FERREIRA, 2017, p. 133), indicando a franca expansão do direito penal (IBCCRIM, 2017). A aposta pela criminalização é muito frequente, no Brasil, como cortina de fumaça para os problemas no campo da segurança pública.

Para Salo de Carvalho (2010), há uma anomalia no processo de reformas penais no Brasil, decorrente da ausência de investigações empíricas prévias ao processo legislativo, que resultam na produção de leis penais a partir de dois eixos centrais: a) projetos para responder casos emergenciais como, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, impulsionados pela opinião pública e pela demanda midiática, resultando no fenômeno do populismo punitivo; b) projetos estruturados a partir de

sistemas dogmáticos por autoridades em matéria penal, como, por exemplo, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, mais condizentes com a estrutura e principiologia penal e processual penal (CARVALHO, 2010).

No campo teórico, deve-se considerar a política criminal como política pública, sendo “um mecanismo discursivo, social e político para: (i) identificar quais condutas merecem ser criminalizadas; (ii) determinar as estratégias de aplicação do poder punitivo” (FERREIRA, 2017, p. 139). No entanto, a prática revela que as medidas tomadas pelos agentes políticos representantes de Legislativo e Executivo têm como pressuposto, quase que exclusivamente, os interesses da opinião pública, de modo que direcionam sua atuação em favor dos seus interesses eleitorais, sem se ater a dados, pesquisas, avaliações de impacto. Já o Judiciário, ao priorizar a aplicação da prisão em detrimento das medidas alternativas ao cárcere, incrementa a cultura do encarceramento na mesma proporção que aprofunda as deficiências do sistema (PASSOS; LIGUORI FILHO; GRAVA, 2016), além de colaborar sensivelmente para a perpetuação da seletividade penal. A execução penal, alijada do debate das ciências criminais, recebe corpos e processos sistematicamente, resultando na superlotação carcerária e na sucessiva violação a direitos fundamentais.

Recente relatório de pesquisa do Ipea sobre o tema conclui que “a menor utilização do sistema de justiça criminal não se impõe apenas como medida de implementação de preceito constitucional, mas também pela sua baixa eficácia e eficiência” (BRASIL, 2015a, p. 92). Inegavelmente, essa adequação passa pelo incentivo aos mecanismos de alternativas penais em detrimento da redução da resposta penal à prisão e por reformas legislativas que propiciem o uso de instrumentos menos punitivos à solução de conflitos sociais, que não necessariamente precisem do processo penal.

Por todos esses motivos, a análise das propostas legislativas fundada na Legística – Material e na avaliação de impacto legislativo – é relevante para o reforço da discussão pública das propostas, de modo a mobilizar a sociedade em torno das alterações, acompanhando os projetos de lei que já foram proposto e encorajando a propositura de outros mais sobre a matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o presente artigo procurou apresentar uma análise de três propostas de alteração legislativa: (i) do Código Penal, relativamente

aos crimes de furto e roubo; (ii) da Lei de Drogas, relativamente à criminalização do uso e tráfico de drogas; (iii) e do Código de Processo Penal relativamente aos critérios de aplicação da prisão preventiva.

As 16 propostas de alterações legislativas apresentadas ao Congresso Nacional buscam impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa no país. A análise se restringiu aos quatro fatores que mais levam pessoas à prisão, de acordo com os dados estatísticos oferecidos pelo Depen; no entanto, com os instrumentos da Legística Material, foi possível perceber que a iniciativa tem perspectivas de alcançar o objetivo almejado: contribuir para a redução da população prisional brasileira.

As alterações propostas para o Código Penal revelam que o equilíbrio das penas previstas para o crime de furto, além do redirecionamento da titularidade da ação penal, poderia incentivar mecanismos de composição do conflito em detrimento da aplicação do direito penal, ou ainda possibilitar com maior frequência a aplicação de penas alternativas à prisão. Quanto ao crime de roubo, a proposta de um tipo intermediário, com a previsão de causa de diminuição de pena, poderia diminuir sensivelmente o quantum de pena aplicado para este crime, proporcionando mais rapidamente a progressão de regime prisional.

As alterações previstas para a Lei de Drogas revelam que uma efetiva política de “combate às drogas” deve necessariamente se afastar do sistema de justiça criminal e se aproximar de uma abordagem que garanta saúde redução de danos e direitos humanos. Esta proposta também revela que o sistema de justiça criminal somente será efetivo se houver o direcionamento da repressão àqueles que financiam o tráfico de drogas, oferecendo outras formas de tratamento àqueles que estão na base da criminalidade.

Além disso, esta proposta incorpora diversos entendimentos já consolidados na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir da hermenêutica constitucional da Lei de Drogas, e que já deveriam ter sido encampadas pelas decisões judiciais.

A alteração prevista para o art. 312 do Código de Processo Penal incorpora o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da necessidade de adoção de critérios mais objetivos para a decretação da prisão preventiva, bem como reforça

o caráter subsidiário da prisão no curso do processo, o que certamente impactaria significativamente na descarcerização pretendida.

Até o momento, 14 das 16 propostas normativas foram assinadas por Deputados e Senadores estando em tramitação no Congresso Nacional na forma de diversos Projetos de Lei: PLS nº 113/2017, PLS nº 114/2017, PLS nº 115/2017, PLS nº 118/2017, PLS nº 119/2017, PLS nº 121/2017, PL nº 7512/2017, PL nº 7513/2017, PL nº 7514/2017, PL nº 7515/2017, PL nº 7516/2017, PL nº 7517/2017, PL nº 7518/2017, PL nº 7972/2017, PL nº 7973/2017 e a PRC nº 234/2017. A maior parte das propostas de alteração do Código de Processo Penal já foi apensada ao PL nº 8045/2010, em que se discute a reforma do Código de Processo Penal, como é caso do PL nº 7072/2017, correspondente à proposta nº 14, acerca das mudanças de critérios e condições para a prisão em flagrante e a prisão preventiva, parcialmente analisada no presente trabalho.

O PLS nº 118/2017 e o PLS nº 115/2017 correspondem, respectivamente, às propostas de alteração do Código Penal quanto aos crimes de furto e roubo, e de alteração da Lei de Drogas também analisada neste trabalho. Conforme o andamento disponível no sítio eletrônico do Senado Federal, até o momento ambas as propostas não sofreram emendas pela Comissão de Constituição e Justiça, e se encontram no aguardo de designação do relator (BRASIL, 2018).

Apesar do grande esforço empreendido pelas entidades envolvidas na organização das 16 medidas contra o encarceramento em massa, na própria apresentação do projeto já se reconhece que apenas as mudanças legislativas não são suficientes para promover o desencarceramento pretendido. No entanto, é preciso reconhecer que a força do empenho coletivo para a transformação da situação que estamos vivenciando hoje é fundamental, sobretudo, quando a união de esforços tem a pretensão maior de enfraquecer a cultura punitiva tão fortemente arraigada na sociedade e nas instituições públicas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Lozano. Os problemas do Direito Penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 17, p. 99-117, set./dez. 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. **Sociologias**, Porto Alegre. vol. 7, n. 13, p. 212-241, jan./jun., 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23562.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARATTA, Alessandro. Introducción a la criminología de la droga. **Nuevo Foro Penal**, n. 41, p. 329-346, 1988. Disponível em: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4198>. Acesso em: 4 out. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editorial Verbo, 2007.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. 2017a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/523314-QUATRO-CPIS-JA-INVESTIGARAM-O-SISTEMA-PENITENCIARIO-BRASILEIRO.html>. Acesso em 12 set. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro. **Relatório Final**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017b.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais - Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília, DF: Fórum Brasileiro de Segurança Pública/CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf> Acesso em 25 jan. 2018.

BRASIL. Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 nov. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3665.htm. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações**. Infopen – 2016. Brasil, 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações**. Infopen Mulheres 2ª edição. Brasil, 2017c. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Projeto “Pensando o Direito”**: Tráfico de Drogas e Constituição. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf Acesso em 25 jan. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). **Aplicação de Penas e Medidas Alternativas**: relatório de pesquisa, 2015a. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7517/1/RP_Aplica%C3%A7%C3%A3o_2015.pdf. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2017**. Altera os artigos 33, 35, 40 e 44 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e dá outras providências. Brasil, 2018a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128870>. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 118, de 2017**. Altera os artigos 155 e 157 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasil, 2018a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128885>. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.249.427** – São Paulo. Agravante: Eronildes Teixeira da Hora Junior. Agravado: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, DF, 15 de maio de 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84293082&num_registro=201800355388&data=20180629&tipo=91&formato=PDF . Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial nº 1.113.728** – Santa Catarina. Recorrente: Paulo Ricardo Able. Recorrido: Ministério Público de Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 29 de setembro de 2009b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6288183&num_registro=200900574340&data=20091019&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.797** – Paraná. Paciente: Antônio Luiz da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 1º de abril de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79154>. Acesso em 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97.256** – Rio Grande do Sul. Paciente: Alexandre Mariano da Silva. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879> Acesso em 25 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 122.010** – Mato Grosso do Sul. Paciente: Ricardo Teodoro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000228991&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem em Habeas Corpus** nº 85.298 – São Paulo. Paciente: Law Kin Chong. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de março de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80302>. Acesso em 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 635.659 – São Paulo. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em 25 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante** nº 24. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>. Acesso em 24 jan. 2019.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei nº 11.343/2006**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira (coord.). **Furto e roubo no DF: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade**. Brasília, DF: UnB/ ESMPU/ MPDFT, 2010. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/roubo-e-furto-no-df-avaliacao-da-efetividade-das-sancoes-nao-privativas-de-liberdade.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

DAVIS, Angela. **Mulheres, cultura e política**. São Paulo: Boitempo. 2017.

DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=6120957>. Acesso em: 14 set. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Carolina Costa. Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/7241>. Acesso em: 24 jan. 2019.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 137-180., mar. 2017.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ROXIN, Claus. **Direito Penal Brasileiro Parte Geral: Princípios Fundamentais e Sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GANDRA, Thiago Grazziane. A Inconstitucionalidade da Criminalização do Uso de Drogas. **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, v. 10, p. 153-165, jan./jun. 2014. Disponível em <https://www.amagis.com.br/plus/modulos/edicao/download.php?cdedicao=18618> . Acesso em: 22 set. 2018.

GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 87, p. 84-102, nov-dez/2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais et al. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2017b. 62 p., 31 cm. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134754 Acesso em: 15 set. 2018.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro De Ciências Criminais. 16 medidas contra o encarceramento em massa. **Propostas do bloco V: Código de Processo Penal. Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 294., mai. 2017a. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5961-16-MEDIDAS-CONTRA-O-ENCARCERAMENTO-EM-MASSA. Acesso em: 2 out. 2018.

JESUS, Maria Gorete de (coord.). **Prisão provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo: Núcleo de Estudos sobre a Violência, 2011. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas: dos perigos da proibição à necessidade da legalização. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, p. 9-23, 2013.

KOBIELSKI, Marina Balestrin. A seletividade do sistema penal brasileiro: uma análise da relação entre o perfil majoritário da população carcerária masculina e os crimes contra o patrimônio privado e público. *In*: AMARAL, Augusto Jobim do; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; MARTINS, Fernanda; MEDINA, Roberta da Silva (Orgs.). Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUCRS. Criminologia Global. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 2, p. 99-112.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Letícia Vier; BOARINI, Maria Lúcia. Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos. **Psicologia: ciência e profissão**. Maringá, n. 33, p. 580-595, 2013.

MARONNA, Cristiano Ávila et al. **16 medidas contra o encarceramento em massa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2017. (Vídeos institucionais). Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/691-Ato-Publico-e-Debate. Acesso em 15 set. 2018.

MONTEIRO, Renan Cajazeiras. **A titularidade da ação penal no crime de furto**, 2005. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=144176. Acesso em: 8 set. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A droga da Lei de Drogas**. Disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/droga-da-lei-de-drogas>. Acesso em: 14 set. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; GRAVA, Guilherme Saraiva. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 283, p. 3-4, jun. 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129477. Acesso em: 29 set. 2018.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REZENDE, Beatriz Gonçalves Ramos de. **A ilusão do proibicionismo:** estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2011. Tese de Doutorado. Disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/9856> Acesso em: 25 jan. 2019.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Tráfico e sentenças judiciais:** uma análise das justificativas na aplicação da Lei de Drogas no Rio de Janeiro. 2018. Disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4e5dc1e0cfbe4c59a6976057c42d0fd1.pdf> Acesso em: 25 jan. 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RUIVO, Marcelo Almeida. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da lei 11.343/2006). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 281, p. 12-13., abr. 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128875. Acesso em 23 set. 2018.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 9, n. 107, p. 29-31, out. 2001. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=1922 Acesso em 28 set. 2018.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira.** Dissertação de Mestrado. Franca: Universidade Estadual Paulista, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/135984> Acesso em 24 jan. 2019.

TOURILHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico.** 2008. 178 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4657>. Acesso em: 27 set. 2018.

VERSELE, Séverin-Carlos. A cifra dourada da delinquência. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, n. 27, 1980, p. 05-20.

ZACKSESKI, Cristina Maria; GOMES, Patrick Mariano. O que é ordem pública no sistema de justiça criminal? **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 108-125, fev/mar 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.