

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

ALEKSSANDRO SOUZA LIBÉRIO

DIREITOS HUMANOS E POLÍTICA CRIMINAL:
A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA UMA INTERVENÇÃO PENAL
LEGÍTIMA

BRASÍLIA

2020

ALEKSSANDRO SOUZA LIBÉRIO

DIREITOS HUMANOS E POLÍTICA CRIMINAL:
A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA UMA INTERVENÇÃO PENAL
LEGÍTIMA

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação da professora Carolina Costa Ferreira apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito.

BRASÍLIA

2020

ALEKSSANDRO SOUZA LIBÉRIO

DIREITOS HUMANOS E POLÍTICA CRIMINAL:
A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA UMA INTERVENÇÃO PENAL
LEGÍTIMA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

17 de dezembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Prof.a Dra. Carolina Costa Ferreira
Orientadora

Prof.a Dra. Clara Moura Masiero
Examinadora

Prof.a Dra. Érica Babini Lapa do Amaral Machado
Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico esta conquista à minha mãe, dona Maria Amélia, por todo esforço e esperança depositada em mim, por acreditar nessa vitória mais do que eu mesmo. Toda e qualquer homenagem que eu fizer jamais estará a altura do que verdadeiramente mereces, Mãe.

AGRADECIMENTOS

A pavimentação do caminho percorrido até aqui é produto de muitas contribuições de pessoas generosas. Quero deixar registrado os meus agradecimentos a todos e todas que contribuíram com essa jornada.

Agradecer à minha mãe, Maria Amélia, que nunca desistiu de mim, que foi a minha força nos momentos de pouca esperança. Seu otimismo diante de tudo me faz ver como oportunidade todos os percalços. Seus esforços para eu atingir esse grande sonho nunca serão esquecidos. Aqui, na linha de chegada dessa jornada, é Amélia que precisa estar no pódio comigo, pois essa vitória é nossa. Igualmente agradeço a meu pai, Sr. Antônio Ângelo, por estar ao meu lado e torcer por mim. Às minhas irmãs, Alindsay e Alekssandra, por acreditarem que eu seja capaz de muita coisa. Agradecer, enfim, a toda a família que me ajudou de tantas maneiras e que celebram felizes esse momento.

Agradecer aos meus amigos, os velhos e novos, a todo(a)s vocês que estão comigo vivendo todos esses momentos. Gostaria de agradecer nominalmente, mas tenho a benção de possuir muitos, amigos que chamo de irmãos e irmãos de alma, e que me dirigiram forças e pensamentos positivos para continuar com alegria a jornada.

Agradecer ao iCEV e ao IDP por disponibilizar essa oportunidade de qualificação profissional, e, sobretudo, oportunidade de iniciação no mundo da pesquisa acadêmica de formação qualificada. À Faculdade R. Sá que me deu o suporte necessário para participar desse programa de pós-graduação.

Agradecer à minha orientadora Carolina Costa Ferreira, primeiro por estar comigo nessa jornada, segundo por toda atenção e generosidade em me conduzir nos estudos criminológicos. Eu não teria conseguido sem todas as suas orientações. Muito obrigado Carol.

Agradecer a amizade e pensamentos positivos de todos os meus amigos e amigas que ganhei na turma desse mestrado iCEV/IDP.

Agradecer, de forma especial, ao Espírito de santidade, ao nosso Deus, a Ele agradeço a vida, a saúde, a família, o amor e essa conquista.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

OEA – Organização dos Estados Americanos

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	10
1 O ESTADO SANCIONADOR APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	14
1.1 AS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS	15
1.2 A EXPANSÃO DO POPULISMO PENAL	21
1.3 O REALISMO DE ESQUERDA BRASILEIRO	29
2 O AVANÇO DO POPULISMO PUNITIVO E AS AMEAÇAS AOS DIREITOS HUMANOS.....	34
2.1 O AVANÇO DO POPULISMO PENAL NO BRASIL	34
2.2 O RECONHECIMENTO DA VIOLÊNCIA ESTRUTURAL NO BRASIL	47
2.2.1 Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos...	47
2.2.2 Do estado de coisas inconstitucional	49
3 INTERVENÇÃO PENAL LEGÍTIMA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	53
3.1 MODELOS DE INTERVENÇÃO PENAL E FORMAS DE ESTADO	53
3.2 RECONHECIMENTO DAS PESSOAS COMO DESTINATÁRIAS DA POLÍTICA CRIMINAL	56
3.3 POLÍTICA DE DEFESA DOS DIREITOS COMO INTERVENÇÃO PENAL LEGÍTIMA.....	61
Conclusão	69
REFERÊNCIAS	71

RESUMO:

Este trabalho analisou, no campo dos Direitos Humanos e da Política Criminal, a política de defesa dos direitos como modelo de intervenção penal legítima. A questão a ser enfrentada surgiu da inquietação teórica a respeito de qual seria um modelo de intervenção penal legítima e compatível com a Constituição Federal de 1988. Para atender ao propósito de apresentar um modelo de política criminal compatível com o Estado Democrático de Direito, descrevemos o populismo penal e o realismo de esquerda como atuais modelos de políticas criminais no Brasil. Apresentamos uma análise qualitativa das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347/STF) quanto às violações a direitos humanos em razão do avanço do populismo penal. E, a partir do marco teórico de que as pessoas são as destinatárias das políticas públicas em matéria criminal, e não os bens jurídicos, o corpo social ou instituições, é que apresentamos como modelo legítimo a política de defesa dos direitos proposto por Alessandro Baratta. O trabalho é um estudo sociológico do fenômeno criminal, realizado por meio de pesquisa documental e bibliográfica especializada nos tópicos de populismo punitivo, realismo de esquerda e intervenção penal legítima, cujos resultados foram analisados qualitativamente pelo prisma da Criminologia Crítica. Nesse sentido, se concluiu que a política de Defesa de Direitos é substancialmente um modelo de intervenção penal legítima no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Política criminal. Democracia. Criminologia.

ABSTRACT:

This work analyzed, in the field of Human Rights and Criminal Policy, the policy of defense of rights as a model of legitimate criminal intervention. The question to be faced arose from theoretical concern about what would be a legitimate criminal intervention model compatible with the Federal Constitution of 1988. To meet the purpose of presenting a criminal policy model compatible with the Democratic Rule of Law, we describe criminal populism and left-wing realism as current models of criminal policies in Brazil. We present a qualitative analysis of the recommendations of the Inter-American Commission on Human Rights and the Action for Non-Compliance with Fundamental Precepts (ADPF 347 / STF) regarding violations of human rights due to the increase in criminal populism. And, based on the theoretical framework that people are the addressees of public policies in criminal matters, and not the legal assets, the social body or institutions, we present as a legitimate model the defense policy proposed by Alessandro Baratta. The work is a sociological study of the criminal phenomenon, carried out through documentary and bibliographic research specialized in the topics of punitive populism, left realism and legitimate criminal intervention, the results of which were analyzed qualitatively from the perspective of Critical Criminology. In this sense, it was concluded that the Defense of Rights policy is substantially a model of legitimate criminal intervention in the Democratic Rule of Law.

Keywords: Human Rights. Criminal policy. Democracy. Criminology.

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar as atuais políticas criminais no Brasil a partir de marco teórico dos direitos humanos, para avaliar qual o modelo de intervenção penal legítima dentro de um Estado Democrático de Direito. Poderíamos endossar os debates que mantém operativo o Sistema de Justiça criminal atual, não obstante todos seus problemas evidentes, contudo, insistir num modelo de Estado garantidor dos direitos fundamentais revela-se importante e necessário.

Devido aos avanços no campo dos direitos humanos, nas teorias dos direitos fundamentais, e notadamente, nas teorias da democracia, é preciso não apenas reconhecer direitos, mas, sobretudo, assegurá-los, dar-lhes eficácia suficiente para não cair no plano simbólico.

Situando esse debate na literatura penal e criminológica pós-moderna, partiremos do modelo integral das ciências penais que ainda mantém a prisão como centro de controle social formal. Especialmente no Brasil, a lei considera crime a infração penal cuja pena seja de reclusão ou de detenção (art. 1º, Decreto-lei nº 3.914/41). Por esse modelo operativo, o Brasil introduz nas instituições prisionais cada vez mais pessoas, num processo já denominado de encarceramento em massa, cujo principal efeito é a marginalização, segundo diversos dados relativos ao saldo desse sistema.

Na perspectiva da criminologia crítica, esse modelo prisional intervém de forma estruturalmente seletiva sob limitada parcela da criminalidade. Especialistas apontam que esse modelo, desde a criminalização primária, passando pela secundária, até fechar o ciclo na criminalização terciária, opera de maneira tal que os mais vulneráveis perante as estruturas de poder e acerca dos parâmetros socioeconômicos são predominantemente os mais atingidos por esse poder punitivo.

Não se deve negligenciar que os custos humanos são imensuráveis, bem como os custos financeiros de manutenção desse sistema pelo Estado. As prisões brasileiras são mundialmente reconhecidas por sistemáticas violações a direitos humanos. Além disso, conforme mandamento constitucional, os entes federados responsáveis pelas unidades prisionais não apresentam planos reais de financiamento da estrutura prisional necessária ao cumprimento das decisões criminais de prisionização, tampouco para assegurar todos os direitos fundamentais individuais e coletivos não atingidos pelas sentenças condenatórias.

Os objetivos formais declarados pelo direito penal, quais sejam, a retribuição, a reintegração e reeducação dos condenados, são discrepantes do plano da realidade. Os reais

objetivos do sistema consistem em manter a ordem social excludente típica do capitalismo competitivo contemporâneo. De modo que, a resposta estatal ao fenômeno social do crime nos impõe sérias dúvidas acerca de sua eficiência.

Esses pontos típicos do debate sociológico entram no campo da ciência criminal por meio da criminologia sociológica. Essa forma de conceber a realidade do crime serve de chave interpretativa para compreensão dos modelos de políticas criminais adotados pelos Estados pós-industriais. E é dela que nos servimos para análise do objeto desta pesquisa, qual seja, modelos de intervenção penal compatíveis com o respeito aos direitos humanos fundamentais e com o Estado Democrático de Direito.

De forma abrangente, a proposição temática deste trabalho gira em torno da política criminal e dos direitos humanos. Especificamente, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, da possibilidade de um modelo de intervenção penal cuja legitimidade se baseasse nos direitos fundamentais.

Num contexto político-jurídico, marcado contemporaneamente pela diversidade de modelos de política criminal, este debate tem o propósito de apresentar uma via alternativa ao poder de punir, alinhada com os avanços em termos de direitos humanos ao exercício do Poder punitivo.

Especificamente no Brasil após a Constituição de 1988 é possível identificar um modelo de política criminal bastante evidente, o populismo penal. As dinâmicas sociais, situadas num contexto de modo de produção capitalista onde classes sociais bastante antagônicas e economicamente desiguais entram em constante conflito, provocam efeitos diretos no comportamento dos indivíduos no interior dessas sociedades. O principal efeito, que se apresenta como uma importante variante na análise do crime, é segurança das pessoas. E esse vem a ser o ponto elementar do populismo penal, a defesa social contra o inimigo criminoso.

O populismo penal avança em toda a América Latina, mas no Brasil ganha especial fôlego em razão de fatores como aumento da criminalidade e exclusão social, alta visibilidade midiática de casos de grave violência contra pessoa, e o corpo social sendo posto como vítima dos crimes. Premissas que levam a efeito uma emergente resposta estatal no enfrentamento da criminalidade. Igualmente levam a uma demanda por maior punição, encabeçada pelas classes sociais com maior poder de influência ideológica. Tudo isso provoca, como efeito jurídico, uma produção legislativa criminalizante ou endurecedora das penas já existentes, relativização de direitos fundamentais, e o significativo encarceramento em massa dos sujeitos criminalizados.

Por outro lado, o realismo de esquerda se apresenta como um modelo de intervenção penal que visa o enfrentamento de condutas violentas perpetradas contra, sobretudo, grupos

minoritários ou marginalizados. As operações sistêmicas são as mesmas do populismo penal, contudo, a legitimidade se apresenta de forma mais importante devido ao fato de que estas demandas punitivas ecoam de dentro dos movimentos sociais de defesa dos grupos historicamente vulneráveis.

De uma maneira inicial e geral é possível visualizar, a partir dos estudos de impacto desses modelos de intervenção penal, que o sistema criminal se retroalimenta de violências, que pode ser direta, cultural ou estrutural. Por se tratar de uma pesquisa que analisa o Estado sancionador e seu poder de punir, a compreensão da estrutura que opera todo o sistema de justiça criminal possibilita evidenciar uma violência igualmente estruturante. Nesse sentido, é preciso demonstrar como a violência estrutural põe em risco os direitos humanos e a democracia.

Por essas razões, a busca por um modelo de intervenção penal legítima respeitadora dos direitos humanos e fundamentais é o objetivo geral do debate que se inicia. E, para realizar esse objetivo será necessário abordar metodologicamente, em partes específicas, pontos essenciais para entender os modelos de intervenção penal, a violência estrutural e o modelo de política criminal que visa a defesa dos direitos.

Portanto, em um primeiro momento descreveremos os modelos de políticas criminais típicas do Brasil após a Constituição da República de 1988. O populismo penal e o realismo de esquerda são apontados nesse capítulo pela presença bastante evidente de suas premissas no contexto brasileiro, e por representarem compromissos antagônicos de combate à violência criminal. Contudo, é preciso ressaltar que por uma série de fatores internos e externos o modelo mais operante no Brasil é o populismo penal.

Num segundo momento, e diante da constatação do avanço do populismo penal, que se caracteriza pelo rigor punitivo, explicaremos como a violência estrutural, resultado do aparelhamento estatal para pôr em prática esse modelo de intervenção penal, é violadora dos direitos humanos. Especialmente para esse objetivo abordaremos as recomendações proferidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em casos brasileiros de evidente violação de direitos que estão sob sua competência, e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 de 2015 em que o Supremo Tribunal Federal considerou o sistema prisional brasileiro um “estado de coisas inconstitucional” devido às estruturais e sistemáticas violações a direitos humanos e fundamentais.

Finalmente, atendendo ao propósito desse trabalho, apresentamos no terceiro capítulo um modelo de intervenção penal que se legitima pela importância que dá aos direitos fundamentais, é a política de Segurança dos Direitos proposto por Alessandro Baratta.

Inicialmente, apresentamos os modelos de intervenção conforme o sistema político-econômico do Estado. Em seguida, defendemos que as pessoas são as destinatárias das políticas criminais. E, então, propomos que a política de defesa dos direitos é plenamente habilitada para ser um modelo de intervenção penal legítima dentro dos Estados Democráticos de Direito.

O processo metodológico focado na criminologia crítica nos possibilita enxergar os problemas dos modelos de intervenção penal com criticidade necessária à sua superação, justamente por se caracterizarem por suas constantes violações a direitos fundamentais. Partindo das descrições de David Garland quanto ao populismo punitivo, passando pelas premissas levantadas por Clara Masiero sobre o realismo de esquerda, até as premissas de Eugênio Raúl Zaffaroni acerca do poder punitivo nas sociedades modernas, delineamos as políticas criminais brasileiras após a promulgação da Constituição de 1988.

A partir de um recorte teórico e fático, e a partir de um processo de análise documental acerca do Sistema de Justiça criminal no Brasil, e de um tratamento indutivo aos casos submetidos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, chegamos à conclusão de que o avanço do populismo penal desemboca em graves violações aos direitos humanos.

A política de defesa dos direitos de Alessandro Baratta (1997) se caracteriza, portanto, pelo direito penal mínimo, ou da Constituição, e pela devolução ao campo político-social do debate sobre os conflitos sociais de natureza não violenta. Esse enfoque sociológico da proposta de Baratta é uma politização dos conflitos sociais, reservando ao direito penal o mínimo de intervenção nas liberdades dos sujeitos. Além disso, por esse modelo a forma de intervenção deve se dá estritamente nos termos da lei penal que fundamenta sua legitimidade no respeito aos direitos fundamentais. Por essas razões, a política de Defesa dos Direitos se apresenta como uma intervenção penal legítima dentro de um Estado Democrático de Direito.

1 O ESTADO SANCIONADOR APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Inicialmente, a proposta do presente trabalho consiste em abordar as manifestações do Estado Sancionador brasileiro após a promulgação da Constituição da República em 1988. Antes, apresentamos uma breve contextualização dos debates mais estruturantes das políticas criminais que caracterizaram os Estados ocidentais a partir do último século (pós-industrial). A descrição das políticas criminais a seguir apresentadas é produto da base de pensamentos encabeçada por David Garland (2001) ao apresentar as políticas criminais anglo-saxônicas mais evidentes nas últimas décadas.

Antes mesmo de trazer o contexto das políticas criminais mais recentes é importante situar o debate no campo dos pensamentos políticos. E nesse sentido, cumpre reforçar que a história do poder punitivo do Estado sancionador está associada às formas de dominação de determinados grupos em cada momento e lugar. O colonialismo, o neocolonialismo, a globalização e as revoluções são formas de dominação ocorridas no ocidente, e cada um destes momentos se gerou uma compreensão do mundo e um discurso legitimador e deslegitimador do poder punitivo, conforme os interesses de grupos dominantes (ZAFFARONI, 2014, p. 29). É dizer, o poder punitivo existe e é legitimado a partir de um discurso que o fundamenta, que pode partir desde o discurso político até o jurídico, e esse discurso está diretamente associado às formas e estruturas jurídicas, sociais, políticas, econômicas e culturais de cada momento e lugar histórico.

Cada sociedade possui uma estrutura de poder, e grupos mais ou menos próximos ao centro desse poder. É a partir dessa estrutura que o Estado mantém o controle social das condutas humanas (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 62). Os mais próximos ao poder hegemônico são menos molestados pelo Direito Penal, enquanto os marginalizados são alvos preferenciais desse sistema. A compreensão do controle do crime parte da compreensão da estrutura jurídica e sociocultural, pois em cada momento histórico é possível identificar uma política criminal adequada ao modelo de Estado.

Para a confirmação do Poder Punitivo é necessária uma Política Criminal que informe os saberes penais. A Política Criminal, que pode ser definida como “conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação” (BATISTA, 2007, p. 34), constitui o principal instrumento legitimador do poder punitivo do Estado. Baratta (2000, p. 11) informa que “la política criminal, de hecho, se ocupa también de proponer nuevas definiciones legales y modificar las existentes.”

David Garland (2014) oferece um mapeamento histórico das políticas criminais que informaram o Poder sancionador, particularmente, o controle do crime na Grã-Bretanha e nos EUA, situando a análise nos períodos modernistas e pós-modernista penal. O estudo apresenta duas políticas criminais distintas, o previdenciarismo penal e o populismo punitivo, mas que identificam o significativo papel do Estado no controle do crime a partir das estruturas disponíveis. Esse retrato serve inclusive para demonstrar que as políticas criminais são escolhas politicamente contextualizadas.

Partindo dos pressupostos de que o crime tem conceito empírico, real e dinâmico, que as respostas ao crime derivam de um contexto social, político, econômico e cultural, e que a sociologia jurídica compreende o crime como sendo uma conduta desviante das expectativas sociais (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002), propomos uma reflexão inicial acerca do controle social pelo Estado sancionador a partir da Constituição da República de 1988.

O estudo transversal do poder do Estado sancionar nesse trabalho é significativo para demonstrar que é a partir de escolhas políticas pautadas na “politização” do combate ao crime que se estabelecem as atuais políticas criminais num contexto mais amplo. Os ciclos de produção de políticas criminais no âmbito internacional também repercutem no Brasil. Para tanto, nesse primeiro momento problematizaremos os pressupostos empíricos ofertados por Garland quanto aos modelos de política criminal para em seguida focar as análises no cenário nacional.

1.1 AS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS

Os discursos que legitimam a punição partem das políticas criminais adotadas pelos Estados à medida que realidades sociais e políticas apresentam novas necessidades. Portanto, dentro da teoria social contemporânea, o desenvolvimento de uma reflexão racional da punição parte da compreensão dos processos de transformações sociais e políticas. Conforme análise de Rusche e Kirchheimer (2008, p. 282) “o sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e defeitos”. Mas, num contexto histórico contemporaneamente situado, foi David Garland que buscou evidenciar que as mudanças no campo social têm impactos diretos no controle do crime e da justiça penal¹.

¹ Ver também o texto “A indústria do controle do crime” de Nills Christie (1988).

Dentro de uma cronologia temporal, Garland (2014) identifica duas correntes de política criminal na sociedade anglo-americana o “previdenciário penal” e o “populismo punitivo”. No texto “A Cultura do Controle” de 2001, o autor realiza um estudo das transformações sociais e políticas e seus impactos nas políticas criminais da Grã-Bretanha e nos EUA.

Primeiramente, Garland identifica o chamado previdenciário penal, contexto que embasa as escolhas da política criminal a partir do século XIX até a década de setenta. Por essa política criminal o ideal penal de retribuição e punição ao crime são minimizados, dando lugar à proposta de reabilitação dos condenados. E nesse sentido, segundo Garland (2014, p. 93) “parecia haver uma dinâmica consolidada de mudança progressiva na direção de um correccionalismo cada vez maior”.

Entre outros aspectos apontados por Garland, num processo de racionalização da justiça, a vítima era reconhecida como uma parte desafortunada cujas lesões que sofrera não irradiava de forma geral a toda sociedade. E, portanto, não havíamos uma dramatização da vítima. Quanto ao apelo público, este raramente servia de motivação para a elaboração de políticas públicas.

Nesse contexto, o previdenciário penal se interessava pela opinião de especialistas como forma de embasamento mais profundo nos debates criminológicos. Assim, conforme Garland (2014, p. 103) “a ideia de que o crime era problema a ser enfrentado pelas instituições estatais especializadas estava cada vez mais aceita, à medida que a justiça criminal se aproximava do enquadramento correccional, baseado no tecnicismo, em conhecimentos específicos e na engenharia social”. Diz ainda Garland (2014, p. 105) que “o saber criminológico e descobertas empíricas foram tidos como guias mais confiáveis para a ação do que os costumes e o bom senso”.

Garland ainda pontua que para essa corrente a prisão não funciona, e que a justiça criminal da forma como estava funcionando se apresentava como ora propunha as teorias anomia, subcultura delinquente e rotulação (*labelling approach*), ou seja, passava por teorias psicológicas da anormalidade e teorias sociológicas e dessa maneira as punições eram discricionárias em larga medida. Dizia Garland (2014, p. 105) que “a natureza individualizante, indeterminada e altamente discricionária das práticas correccionalistas conferiam às autoridades do sistema uma extensa latitude no tratamento de condenados ou de jovens necessitados”.

De uma forma geral, o previdenciário penal dava cabo a uma política criminal racional, de caráter utilitarista e tecnicista, cujo objetivo era reabilitar socialmente o condenado, além de tratar o dano somente na esfera da vítima, sem transpor o interesse individual do ofendido.

Mas, segundo Garland, dois fatores sociais contribuíram para a descrença e o declínio da política do previdenciarismo penal antes da década de setenta, os altos e crescentes índices de criminalidade, e a ineficácia do Estado no combate ao crime (GARLAND, 2014, p. 245). Diante do declínio dessa corrente, e a partir de novos contornos sociais após da década de 1970, surge o que Garland identifica como populismo penal.

Devido a ineficácia do Estado no controle do crime através do correccionalismo, o previdenciarismo penal desmoralizou-se. O movimento de negação da reabilitação ganhou força nos discursos políticos e sociais, e os meios de comunicação exploravam as ondas crescentes de crimes no período pós-moderno. Já não se acreditava mais no Estado reformador (GARLAND, 2014, p. 246). Tal contexto abre espaço para o apogeu do populismo penal.

Os discursos políticos se apoderaram do sentimento de crise perpétua para pregar e operar o punitivismo, política criminal que tem como principal fundamento o retributivismo. De acordo com Garland (2014, p. 247) esse desdobramento se revela através do “slogan do ‘nada funciona’, que se popularizou no final dos anos 1970, pode ter sido um exagero histórico, mas gerou o efeito de estabelecer uma atitude nova e pessimista, que persistiria por muito tempo depois de terem sido desmentidos os dos que a sustentavam”.

No contexto dos novos discursos da política criminal do “populismo punitivo” ou “populismo penal”, a vítima tem posição de destaque, não somente porque ganhou reforço nas teorias criminológicas, mas, sobretudo porque os danos sofridos são transmitidos à coletiva que se sente igualmente atingida e desejosa de uma resposta firme do Estado. Por isso, a proteção do público se tornou discurso comum, e a opinião pública passa a ter um peso significativo na nova política criminal. Especialmente nesse ponto há evidente distanciamento do populismo penal para o previdenciarismo penal, posto que nesse prevaleciam as opiniões profissionais.

Alçado à plataforma eleitoral, o populismo penal reproduz o discurso emocional e emergente da população amedrontada com o crescimento das taxas de crime. E, é inserido no contexto eleitoral que essa política criminal traz implicações às autoridades governamentais e também para o sistema de justiça criminal (GARLAND, 2014, p. 248) pois sobrecarrega o Estado nas diversas medidas que precisam ser implementadas para dar cabo à nova forma de enfrentamento do crime.

Um ponto sensível trazido por Garland é o dilema vivido pelas autoridades no período da chamada política da “lei e ordem” situada entre os anos oitenta e setenta, e embora pareça ser uma plataforma eleitoral eficiente, o populismo penal concentra diversas dificuldades operacionais para os governantes. Pelas palavras do autor,

O dilema para as autoridades governamentais hoje em dia, então, consiste em que elas reconheçam a necessidade de abandonar sua reivindicação de ser o provedor primário e eficaz de segurança e controle do crime, mas também vêem, de modo igualmente claro, que os custos políticos de tal abandono são potencialmente desastrosos. (GARLAND, 2014, p. 249)

Quanto a esse aspecto é compreensível quando se observa que o populismo penal abandona, ao menos em larga medida, a racionalidade em detrimento das paixões populares. E, é justamente por isso que vai se fortalecendo a crença em uma sociedade do risco constante, o que vem a legitimar a medidas preventivistas típicas dessa política criminal. O efeito prático é em seguida exposto por Garland (2014, p. 283) quando afirma que “a disposição de aplicar penas severas a criminosos condenados compensa, magicamente, o fracasso em prover segurança para a população em geral”

As medidas de prevenção são adotadas tanto pelo Estado quanto pela população em geral, criando assim o que Garland visualiza como sendo uma infraestrutura da prevenção ao crime e da segurança comunitária, sobretudo pelo incremento da segurança privada. A expansão de toda essa estrutura de prevenção ao crime vem balizar o senso comum que Garland identifica como sendo de uma concepção “absolutista”, posto que ao mesmo tempo que clama por justiça, punição e proteção a qualquer custo, também clama que os inocentes devam ser salvaguardados em níveis razoáveis (GARLAND, 2014, p. 252).

O punitivismo é política criminal que tem como resultado o encarceramento dos alvos da criminalização. A prisão, portanto, ganha uma forte defesa ao criar no público em geral a sensação de que prendendo o Estado está no controle, enfrentando firmemente a criminalidade. Logo em seguida o que se evidencia é um superencarceramento que revela a face mais desigual e perversa desse modelo de política criminal, pois não atinge a todos da mesma maneira, tampouco se mostra eficiente na prevenção de crimes.

Assim, conforme as análises embasadas em Garland resta evidente que duas políticas criminais atuam no último século até o presente, o preventivismo penal e o populismo punitivo. Aquela ligada à ideia de reforma do delinquente, privilegia a opinião de técnicos, a vítima como sendo um desafortunado e por isso não se dá tanta atenção à opinião pública que não se vê igualmente lesada. E esta, o populismo punitivo, tem como ideia central a punição, a retribuição do delinquente, o encarceramento como medida característica, a vitimização como ponto especial, e, portanto, as lesões sofridas reverberam em todo o corpo social fazendo com que surja uma “opinião pública” que clama por soluções para conter as ondas de criminalidade. Essa política punitivista e populista é que chega com mais força à América Latina, e é dela que nos ocuparemos a seguir.

No entanto, para que a abordagem do tema se situe no contexto da América latina é preciso expor teorias acerca do poder punitivo elaboradas nesses países. Zaffaroni situa a política criminal como um aporte teórico a serviço do poder político ou de governo. Nesse sentido, Zaffaroni (2016, p. 125) informa que política criminal “seria a arte ou ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal”.

De uma forma mais elaborada Zaffaroni (2016, p. 126) define que “a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”. O autor inclusive chama atenção para o fato de que a política criminal serve de estofo crítico aos valores e caminhos já eleitos em momentos específicos da história democrática ou autoritária de poder.

Zaffaroni (2019) ao questionar se existe uma criminologia latino-americana ele pretende analisar a ideia de haver uma colonização dos pensamentos latino-americanos com a matriz teórica europeia e norte-americana. Diz o autor que é óbvio que existe uma criminologia latino-americana, e que são importantes para se questionar as estruturas das políticas criminais no nosso continente.

Somos o produto cultural mais completo da colonização do planeta. Basta ler Hegel para verificar que culturalmente somos os fundos do colonialismo planetário. Todos estes saberes culturais se agregam aos ancestrais pré-coloniais e são o suporte da resistência regional do colonialismo. Estes conhecimentos e os adquiridos em larga luta anticolonialista latino-americana, provêm valiosos elementos críticos ao controle social punitivo nos sucessivos momentos de dominação, embora epistemologicamente eles foram marginalizados pela criminologia acadêmica, o que de forma alguma impede a afirmação de sua filiação legítima e inquestionável à nossa criminologia crítica em cada um dos estágios colonialistas². (ZAFFARONI, 2019, p. 42)

E, ainda que Zaffaroni expresse a existência de uma criminologia latino-americana, a questão que ele enfrenta ainda se faz necessária justamente porque há um laço estreito entre a política criminal de um Estado e o desenvolvimento de criminologias. Ou seja, a medida que se desenvolvem os pensamentos criminológicos, as políticas criminais se movimentam de forma reativa. E, se aceitarmos como verdadeira a ideia que as políticas criminais produzidas fora do contexto latino-americano são importações teóricas dissociadas da realidade local, poderíamos suscitar a existência, ou não, de uma política criminal latino-americana.

Nilo Batista pondera que a finalidade da política criminal ganhou um espectro muito maior de abrangência, e que não se reduz à simples tarefa de conselheira da sanção (BATISTA,

² Tradução livre ao texto publicado em espanhol.

2007, p. 35). Por isso, é possível identificar dentro da política criminal diversas correntes que vão desde a defesa de maior rigor penal, até o minimalismo penal, sendo cada uma delas alinhada com as abordagens específicas que tomam como referência.

E mais, Batista lembra as lições de Heleno Fragoso ao defender o papel fragmentário e residual do sistema penal na solução dos conflitos sociais, ele aponta para um modelo de política criminal cuja intervenção penal seja subsidiária às soluções alternativas aos conflitos.

uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais. (FRAGOSO, 1985, p. 17; *apud* BATISTA, 2007, p. 36)

O desenvolvimento de tal argumento tem como fundamento o fracasso do modelo de intervenção penal que tem a pena de prisão como centro de sua atuação. Isso levou a uma crise de legitimidade do fundamento teleológico do sistema penal operado pelas políticas criminais. Vera Andrade conclui que há verdadeira eficácia invertida do projeto penal declarado pelo Estado.

Promessas vitais descumpridas, excessivas desigualdades, injustiças e mortes prometidas. Mais do que uma trajetória de ineficácia, o que acaba por se desenhar é uma trajetória de eficácia invertida, na qual se inscreve não apenas o fracasso do projeto penal declarado mas, por dentro dele, o êxito do não-projetado; do projeto penal latente da modernidade (ANDRADE, 2003, p. 293)

A crítica desenvolvida por Vera Andrade é a mesma que Juarez Cirino dos Santos desenvolve ao longo de sua trajetória na criminologia radical.

O projeto técnico-corretivo da prisão, cuja história registra 200 anos de fracasso reconhecido, marcado pela reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado – célebre isomorfismo reformista de FOUCAULT -, caracteriza-se por uma eficácia invertida, com a reprodução ampliada da criminalidade pela introdução de condenados em carreiras criminosas. (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p. 14)

A criminologia crítica brasileira, portanto, representada pelos expoentes teóricos mencionados analisa as políticas criminais de forma a expor as promessas e os fracassos dos modelos de intervenção penal produzidos pelo sistema integrado de ciências penais no Brasil. Dados elaborados por órgãos nacionais e internacionais revelam que as análises desenvolvidas pela criminologia crítica são reais e de fato ilustram o fracasso do sistema punitivo brasileiro.

1.2 A EXPANSÃO DO POPULISMO PENAL

Antes mesmo da análise do populismo penal brasileiro, é preciso evidenciar como as premissas das políticas criminais europeias e da América do norte cruzam a fronteira e chegam à América-latina. Para esse propósito as pesquisas e análises trazidas por Máximo Sozzo são esclarecedoras.

O populismo penal, embora tenha em Garland seu principal expoente, é objeto que ocupa criminólogos da América do Norte, em especial os trabalhos de Julian Roberts em *Penal populismo and public opinion* de 2003 e “Penal populismo” de John Pratt em 2007.

David Garland ao analisar o controle do crime na Inglaterra e EUA utiliza expressões como *punitive populism* e *popular punitiveness* para primeiro interpretar as políticas criminais adotadas nesses países, e depois usa os termos para designar o momento atual.

Em trabalho posterior Julian Roberts, Loretta Stalans, David Indermaur e Mike Hough (2003) conceituam populismo penal como sendo políticas penais usadas em campanhas eleitorais com objetivo de angariar votos, apelando para a sensação comum de aumento da criminalidade. A pesquisa foi desenvolvida também em outros países de língua inglesa, como Austrália e Nova Zelândia.

John Pratt (2007) aprofunda o debate a ponto de não estabelecer expressamente um conceito sobre populismo penal, apenas faz uma ampla análise da complexa teia estrutural do poder penal, que para ele apresenta uma série de características e consequências conforme as mudanças políticas e também sociais. Embora o populismo penal seja uma corrente bastante evidente nas políticas penais atuais, Azevedo (2009) argumenta que essa tendência não é a única identificável.

Marcelo Campos (2010), aliás, conclui em sua pesquisa que diversas tendências político-criminais coexistem atualmente nos modelos de Estado de Direito. Seguindo os mesmos passos de Campos na análise do campo de políticas criminais nas sociedades contemporâneas, abordaremos duas ondas: o populismo penal e o realismo de esquerda.

Há quem aponte também que o trabalho de Anthony Bottoms (1995) como o primeiro a tratar do fenômeno do populismo penal (SOZZO, 2012). Contudo, iremos seguir nas proposições de David Garland que apresenta uma teoria mais centrada nos aspectos relativos às análises aqui desenvolvidas.

O fenômeno criminal na América do Sul possui particularidades que obrigam uma adequação muito específica de políticas criminais dos países que se situam no hemisfério norte. A forma vertical de integrar os pensamentos criminológicos revela uma certa dominação do

contexto do Norte sobre o Sul, o que provoca anomalias políticas, cujo pensamento colonizador desafia os criminólogos a tecer uma nova hermenêutica (CARRINGTON, HOGG, SOZZO, 2018).

Uma análise sobre as estatísticas criminais brasileira a partir dos anos 80 informa que a criminalidade estava em ascensão, e a sensação de insegurança faz crescer igualmente a demanda social por segurança pública. É nesse contexto de violência, da insegurança e criminalidade que tais questões se tornam centrais no país (AZEVEDO, CIFALI, 2017).

Seguindo o contexto sul-americano, e conforme nos informa Azevedo e Cifali (2017, p. 30), “esta crise de insegurança resultou em um sentido generalizado de crise dos atores estatais que têm sido tradicionalmente responsáveis pelas políticas públicas de segurança e justiça criminal, normalmente localizadas no nível estadual de governo”. Essa crise será usada pelo próprio setor político e pela mídia como catalizador para fomento do punitivismo que caracteriza a política criminal brasileira após 1988.

Numa parte significativa da América Latina, a transição democrática, embora tenha acontecido de maneira não linear, representou um processo de esgotamento dos regimes autoritários, e por conseguinte, a ascensão dos ideais democráticos, do pluralismo político, tolerância à oposição, respeito às liberdades públicas e participação popular nas tomadas de decisão. Esse período, situado entre as décadas de 70 e 80, marca o contexto histórico da virada criminológica nas políticas criminais, com a evidente predominância do populismo punitivo. Esse desgaste deixa marcas inclusive na Justiça Penal em vista da perda de confiança social associada à corrupção, morosidade e ineficiência desta instituição (AZEVEDO, 2005).

Uma grande característica do período é a sensação de insegurança, reforçada pelos meios de comunicação e confirmada pelos dados estatísticos produzidos à época. Nesse sentido, segundo Adorno (1994, p. 102) “trata-se de um sentimento estimulado e intensificado pela fragilidade do poder público em formular e implementar políticas de segurança e justiça capazes de conter o crescimento da criminalidade”.

Os desafios das novas democracias no continente latino-americano se intensificam, conforme as razões apontadas por Azevedo,

Para os novos governos eleitos na região, em todas as esferas de administração (federal, estadual e municipal), o problema da segurança pública passou a se colocar como uma das principais demandas da chamada “opinião pública”, muitas vezes amplificada por via da atuação dos meios de comunicação em massa. O “sentimento de insegurança” é crescente, com o aumento da percepção pública a respeito das diversas esferas da criminalidade, desde a economia do tráfico na favela e a criminalidade urbana violenta até os centros dos sistemas político e financeiro, onde ocorrem a lavagem de dinheiro e os desvios de recursos públicos para o

enriquecimento privado. A resposta estatal é inconsistentemente cobrada e colocada no centro do debate político em períodos eleitorais. (AZEVEDO, 2005, p. 221-222)

O incremento das agendas político-estruturais dos Estados se deu, portanto, no sentido de maior rigor no combate e punição dos crimes de rua que vinham do sentimento social de insegurança e aumento da criminalidade, mas também de outras condutas que passaram ao âmbito de intervenção penal na região, e particularmente no Brasil.

Os crimes contra o sistema financeiro, economia popular, e finanças públicas, chegaram à agenda política em vista de uma modernização das relações entre o Estado e a sociedade civil. Além disso, as relações de consumo se inserem também no âmbito penal como forma de criminalizar condutas lesivas de fabricantes e fornecedores de produtos e serviços essenciais ao incremento do capitalismo na região. No âmbito social, houve criminalização de discriminação étnica, de gênero cujo objetivo era manter uma convivência livre de conflitos. (AZEVEDO, 2005).

Os direitos difusos e coletivos não ficaram de fora dessa nova onda de criminalização. O meio ambiente também está abrangido no novo campo criminal cuja pauta ambientalista que denunciava os perigos da degradação ambiente assistiu a imposição normativa de estruturas para fiscalização e punição dos crimes ambientais. Enfim, conforme mesmo Azevedo (2005, p. 222) “em todas as áreas, houve a ampliação dos fatos caracterizados como delitos, num movimento de criminalização que procura acompanhar a velocidade das mudanças em curso nas sociedades contemporâneas”.

Outras áreas carregam as impressões do populismo punitivo, além das já mencionadas. É o caso das polícias, que, num contexto de Estados Democráticos em ascensão precisam adequar suas atuações às demandas de respeito aos direitos fundamentais de cidadania, como também de inviolabilidade de direitos humanos. Quanto ao sistema de justiça criminal e seu efeito, a prisonização, tentam recuperar suas legitimidades perdidas nos períodos de governos autoritários para demonstrar um mínimo de efetividade, especialmente quanto ao aspecto da ressocialização pregado pelo novo direito penal punitivo (AZEVEDO, 2005).

Assim, arremata Azevedo (2005, p. 226) que “a desorganização das instituições responsáveis pela ordem pública no momento do retorno à democracia deveu-se à continuidade entre o antigo regime autoritário e o regime democrático nascente no plano da segurança pública, no quadro de uma transição longa e difícil”. A repressão agora se volta com força militarizada aos criminosos.

Ainda, no Brasil, numa tentativa de acomodar os pontos trazidos por Garland ao contexto brasileiro evidenciaremos situações marcantes de sua presença por aqui, algumas

inclusive já claramente explicitadas acima. Para tanto, é imprescindível que se explicita a seguinte premissa, o aumento da criminalidade apresenta duas consequências especialmente importantes, a primeira é a perda de legitimidade do Estado quando os cidadãos violam a lei penal, e a segunda é o descrédito nas instituições de justiça e segurança. À par disso, o Estado sancionador brasileiro tem buscado nas últimas décadas recuperar sua legitimidade e apresentar uma resposta, ainda que simbólica, ao aumento da criminalidade. Esse é o caminho material aberto ao populismo penal.

Embora os anos 1980 tenham se caracterizado pelo retorno gradativo dos regimes democráticos em quase toda a América Latina, no Brasil este início foi marcado por crises. A principal delas consistia em harmonizar a repressão das agências de contenção da violência criminal com as conquistas de diversos direitos civis e humanitários (ADORNO, 1994).

As políticas de segurança ainda possuíam forte influência do autoritarismo, e que servia para a imposição arbitrária da ordem nas periferias sociais e culturais no Brasil. Isso denota a crise em formular política de segurança pública dentro dos marcos da legalidade. Em razão disso, as estatísticas oficiais do período analisado indicavam um aumento considerável dos crimes violentos não apenas nos centros urbanos, como também se espalhava pelas cidades do Brasil inteiro. A partir disso, a sensação de insegurança, sobretudo em razão da incapacidade estatal no controle da criminalidade por meios legais, alimentou o punitivismo, que agora conta com o apoio expressivo das massas populares (ADORNO, 1994).

Inobstante as premissas de Garland que o Direito Penal apresenta respostas denegatórias e simbólicas, no Brasil, como resposta ao aumento da criminalidade, o Estado formula mudanças legislativas no campo penal, começando pela alteração de toda parte geral do Código Penal, como também a instituição da Lei de Execução Penal, além de modernização e reaparelhamento policial; no caso específico da prisão, aumento no número de vagas nos estabelecimentos penais. O que em seguida irá desaguar no encarceramento em massa (ADORNO, 1994).

Por outro lado, Adorno (1994, p. 116) esclarece quanto a participação popular na propositura de políticas que “de modo geral, resultaram de iniciativas fortemente estimuladas pelo debate público, que se realiza sobretudo em fóruns especializados, centros de estudos e associações profissionais”, e que contava ainda com o apoio do grande público em razão da visibilidade proporcionada pelos meios de comunicação. Esse debate democrático se revela presente também na Assembleia Nacional Constituinte que irá forjar um novo regime político no Brasil assentado nos avanços democráticos até então alcançados.

Na Assembleia Nacional Constituinte em 1987 e 1988 os debates sobre criminalização se polarizam em duas frentes bastante antagônicas, porém paralelas, os princípios liberais e garantistas da nascente democracia de um lado, e do outro os fantasmas dos mandados de penalização e outros dispositivos punitivos. Isso se reflete na política de guerra ao crime e da política de lei e ordem características desse período (PAIVA, 2018).

Nesse sentido, Paiva (2018, p. 480) expressa que “o discurso punitivo surgido no novo panorama eleitoral foi incorporado nos debates parlamentares e fez nascer a retórica do populismo penal no País, apontando a pena de prisão como forma de solucionar o problema da criminalidade”. O resultado dessa politização se reflete nos próximos caminhos adotados no Brasil no campo do combate ao crime.

Os movimentos sociais já se movimentavam em formular pautas identitárias e defensoras de direitos sociais, igualdade formal, moradia, educação, saúde, trabalho, lazer, etc, que mantinham relação direta com a demarcação de uma nova política criminal. O fortalecimento desses grupos era necessário para que sua legitimidade fosse suficiente para formar coalizões na Assembleia Nacional Constituinte (PAIVA, 2018).

Marcelo da Silveira Campos traz no seu trabalho monográfico um mapeamento das principais pesquisas no Brasil pós Constituição de 1988 acerca das políticas criminais legislativas, nas quais identifica o “Estado de exceção”, “Legislação penal de emergência” e o “Estado penal”. Essas políticas criminais são adotadas pelos governos conforme suas agendas políticas. Porém, cumpre ainda mencionar que a própria Constituição da República promulgada em 1988 traz mandados de criminalização, inclusive acerca dos crimes hediondos, um reflexo do populismo punitivo na Assembleia Nacional Constituinte.

Analisando as proposições legislativas que caracterizam a criminalização primária, Campos nos esclarece que a lei de crimes hediondos seria o ápice do que chama “reencontro das temporalidades” da política criminal voltado fortalecimento do Estado Penal. A partir da pesquisa realizada por Alessandra Teixeira³ que trata do Estado de exceção brasileiro em matéria criminal e penitenciária, Campos propõe refletir sobre o regime de urgência das legislações penais propostas, e algumas aprovadas no Brasil, cujo caráter era puramente repressivo e conservador, em oposição ao liberalismo legislativo (CAMPOS, 2010, p. 96).

Quanto ao aspecto simbólico assumido pelo direito penal em face desse populismo penal crescente no Brasil, Campos avalia o trabalho de Azevedo (2005) como revelador de que as

³ Ver. TEIXEIRA, Alessandra. Do sujeito de direito ao estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

inovações legislativas, sobretudo no âmbito do processo penal, não guardam relação direta com a eficácia de se adotar o direito penal para solução de conflitos que antes pertenciam a outras esferas jurídicas. Conclui ressaltado que tal medida somente reflete as demandas por segurança e penalização na sociedade atual pautada pelas premissas do populismo penal levantadas por Garland (CAMPOS, 2010, p. 103).

Quanto ao aspecto retributivo e gerenciamento de riscos apontado por Garland (2014), a legislação brasileira é bem explícita a esse respeito, como faz saber o artigo 59 do Código Penal brasileiro quando prevê que o juiz estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, as penas previstas para os crimes. Esse dispositivo que consagra a retributividade do direito penal é controverso em alguns aspectos. A título apenas de um exemplo, podemos citar que pesquisas empíricas apontam que o comportamento diferenciado dos juízes quando da valoração da ação e do resultado, tanto pela incapacidade ou impossibilidade de adentrarem no mundo dos acusados dos estratos inferiores da população, seja pautado pelos estereótipos e preconceitos (BARATTA, 2019, p. 177). O reflexo disso é que muitas condenações levam em conta a situação étnico-socioeconômica do acusado, além dos estereótipos típicos da teoria do *labelling approach*.

Nesse sentido, decisões judiciais repletas de preconceitos, estereótipos e ignorância dos saberes criminológicos são comuns no Judiciário brasileiro. Em junho de corrente ano, uma Juíza do Estado do Paraná em sua decisão, onde condena um homem negro por integrar organização criminosa e praticar furtos, afirmou que “sobre sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente”⁴. Essa decisão lamentavelmente não é a única a verbalizar preconceitos e estereótipos que poderíamos mesmo afirmar ser um “senso comum de toga”. Esse distanciamento dos membros do Poder Judiciário com a grande massa empobrecida do Brasil acentua a desigualdade social devido a essa atuação seletiva do judiciário (AZEVEDO, 2009).

Em valiosa pesquisa, Enedina do Amparo Alves⁵ realiza em campo uma série de entrevistas com presas mulheres, negras e pobres. A pesquisa revela que além do descaso do

⁴ Ação Penal nº 0017441-07.2018.8.16.0196 em trâmite na 1ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba PR. Sentença disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/08/condenacao-reu-negro.pdf>> Acessado em: 20 agosto. 2020.

⁵ Ver, ALVES, Enedina do Amparo. Rés negras, judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. 2015. 173 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

Poder Judiciário, e seu distanciamento da realidade das milhares de mulheres presas e submetidas ao arbítrio dos juízes criminais em sua maioria branca, observou-se a ausência de empatia dos serventuários judiciais e penitenciários acerca do silenciamento nos prontuários sobre torturas denunciadas pelas presas. E mais ainda, Alves pontua que o caráter retributivo da pena ressoa diariamente após a condenação através dos castigos, sofrimento, desassistências e negligência aos direitos fundamentais das pessoas, sobretudo mulheres presas (ALVES, 2015). Além do trabalho realizado pela pesquisadora, inúmeros outros são produzidos diariamente no Brasil por instituições e pesquisadores sérios e com metodologias capazes de nos trazer dados muito próximos dessa realidade relatada.

A evidência é que no Brasil as prisões, principal elemento punitivo do populismo brasileiro, é abarrotada de pessoas marginalizadas, ou seja, cidadãos cuja personalidade, conduta social e antecedentes são tidas como reprováveis pelo magistrado brasileiro. O contexto em que os condenados pela justiça criminal brasileira estão inseridos é marginal, logo não se deveria deixar um grau de discricionariedade tão grande nas mãos dos juízes, posto que parcela significativa do poder judiciário é composto de pessoas em condições sociais opostas à dos condenados⁶, que desconhecem os entornos sociais que em alguma medida condicionam as ações desses grupos sociais. Nesse sentido, não se ignora que as racionalidades e práticas dos agentes do sistema de justiça criminal como juízes, promotores e policiais, possuem um papel fundamental na dinâmica do encarceramento e nos resultados penais (SOZZO, 2017).

Jonh Pratt (2007), dialogando com a complexidade das políticas criminais contemporâneas, pontua que as crescentes taxas de criminalidade são muito mais resultantes de mudanças sociais e culturais promovidas pela modernidade tardia do que pelo populismo penal em si mesmo.

O contexto do capitalismo dos países emergentes faz a lógica do sistema punitivo, posto que ambos excluem os indesejados do sistema. Inclusive, a análise crítica da função retributiva da pena é posta em destaque por Cirino dos Santos, para quem,

Se a pena constitui retribuição equivalente do crime, medida pelo tempo de liberdade suprimida segundo a gravidade do crime realizado, determinada pela conjunção de desvalor da ação e de desvalor do resultado, então a pena como retribuição equivalente representa a forma de punição específica e característica da sociedade capitalista. (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p. 470)

⁶ Mapeamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça aponta que o Judiciário brasileiro é composto em sua maioria por homens, de família rica, casados, heteronormativos e brancos. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018 elaborado pelo CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>> Acessado em: 04 ago. 2020.

O populismo penal impõe uma estrutural social própria que provoca uma transformação cultural que acomoda o Poder Punitivo. Dentro do contexto da sociedade capitalista brasileira, uma breve leitura da lei de execuções penais é suficiente para verificar que a força do trabalho é o motor do sistema de justiça criminal também.

Na idade média o Poder divino e o apetite pela verdade legitimavam os atos de penitência e aniquilamento. De forma parecida, na idade moderna a fonte de eliminação dos indesejáveis pelo Poder punitivo era o patíbulo nos espetáculos públicos de execução. Com o advento da era industrial e a intolerável execução pública os ordenamentos estatais readaptaram as punições às necessidades da produção industrial, ou seja, o trabalho. O uso do trabalho como elemento interno das punições é bastante perceptível, por exemplo, na Lei de Execuções Penais brasileira⁷. Todas essas formas de punição revelam as estruturas sociais e sua relação com as formas de dominação penal (ZAFFARONI, 2014).

É preciso ressaltar que a prisão defendida por essa política criminal, de caráter retribucionista, também é uma forma de correcionismo, como bem alerta Zaffaroni e Pierrangeli,

A ideologia da pena era a do treinamento, mediante controle estrito da conduta do apenado, sem que este pudesse dispor de um só instante de privacidade. Essa ideologia será expandida e formulada pelos diversos criadores de regimes e sistemas “progressivos”, mas no fundo seguirá sendo a mesma: vigilância, arrependimento, aprendizagem, “moralização” (trabalhar para a felicidade). Em geral, corresponde à forma de trabalho industrial, tal como era concebida e praticada na época: a vigilância estrita do trabalhador na fábrica, o controle permanente pelo capataz, a impossibilidade de dispor de tempo livre durante o trabalho, etc. (ZAFFARONI, PIERANGELI. 2002, p. 279)

O problema do uso das prisões como instrumento de controle criminal praticado pelo populismo penal é que ele nos leva a um campo de debate muito profundo que é o encarceramento em massa, não só no Brasil, mas em boa parte dos países pós-modernos da América. Nesse sentido, o que se releva importante aqui é demonstrar que a prisão, embora presente nos discursos políticos e do senso comum como elemento primordial no enfrentamento da delinquência, é a medida mais irracional desse discurso. O sucesso do encarceramento se limita ao discurso.

No mesmo sentido, Batista (2007, p. 107) explica que dentro da lógica do neoliberalismo o sistema penal transforma os fins penais de reinserção social, recuperação

⁷ A partir do artigo 28 a Lei de Execuções Penais disciplina o trabalho obrigatório a todos os presos no Brasil. Além disso, o trabalho é requisito para concessão de uma série de benefícios ao condenado (e.x.: art. 27, 38, 44, 55, 126, 132, 200 da LEP).

laborativa, redisciplinamento em uma finalidade neutralizante do condenado. E nesse sentido, reforça a ideia de que a punição é processo de higienização da sociedade, excluindo os desviados, quando não os extermina.

A sensação de insegurança, a inserção da vítima no centro do debate da violência urbana faz surgir uma demanda social por criminalização. Ana Elisa Bechara nos revela a movimentação na política criminal atual nos seguintes termos,

Essa é aspiração de uma coletividade que se autocompreende antes de tudo como vítima, e, por isso, provoca importante transformação no âmbito do Direito Penal objetivo: perde-se a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos frente à intervenção coativa do Estado. A concepção clássica da lei penal como “magna carta” do agente, conforme expunha Von Liszt, cede seu lugar a uma compreensão do Direito Penal como “magna carta” da vítima, causando reviravolta em seus pressupostos científicos, a começar pela própria legalidade. (BECHARA, 2008, p. 412)

Esclarece Bechara que o modelo integrado das ciências criminais proposto por von Liszt entra em conflito quando a expansão do direito penal ocorrida em virtude do populismo penal transforma a justiça criminal em agente coator gigante, o Estado penal, e deixa de ser o direito penal limite ao poder punitivo. A inversão da lógica penal é típica do populismo penal conforme já mencionado quando da abordagem de David Garland.

Retomando a ideia dos movimentos sociais em busca de sua auto-legitimação e participação no debate, inclusive criminológico, é importante nesse momento pontuar que, embora esteja em curso um movimento de populismo penal no Brasil, devido, aliás, a uma espetacularização do processo penal⁸, há movimentos de criminalização pautados em lutas sociais e que encontra um certo grau de legitimidade social devido aos parâmetros utilizados no processo de criminalização de certas condutas. Para a análise desse contexto abordaremos alguns aspectos da chamada política criminal do Realismo de Esquerda.

1.3 O REALISMO DE ESQUERDA BRASILEIRO

Embora o populismo penal punitivo em curso no Brasil seja a política criminal mais evidente, ela não é a única. É possível identificar demandas sociais pelo Direito Penal que encontram algum grau de legitimidade devido ao modo como são elaboradas.

⁸ Este termo se refere a uma série de debates acerca da midiaticização de forma cotidiana e televisiva dos processos criminais no Brasil. Vale a leitura de CASARA, Rubens. A espetacularização do processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: ano 24, vol. 122 p. 309-318. Ago. 2016.

A produção normativa criminalizante tem se revelado bastante intensa (FERREIRA, MASIERO, MACHADO, 2010) desde a promulgação da Constituição de 1988, o que se evidencia por meio das pesquisas realizadas tanto pelas academias, quanto pelos órgãos governamentais. Referidas pesquisas analisam as leis penais por diversos vieses tentando apontar as políticas criminais por trás dos discursos punitivos.

Os dados colhidos e organizados por Marcelo Campos, por exemplo, levaram o pesquisador a concluir que a forma da propositura das leis penais é um viés significativo a se analisar. Há leis que, segundo Campos (2010, p. 194) “se identificam com as características do recrudescimento penal”, e, segundo sua pesquisa, são majoritariamente propostas pelo Poder Executivo a partir do “populismo penal” de casos criminais amplamente promovidos pela imprensa, cujo objetivo é apresentar com urgência uma resposta estatal aos crimes em voga.

Por outro lado, há movimentação de política criminal produtora de leis que visam efetivar direitos, desencarcerar e estabelecer penas e medidas alternativas. Essas legislações são propostas prioritariamente pelos congressistas e não se apresentam como urgentes nas agendas legislativas, portanto, seu trâmite é mais lento (CAMPOS, 2010, p. 195). São justamente essas normas que, em grande medida, se enquadram no movimento denominado Realismo de Esquerda.

Quando se analisa os discursos jurídicos-penais por trás das políticas criminais aqui expostas é necessário ter em mente a legitimidade do poder punitivo nas sociedades contemporâneas. Isso porque o que garante a necessidade e eficácia do Direito Penal é justamente o “dever ser” refletir o “ser”. É preciso, para garantir a legitimidade do discurso penal, coerência e verdade tanto da elaboração do sistema penal quando na sua execução. Assim, num aspecto legalista, as demandas sociais pelo Direito Penal legitimam, a priori, sua existência. No entanto, a legalidade da norma não é suficiente para que o Direito Penal seja plenamente legítimo (ZAFFARONI, 2001, p. 18).

Para Zaffaroni a racionalidade do discurso jurídico-penal é o que o legitima como exercício do poder social. Esse discurso, que opera por meio do sistema penal, seria legítimo se atuasse, de fato, conforme as estritas determinações do sistema penal. No mundo atual o sistema penal não atua de acordo com a legalidade (ZAFFARONI, 2001, p. 20). Por isso, a legitimidade de um Direito Penal democrático, além do critério legalista, deve se preocupar com os critérios de validação das justificativas.

Segundo Masiero (2018, p. 131) para se entender as políticas criminais “deve-se voltar a análise para as suas justificativas”. O sentido defendido pela pesquisadora é que aquelas normas que produzem um endurecimento do sistema penal e que não tem suporte empírico ou

social são oriundas de um populismo punitivo, portanto, conforme Garland, irracional. Todavia, na medida que os discursos das políticas criminais decorrem de problema social concreto, com danos a direitos humanos, cujos demais ramos do direito não enfrentam, e, sobretudo, que decorrem de mobilização por parte de atores sociais envolvidos/afetados, aí, portanto, o realismo de esquerda (MASIERO, 2018).

Masiero defende sua proposta de análise a partir do recorte de normas que decorrem de problemas sociais concretos e cuja mobilização dos atores sociais reflete o anseio real pela intervenção penal. A prova disso é que ela apresenta os crimes de ódio e o Direito Penal Antidiscriminatório como exemplos de legislações que ecoam o anseio social pela intervenção penal e que representam danos concretos, sobretudo aos Direitos Humanos.

Nesse sentido, vale ressaltar os movimentos negros, feministas e LGBT's que, segundo a pesquisadora, demonstram que o Realismo de Esquerda é permeado pela atuação dos movimentos sociais.

Os crimes de ódio são um exemplo de conflito que ascendeu à agenda pública graças à atuação dos movimentos sociais (sobretudo os chamados identitários), que lograram mostrar que se tratava de um problema social e a denunciar os prejuízos que este problema envolve aos atingidos. A partir disso, Estados e Organizações internacionais passaram a produzir políticas públicas para o enfrentamento do problema, dentre elas, instrumentos legais foram construídos no sentido defini-los e até criminaliza-los, conformando o chamado Direito penal antidiscriminatório. (MASIERO, 2018, p. 146)

A tendência do Direito Penal se tornar simbólico nesses casos são menores devido o suporte social e a movimentação de diversos setores, inclusive político e jurídico, no sentido da criminalização de todas essas formas de violência aos Direitos Humanos, como evidentemente são os crimes acima mencionados. Assim, o Direito penal, quando decorrente da política criminal caracterizada pelo realismo de esquerda, ganha em legitimidade e se afasta do simbólico. É praticamente um plano político criminal cuja eficácia não se pode dizer invertida.

Conforme Vera Andrade o sistema penal tem eficácia invertida porque o projeto penal declarado é uma trajetória de ineficácia, enquanto o projeto penal latente, o não-projetado, goza de maior eficácia (ANDRADE, 2003, p. 293). A programação normativa do realismo de esquerda é legítima por sua ideologia estar alinhada com a estrutura e anseio social dos envolvidos no conflito. Não se trata de casuísmo, mas sim de dano efetivo e concreto de uma realidade de violência contra pessoas e grupos.

A partir de uma sucinta análise empírica no Brasil se percebe que as políticas de segurança pública têm dificuldades em implementar estruturas de efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados pelas legislações oriundas do realismo de esquerda. Segundo a Organização

Mundial da Saúde (OMS), o Brasil ocupa a quinta posição no ranking dos países com maior taxa de feminicídio, 4,8 para 100 mil mulheres⁹. De acordo com os relatórios apresentados pelo Grupo Gay da Bahia o Brasil lidera o ranking de países que mais mata LGBT's no mundo¹⁰. O Brasil também lidera o ranking dos países que mais mata defensores ambientais e de Direitos Humanos¹¹.

Essas violências letais contra pessoas e grupos já vulneráveis legitimam a demanda por uma resposta estatal, por isso os atores envolvidos são os principais propositores de criminalização dessas agressões, posto que, vivenciam danos efetivos cotidianamente. No entanto, é com bastante dificuldade que se visualiza políticas de segurança pública voltadas à proteção dessas populações no Brasil. Pelo contrário, uma simples busca por notícias relacionadas à matéria se percebe, em boa medida, que o Estado também endossa e promove violências contra todos eles¹².

Ignacio Cano apresenta um estudo das políticas de segurança pública no Brasil e avalia que os programas federais, estaduais e municipais, embora apresente uma canalização tímida de recursos, sofre pela falta de avaliação dos resultados conseguidos e o impacto dessas políticas nos índices de criminalidade. Ele revela ainda que há forte tendência no sentido de brevidade e descontinuidade dos programas de segurança que dificulta ainda mais as avaliações. E no seu sentir, as avaliações são necessárias para garantir a continuidade e eficiência dos programas e recursos (CANO, 2006, p. 154).

Quanto aos efeitos do realismo de esquerda no que tange prisionização, a partir dos dados existentes, não é possível afirmar com segurança que a criminalização primária (legislativa) é responsável de forma única e majoritária pelo encarceramento em massa no Brasil. Nesse sentido, os processos de criminalização propostos pelo realismo de esquerda segundo FERREIRA, MASIERO, MACHADO (2018, p. 9) não “implica, inclusive,

⁹ ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>> Acessado em 05 ago. 2020.

¹⁰ Grupo Gay da Bahia o Brasil. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>> Acessado em 05 ago. 2020.

¹¹ Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/23/internacional/1532363870_921380.html> Acessado em 05 ago. 2020. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/brasil-lidera-numero-de-assassinatos-de-diversos-grupos-de-pessoas-em-2017-aponta-anistia-internacional-em-novo-relatorio/>> Acessado em 05 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-foi-o-4o-pais-que-mais-matou-ativistas-de-direitos-humanos-em-2019/>> Acessado em: 05 ago. 2020.

¹² Stonewall: A violência policial e os apagamentos. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/a-violencia-policial-e-os-apagamentos/>> Acessado em 05 ago. 2020. Policiais Militares agredem mulher que buscou ajuda contra violência doméstica que sofreu. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/06/15/agredida-por-pms-apos-violencia-domestica-era-pra-me-ouvir-nao-me-bater.htm>> Acessado em: 05 ago. 2020.

necessariamente, em recrudescimento prisional, pois a lei pode criar um tipo penal e dotá-lo de penas alternativas à prisão”.

Estando, pois, o realismo de esquerda pautado pelas aspirações concretas de pessoas e grupos violentados cotidianamente no Brasil, poderíamos indicá-lo como uma política criminal efetivamente democrática. Seu alinhamento com as pautas de movimentos sociais expressam o sentimento democrático de regulação da vida social a partir das concretas demandas e necessidades reais da população violentadas em seus direitos, notadamente os Direitos Humanos.

É nesse sentido que a premissa de Alessandro Baratta, quanto à conceituação de Direitos Humanos, contribui com o debate. Afirma Baratta (1993, p. 46) que “o ser humano, quando considerado dentro de uma determinada fase do desenvolvimento da sociedade, é um “portador” de necessidades reais”. E, nesse sentido, afirma o autor que num contexto histórico-social, a história dos povos é uma contínua tentativa de repressão às necessidades reais das pessoas, dos grupos e povos.

Portanto, quando se está diante de políticas criminais que se propõem a tutelar Direitos Humanos, ou seja, as necessidades reais das pessoas, grupos e povos, tem-se uma política criminal democrática. Sob esse ângulo, o populismo penal representa uma política criminal distante do realismo de esquerda justamente pela característica que essa apresenta de ser uma demanda de defesa dos Direitos Humanos.

Dos argumentos levantados podemos apontar que, embora exista no Brasil atual uma tendência de política criminal no sentido promover e defender direitos humanos, políticas cujo discurso partem de casos e danos concretos, e que denominamos de Realismo de Esquerda, é possível identificar o Populismo penal como política criminal mais atuante. A legitimidade, simbólica, é dada tanto por parcela da população que clamar por mais intervenção penal, como substancialmente por parcela da mídia que fomenta cotidianamente, a partir da exploração de casos bárbaros de crimes, mais endurecimento penal.

O resultado de uma maior intervenção penal com características de populismo penal é demonstrado pela incapacidade estatal em promover tal política criminal dentro dos limites da legalidade. Ou seja, a estrutura do sistema de justiça criminal montada pelo Estado brasileiro reproduz a violência criminal através das constantes e sistemáticas violações a Direitos Fundamentais e, portanto, a Direitos Humanos.

2 O AVANÇO DO POPULISMO PUNITIVO E AS AMEAÇAS AOS DIREITOS HUMANOS

Estabelecido como pressuposto empírico o populismo penal existente no Brasil e na América Latina (SOZZO, 2017; VILALTA, FONDEVILA, 2019), podemos apontar algumas violências daí decorrentes. O sistema de justiça criminal se retroalimenta de práticas que desafiam as bases das jovens democracias latino-americanas e se revelam potenciais e efetivas violadoras de direitos, o superencarceramento é somente um dos evidentes reflexos dessa política criminal.

Levando em consideração especialmente o Brasil, os maiores desafios imposto pelo populismo penal são as sistemáticas violações a Direitos Humanos, ainda que estes sejam os alicerces do nosso Estado Democrático de Direito. Não se trata apenas da violência direta, ou física, mas de graves violações a toda complexidade estrutural que se manifesta na organização do tecido social. E são desses temas que nos ocuparemos adiante.

2.1 O AVANÇO DO POPULISMO PENAL NO BRASIL

Após apresentar teorias sobre o populismo penal e sua relação com o exercício de poder, seguiremos sua análise a partir dos efeitos de seu avanço. Inicialmente Vilalta e Fondeliva (2017) nos apontam que “a maior parte do crescimento da população carcerária na América Latina (60,5%) se deu ao longo da última década, em um ritmo muito mais acelerado que o crescimento populacional da região (19,8%)”. O crescimento da população carcerária é reflexo direto da criminalização decorrente do populismo penal que chegou com força nos países das Américas.

Jesús-María Silva Sánchez (2013) apresenta algumas causas da expansão do direito penal, são eles, os novos interesses decorrentes dos avanços sociais e políticos, o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação da maioria com a vítima do delito, o descrédito de outras instâncias de proteção, os gestores atípicos da moral, a atitude da esquerda política, e ainda apresenta um efeito colateral decorrente dessa expansão, o gerencialismo (SÁNCHEZ, 2013).

Diante desse cenário de expansão, Sánchez questiona o papel do direito penal, visto como instrumento de proteção dos cidadãos, se de fato cumpre com seu propósito de enfretamento da criminalidade. A sustentação ideológica se baseia, segundo Sánchez, nos

consensos gerais acerca do uso cada maior e intenso do direito penal nas sociedades pós-industriais (SÁNCHEZ, 2013). Isso intensifica a crença na virtude desse modo de controle social para o enfrentamento da criminalidade.

Aliás, é possível aproximar as causas apresentadas por Sánchez (2013) com as características do populismo penal já referidas por Garland. E, nesse sentido, associar a expansão do direito penal na forma de expansão do populismo penal, como também evidencia Sozzo (2017). O recurso acentuado ao direito penal se reflete no uso cada vez maior das formas de violências, ora legitimadas pela normatividade, ora ilegítimas; mas sempre violência.

Antes de adentrar ao tema específico da violência estrutural como efeito mais significativo do populismo penal, é preciso alertar para os distintos termos no campo das políticas, pois as semânticas conceituais precisam estar bem situadas e definidas nos contextos específicos. Isso para que os vocábulos assumam seu real significado dentro da lógica de cada campo de abordagem.

Então, apenas para delimitar nosso campo de análise num contexto da criminologia crítica, abordaremos conceitos de política criminal, política social, política de segurança e política de segurança de direitos. A partir desses temas compreenderemos com mais exatidão a violência estrutural.

Primeiramente ressaltemos, embora já se tenha abordado no capítulo anterior desse trabalho, que a política criminal representa “um instrumento principal de legitimação e de reprodução da realidade social” (BARATTA, 1997, p. 58). Ou seja, nos processos de criminalização primária o legislador seleciona as condutas lesivas aos denominados bens jurídicos fundamentais e impõe uma pena. Ocorre que esse discurso oficial recai sobre determinadas classes sociais de forma mais acentuada que outras, retroalimentando as desigualdades sociais características das sociedades pós modernas.

Dentro da lógica dos Estados modernos, a política criminal possibilita o legítimo uso da força, ou seja, da violência tolerada. A racionalidade, legalidade e limites ao poder punitivo são alguns dos debates estruturantes situados nesse campo, mas que não irão nos ocupar nesse momento. A política criminal nos remete também às formas de violência perpetradas durante o exercício do controle social, e esse é o ponto chave desse diálogo que se inicia.

O controle da criminalidade é um campo permeado por discursos e narrativas que a cada momento histórico se apresenta com uma faceta diferente (CAMPOS, 2014). As políticas criminais, que dão conteúdo ao controle da criminalidade, são compostas de um número considerável de variáveis.

O populismo penal, analisado na perspectiva de David Garland, nos revela elementos consideráveis nesse tipo de política criminal. O pensamento retributivista, a defesa social e a opinião pública, a transcendência da vítima, a dramatização da justiça criminal, a permanente sensação de insegurança potencializada e explorada pelos meios de comunicação, a ideia de que a prisão funciona, são os elementos característicos, segundo Garland, do populismo penal ou punitivo.

Analisando mais atentamente o cenário político-criminal brasileiro atual é possível facilmente identificar todos esses elementos. Somos um país cuja administração da criminalidade atende muito mais ao casuísmo midiático e à violência estrutural do que necessariamente um país comprometido em promover uma política criminal alinhada com as bases Constitucionais de direitos e garantias fundamentais (DAL SANTO, 2020; VILALTA, FONDEVILA, 2019).

Os principais efeitos do populismo penal para nosso Estado de Direito são as diversas formas de violência perpetradas inclusive pelo Estado. Embora o termo violência possua semântica conforme o campo de estudo, e se reconheça que não é um conceito unívoco, aqui utilizaremos as definições sociológicas de violência com o objetivo de manter a lógica argumentativa no campo da sociologia jurídica. Portanto, na medida em que avançamos, tendemos a associar as violências diretas, culturais e, sobretudo, estruturais às manifestações sociais.

A reflexão que se faz é no sentido das violências que são resultantes do exercício do poder punitivo nos Estados. Porque é preciso partir da premissa de que o Poder punitivo é exercício de violência pelo Estado detentor legitimado de tal poder. Ainda que estejamos inseridos em Estados pós-modernos não nos desligamos dessa forma punitiva de resolução de conflitos.

Sérgio Adorno (2002) nos remete às lições de Max Weber quando conceitua Estado e nos apresenta os componentes essenciais do seu conceito, quais sejam, o monopólio da violência, dominação e território. Weber afirma que esse monopólio da violência tolerada deve possuir limites, ou seja, o emprego da força não pode ser arbitrário, pois deve encontrar nos ditames legais a legitimidade para seu exercício.

Adorno (2002, p. 8) conclui que “o fundamento da legitimidade da violência, na sociedade moderna, repousa na lei e em estatutos legais”. Ocorre que a legitimação da violência fundada em normas democráticas não é salvo-conduto para práticas violadoras de direitos fundamentais. Esses limites precisam estar alinhados aos Direitos Humanos, posto que o exercício da violência não pode violar aqueles direitos que asseguram a dignidade da pessoa

humana. O que visualizamos em muitos países não só da América Latina são profundas violações à direitos humanos, principalmente por meios institucionalizados (SOZZO, 2017; BRANDÃO, 2019).

Quando o assunto é violência há instantaneamente remissão a alguns adjetivos, como urbana, policial, cultural, sexual, estrutural, entre outros. Mas, poderíamos apontar intersecções entre os termos no que concerne a um conceito abrangente de violência, é o que nos propomos analisar.

Buscamos na tipologia da violência os conceitos que servem de partida para compreensão da violência estrutural, ponto central da análise. Na tradição jurídica, sociológica e antropológica brasileira não são comuns textos que nos apresentam uma definição abrangente do termo violência, mesmo sendo um tema transversal às diversas ciências. Como forma de enfrenta-lo apontamos três tipos de violência: direta, cultural e estrutural.

Enquanto que em relação à violência cultural e estrutural buscamos suas bases em Johan Galtung (1969; 1990), o conceito de violência direta fica por conta da Organização Mundial da Saúde, que no Relatório Mundial sobre violência e saúde (2002) a define como “uso intencional da força física ou poder, ameaçado ou efetivo, contra a si mesmo, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade, que resulte em ou tenha uma alta probabilidade de resultar em ferimentos, morte, dano psicológico, deformações ou privação” (KRUG et. al., 2002, p.5). Depreende-se de tal definição que a violência direta ocorre por meio de agressão à pessoas ou grupos, cujo resultado danoso pode ser atribuído ao agressor identificável.

Essa forma de violência é bastante visível, e se apresenta na forma de tortura, morte provocada, desaparecimentos forçadas, sequestros, estupros, roubo, entre outros. Estas ações descritas no Código Penal como criminosas impõem uma responsabilização direta ao infrator, e as formas de enfrentamento da baseiam-se em políticas penais.

A violência cultural, segundo Galtung (1990, p. 291) seriam aqueles “aspectos da cultura, a esfera simbólica da nossa existência – exemplificada pela religião e a ideologia, a linguagem e a arte, a ciência empírica e formal (lógica, matemática) – que pode ser utilizada para justificar ou legitimar a violência direta ou estrutural”¹³. A violência cultural se utiliza das linguagens como legitimação de ações violentas. As “guerras santas”, a supremacia racial (racismo), o machismo, sexismo, estupro, são formas criminosas da violência cultural, sempre presentes na história da humanidade, pois se manifestam nas sociedades através de narrativas

¹³ Tradução livre do texto publicado em 1990 no *Journal of peace research*. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0022343390027003005>> Acessado em: 02 out. 2020.

diluídas em todas as instâncias do dia-a-dia sem que se possa evidenciá-la sem uma análise mais profunda dos fatos.

Na conjuntura brasileira atual, em mais de uma oportunidade, o Presidente da República afirmou que ser homossexual é “falta de porrada”¹⁴. A Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos verbaliza que “menino veste azul e menina veste rosa”¹⁵. Esses discursos reforçam as violências culturais praticadas contra homossexuais e mulheres, grupos vulneráveis e que sofrem violências sistêmicas no Brasil. Homofobia é ainda um dos crimes graves mais presentes na nossa cultura¹⁶, e o feminicídio coloca o Brasil numa posição global de destaque em razão de seus altos índices¹⁷.

A respeito da violência estrutural, valem também as reflexões de Johan Galtung (1969, p. 171) apontando que “talvez não haja nenhuma pessoa que diretamente cause dano a outra na estrutura. A violência é embutida na estrutura e aparece como desigualdade de poder e consequentemente como chances desiguais de vida”. Violência estrutural é um processo de dominação que ocorre a médio e longo prazo, cujos danos nem sempre se revelam aparentes (CONTI, 2019).

Conti (2019, p. 103) nos apresenta o caso do *apartheid* como “um conjunto de leis, normas, aparato burocrático, forças policiais, militares, legislativas, mais o apoio cotidiano de parte da população, que atuaram de forma mais ou menos organizada todos os dias para contribuir para a manutenção do sistema”. A violência aqui não se subsumi a uma ação ou omissão de infrator identificável, mas, como esclarece o autor, compõe toda uma estrutura do Estado.

¹⁴ “Ter filho gay é falta de porrada”, diz Bolsonaro. Geledés. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/ter-filho-gay-e-falta-de-porrada-diz-bolsonaro/>> Acessado em 02 out. 2020.

¹⁵ “Menino veste azul e menina veste rosa”, diz Damares. Folha. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/menino-veste-azul-e-menina-veste-rosa-diz-damares.shtml>> Acessado em: 02 out. 2020.

¹⁶ Ver mais em: LGBTFOBIA no Brasil: fatos, números e polêmicas. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/lgbtobia-brasil-fatos-numeros-polemicas/>> Acessado em: 02 out. 2020. VIANA, Waldiane Sampaio. Manifestações Homofóbicas em Espaços Públicos: Praça da Gentilândia em Fortaleza' 01/05/2009 130 f. Mestrado em Sociologia Instituição de Ensino: Universidade Federal Do Ceará, Fortaleza Biblioteca Depositária: Biblioteca de Humanidades da UFC.

¹⁷ Ver mais em: Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante pandemia Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>> Acessado em: 02 out. 2020. Ver ainda: PEIXOTO, Danielle Faria. Espaços do Medo: A Domesticidade da Violência de Gênero na Cidade do Rio de Janeiro' 04/06/2018 123 f. Mestrado em Geografia Instituição de Ensino: Universidade Federal Do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: Biblioteca do PPGG; ARAÚJO, Tânia Freire. Violência Doméstica contra a mulher e uma visão panorâmica da condição da mulher na sociedade civil e jurídica Brasileira' 01/12/2008 114 f. Profissionalizante em Planejamento e Políticas Públicas Instituição de Ensino: Universidade Estadual Do Ceará, Fortaleza Biblioteca Depositária: Biblioteca Central.

O impacto causado pela violência estrutural a longo prazo produz uma disparidade na expectativa de vida das populações (CONTI, 2019, p. 104). Galtung ao dizer que a discrepância das situações atuais e potenciais capazes de satisfazer as necessidades reais é injustiça social (GALTUNG, 1969), oferece a Baratta os pressupostos teóricos necessários para conceituação de violência estrutural. Segundo Baratta (1993, p. 47) violência estrutural “é a repressão das necessidades reais e, portanto, dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social”.

Portanto, a violência estrutural precisa ser entendida dentro da lógica das relações sociais do homem com as forças de produção. Para entender a estrutura e funcionamento do poder punitivo é necessário compreender as organizações sociais (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2008). Elas nos dão as respostas mais reais sobre o próprio sistema de normas punitivas. Segundo Nilo Batista (2007, p. 19) “quem quiser compreender, por exemplo, o direito assírio, o direito romano, ou o direito brasileiro do século XIX, procure saber como assírios, romanos e brasileiros do século XIX viviam, como se dividiam e se organizavam para a produção e distribuição de bens e mercadorias”. A estrutura social evidencia muitos aspectos da cultura de uma determinada sociedade num período específico de tempo.

Nesse sentido, Baratta (1993, p. 46) esclarece que o “ser humano quando considerado dentro de uma determinada fase do desenvolvimento da sociedade, é um ‘portador’ de necessidades reais”. Essas necessidades, segundo Baratta estão relacionadas tanto às potencialidades de existência quanto à qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos. Se não há a garantia de que os indivíduos terão condições de existir dignamente há, portanto, violência estrutural. Estabelece ainda que direitos humanos constituem a projeção normativa das necessidades reais.

Por essa razão, a violação dos direitos humanos é repressão das necessidades reais das pessoas, grupos e dos povos (BARATTA, 1993, p. 47). A violência estrutural é a forma mais geral das violações a necessidades reais, dela originam-se especialmente as violências individuais, de grupo, institucional e internacional. Todas essas formas de violência, direta ou indiretamente, reprimem as condições mínimas de existência dos seres humanos.

A ideia dos Direitos Humanos é projetar nas normas jurídicas necessidades reais do ser humano que lhe possibilite existir com segurança. Ao longo da evolução do conteúdo normativo dos Direitos Humanos este sobrepõe-se às suas transcrições nos termos do direito nacional e das convenções internacionais. Isso significa dizer que a concretização dos Direitos Humanos vai além do positivamente fixado (BARATTA, 1993).

As necessidades das pessoas, grupos e povos são dinâmicas e estão associadas ao seu reconhecimento pelo Direito. Em cada lugar e a cada momento histórico há os que lutam por

reconhecimento de direitos de existência, como também os que lutam no lado oposto (BARATTA, 1993). Nesse sentido, Ihering (2007, p. 27) esclarece que “a vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.” O incremento dos Direitos Humanos passa pela evolução histórico-social e depende tanto do próprio homem no seu contexto social e político, como também depende do seu reconhecimento pelo Direito. É uma conquista diária, portanto.

Após o holocausto da segunda guerra mundial houve uma escalada sem precedentes de documentos normativos de proteção a dignidade humana em todo o planeta, numa demonstração de que os direitos humanos passaram a ser reconhecidos pelo Direito.

Nesse sentido, no Brasil a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e 1988 trouxe para o texto magno uma série de Direitos Humanos definidos como Direitos Fundamentais a todos os cidadãos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil. Esse reconhecimento promove a Justiça Social tida como “a virtude pela qual os membros da sociedade dão a esta sua contribuição para o bem comum observada uma igualdade proporcional” (MONTORO, 2016, p. 213). No entanto, é necessária a construção de uma estrutura social que possa dar cabo a realização dessa Justiça Social em que cada um colabora pra o pleno desenvolvimento social. E é a partir das escolhas políticas em face da promoção da Justiça Social que se realizam os direitos individuais e sociais. Então, para a implementação dos direitos fundamentais façamos mão das Políticas Sociais.

A Constituição da República dispõe no artigo 6º os principais direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (BRASIL, 1988). Para execução desta previsão normativa é necessária ação política dos governos através das Políticas Públicas. As Políticas Públicas são efetivos instrumentos de ação no sentido de promoção dos Direitos Fundamentais, notadamente dos direitos individuais e sociais. A implementação dessas políticas depende da demanda das pessoas de um Estado e da ação dos governos. Essa relação se desenvolve no campo normativo e político. (OLIVEIRA, SILVA, 2013; CALIL, 2018)

Quando nos deparamos com Estados que não promovem condições para o desenvolvimento das necessidades reais das pessoas podemos afirmar que há aí uma injustiça social, quando o Estado não age para promover o bem de todos. Nesse sentido, Baratta (1993, p. 47) entende que a repressão às necessidades reais e, portanto, dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social configura violência estrutural, essa se configura como forma geral da violência donde surgem, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência. O Poder

Punitivo se situa nessa lógica, na medida em que suprime direitos fundamentais a pretexto de proteger outros direitos fundamentais. Uso da violência institucional para combater a violência criminal.

Para o desenvolvimento da pessoa humana é necessário a atuação do Estado na promoção e implementação dos direitos fundamentais. Quando há um vácuo nessa atuação outras agências assumem a tarefa. É o caso do Direito Penal, que é sempre chamado a promover a ordem e paz pública perturbadas em razão da insatisfação das pessoas com a deficiente satisfação de suas necessidades reais.

O Estado através das Políticas Públicas estabelece programas de ação com o objetivo de criar condições de existência digna de todos os cidadãos. Os programas atuam em campos diversos, vão desde os programas de assistência social, educação, cultura, esporte, saúde, e segurança. As ações estatais de segurança percorrem o caminho trilhado pela atuação dos juristas. É dizer, as ações de segurança pública surgem a partir, ou em consequência, do direito, pois e medida que são realizadas as ações das agências punitivas brasileiras o Poder Judiciário legitima ou rechaça as ações policiais ou ministeriais. Aliás, a Política Criminal é quem dita as orientações sobre segurança pública. Portanto, é necessária uma política de segurança, mas como diz Baratta, uma política de segurança dos direitos (BARATTA, 2001).

Outro ponto levantado por Baratta e que só reforça a ideia de uma luta em favor da defesa dos direitos fundamentais como forma de evitar a violência é o respeito ao pluralismo.

O respeito ao pluralismo na luta contra a violência é o pressuposto para que esta luta não atinja, como frequentemente acontece, falsas metas e instaurem-se, em lugar dos velhos domínios outros novos, em lugar de velhos grupos privilegiados, novos que se autoproclamam com violência sobre todos os demais como o “verdadeiro sujeito histórico” (BARATTA, 1993, p. 61)

Os esforços empenhados no combate à violência estrutural devem seguir no caminho das lutas por reconhecimento de direitos, como a já mencionada política criminal do Realismo de Esquerda. Em suma, se o poder punitivo suprime direitos humanos ele promove violência estrutural, pois ao privar os cidadãos das condições potenciais de existência o Estado os insere em estado de vulnerabilidade social ao tempo em que se tornam alvos das situações de risco social.

A figura estereotipada dos criminosos, ou seja, os marginalizados e vulneráveis, provoca na sociedade uma imagem negativa desse grupo, comumente associados à criminalidade. Ao tempo que o sistema alcança preferencialmente esses grupos, ele se revela simbólico quanto aos crimes de colarinho branco (ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR, 2002, p. 10). A

seletividade penal é um campo inescapável quando se analisa os processos criminalizantes. Baratta (1993, p. 49) também chega a essa conclusão afirmando que “esta seletividade depende da própria estrutura do sistema, isto é, da discrepância entre os programas de ação previstos nas leis penais e as possibilidades reais de intervenção do sistema”.

Após negligenciar um número de sujeitos vulneráveis, provenientes de grupos marginalizados ou “perigosos”, quando estava em jogo a segurança dos direitos desses grupos, a política criminal os reencontra como “sujeitos” da política social. Objetos, mas não sujeitos, porque, também desta vez, a finalidade (subjéctiva) dos programas de ação não é de garantir os seus direitos, mas sim a de defender a segurança das suas vítimas potenciais. (BARATTA, 2004, p. 60)

A política social fundada nas razões da política criminal identifica os indivíduos não como sujeitos de direitos assegurados, mas como objetos de políticas públicas que tem como objetivo garantir que não representarão mais um perigo às vítimas sociais projetadas por essas políticas. Aqui reside uma importante repercussão das análises de Sutherland acerca da projeção social do dano das vítimas. Sujeitos vulneráveis socialmente que agora serão lançados na marginalidade do sistema criminal através das políticas de segurança pública.

Quanto a esse ponto, Baratta distingue as formas de segurança: nacional, pública e urbana. A doutrina de segurança nacional que serviu de base para os sistemas penais ilegais de estados, em especial, os da América Latina a partir da década de 1960. A segurança pública, cuja matriz liberal flerta com o autoritarismo, é mantenedora das políticas como a “lei e ordem” que desenvolveram táticas policíacas que resultaram em graves violações à direitos fundamentais. E também a segurança urbana, cuja dimensão local, participativa, multidisciplinária e multiagencial contribui para uma proteção maior até mesmo em face das autoridades públicas (BARATTA, 2004, p. 59).

Mas, é importante ressaltar que todas elas se revestem de conotação coletiva, não pessoais, não se trata da proteção aos direitos individuais que cada indivíduo goza legalmente, mas sim de segurança da nação, da comunidade ou das cidades (BARATTA, 2004, p. 58). As políticas sociais, são políticas que pretendem garantir a segurança dos direitos, possibilitando que cada indivíduo supra suas necessidades reais dentro do seu contexto histórico-social. Nesse campo de políticas de segurança se instaura uma situação análoga à guerra. Estabelecida, portanto, uma guerra interna, o direito penal constrói o seu inimigo, e passa a agir com aparato de guerra. A guerra contra o inimigo. No campo de batalha, existem “eles” e os “outros”.

Contextualizada socialmente, a violência estrutural, que se manifesta por meio da dominação das classes hegemônicas, promove marginalização, privação, exploração,

discriminação e “subcidadania” (CONTI, 2019). Esse contexto também repercute na Justiça Criminal, e nele se visualiza diversas formas de violência.

Quanto à intervenção policial, as várias formas de linguagem policial revelam o caráter estrutural das intervenções violentas (BUENO, 2014; VALENÇA, 2017; SUASSUNA, 2008, FERREIRA, 2019). Samira Bueno em sua pesquisa tenta trabalhar hipóteses que justifiquem o padrão ainda muito violento de atuação da Polícia Militar paulista que se mantém mesmo após a redemocratização do país e a implantação de mecanismos de controle. Ela chama a atenção para o fator de comando, ou seja, o discurso da Polícia, pois segundo suas pesquisas “o padrão de atuação violenta não pode ser assumido, como muitas vezes vemos em declarações públicas de autoridades, como desvios de conduta individual. Esse padrão é inerente ao processo de formação do policial militar em São Paulo” (BUENO, 2014, p. 130). Os comandos institucionais da Polícia Militar de São Paulo nos permitem questionar a violência estrutural nessa corporação, cuja intervenção violenta seja apenas um dos reflexos.

A supressão das necessidades reais do ser humano provoca exclusão social e econômica. Nesse sentido, essa condição de marginalização gera três consequências importantes. A primeira delas a invisibilidade dos danos sofridos por camadas sociais mais vulneráveis, e dessa maneira as ações letais da polícia não entram na agenda da segurança pública. A segunda trata da demonização dos que desafiam o sistema, ou seja, das vítimas principais das ações violentas da polícia. A terceira consequência é a imunidade dos agentes envolvidos na violência policial (VIEIRA, 2007). Inclusive cabe ressaltar a existência no Brasil de uma Justiça Militar composta pelos próprios membros da corporação e que são competentes para julgar seus pares, desafiando a credibilidade da punição. Nesse específico ponto é claramente visível a violência estrutural no sentido de manter o sistema da forma como está.

Essa violência é estrutural no âmbito interno, mas também em quase toda América Latina. Violações ao direito à vida e a integridade, torturas, desaparecimentos, entre outras formas de violação dos direitos humanos desafiam a compreensão dos mais liberais e democráticos estudiosos porque tais formas de violência evidenciam uma complexidade de fatores que somente analisando as estruturas na sua missão real que é possível conceber alguma justificção.

Zaffaroni denomina como genocídio por gotejamento essa mesma violência estrutural. Para esse autor as mortes violentas, atenção seletiva na saúde, omissão das campanhas sanitárias, insegurança laboral, violência machista, letalidade policial e mortes no trânsito, são alguns efeitos que o desenvolvimento político-social provoca ao naturalizar os desrespeitos à

dignidade humana. É projeto político que vê como danos colaterais referido genocídio (ZAFFARONI, 2019, p. 63).

As ilegalidades e arbítrios presentes na atuação das Polícias no Brasil pode ser vista como herança dos complexos regimes autoritários que marcaram toda a América Latina na segunda metade do século XX. O Estado Democrático de Direito se apresenta como um obstáculo ao controle social nessas políticas de segurança, cujas bases estão sendo corroídas por essa violência estrutural (PINHEIRO, 1997).

Desde 2004 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro autoriza condenação criminal com base apenas no depoimento das autoridades policiais e seus agentes¹⁸. Embora não se possa dizer que seja predominante na Justiça Criminal brasileira, tal entendimento retroalimenta as narrativas policiais, justamente aquelas fundadas em intervenções violentas contra pessoas ou grupos marginalizados. Algumas garantias fundamentais são pulverizadas quando o Judiciário adota entendimento de que o depoimento policial tem prevalência sobre o depoimento dos criminalizados.

Os chamados “autos de resistências” são um efeito da violência estrutural policial que reforça ainda mais as narrativas policiais. Típicos dos regimes autoritários, os autos de resistência revelam a lógica ainda hierarquizada dos procedimentos de apuração criminal, em que o contraditório é deficiente e opressivo. Excessos que fogem dos limites legais de intervenção marcam as abordagens policiais, e encontram nos autos de resistências uma forma de legitimar toda ilegalidade perpetrada nas intervenções policiais, sobretudo a letal (SOARES E SOUZA, 2010; ZACCONE, 2015).

Por fim, cumpre ressaltar a esse respeito o projeto¹⁹ da lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 que tramitou no Congresso Nacional com uma proposição de incluir como excludente de ilicitude a legítima defesa de autoridades policiais e seus agentes que atuasse em excesso decorrente de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. Embora essa proposta não tenha sido aprovada pelos parlamentares, ela em si mesma demonstra a tentativa de se manter legítima a violência estrutural nas Polícias.

Por outro lado, o legislador apresentou resposta à esse processo de violência policial letal ao estabelecer como obrigatórias em território nacional as audiências de custódia. Conforme Aury Lopes Jr. (2016) a audiência de custódia “humaniza o ato da prisão, permite

¹⁸ "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação." Súmula da Jurisprudência Predominante (Art. 122 RI) nº 2002.146.00001 (Enunciado Criminal nº 02, do TJRJ) - Julgamento em 04/08/2003 - Votação: unânime - Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro - Registro de Acórdão em 05/03/2004 - fls. 565/572.

¹⁹ Cf. PL 6.341/2019 no Senado Federal. PL 10372/18 na Câmara Federal.

um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva)”. Tal medida tende a evitar abuso quanto às decretações de prisões cautelares sem a comprovação efetiva de sua necessidade e conveniência²⁰, além de ser mais um instrumento de controle da intervenção policial.

No âmbito da criminalização primária, ou normativa, ou seja, na seara legislativa, a violência estrutural se apresenta nas escolhas políticas de criminalização. É comum o discurso de que no Brasil se criminaliza a pobreza, movimento que não exclusivo do nosso país. No contexto estrangeiro as obras de Rusche, Georg; Kirchheimer, Otto (2004); Loic Wacquant (2003); Foucault (2014) nos dá indicativos de como o Poder Punitivo se comporta em relação as classes sociais. No âmbito nacional tem destaque o relatório “A criminalização da pobreza” realizado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em 2010²¹.

No âmbito nacional teóricos da criminologia crítica como Juarez Cirino dos Santos (2018) Nilo Batista (2007) Vera Andrade (2003) discutem essa relação entre classes sociais e criminalização. Desse aporte teórico podemos apontar que,

A ideologia da proteção de bens jurídicos oculta a realidade da proteção seletiva de interesses e privilégios das classes sociais hegemônicas, em duas direções: criminalização de comportamentos típicos das classes sociais subalternas (especialmente marginalizados sociais) e exclusão dos comportamentos socialmente danosos das classes hegemônicas da formação social” (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p. 486).

Embora se tenha em vista que não seja a intenção do legislador criminalizar a pobreza, as leis penais, em larga medida, têm o potencial de encarcerar especialmente as populações mais vulneráveis, desde os mais pobres que sequer possuem assistência efetiva para enfrentar a Justiça Criminal, até a população negra que desde a escravização marcante em sua história no Brasil vem sendo alvo preferencial das ações violentas em cadeia.

²⁰ Segundo dados do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça o Brasil mantém desde 2007 uma população de presos provisórios num percentual acima de 30%. Disponível respectivamente em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> e <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>> Acessados em 05 out. 2020.

²¹ Nesse relatório são tratadas as questões da marginalização e intervenções policiais que segundo os pesquisadores agravam mais ainda a pobreza. O relatório realizado em parceria da Organização Mundial Contra a Tortura (OMCT) a ONG Justiça Global e Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, cuja pretensão foi endossar o trabalho já desenvolvido pelo do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, realizado em maio de 2009, em identificar formas de violências no Brasil, a partir de dados sobre condições socio-econômicas.

Acerca ainda da criminalização da pobreza como resultado da violência estrutural brasileira podemos apontar o parágrafo 2º do art. 28 da lei nº 11.343 (lei de drogas) o qual prevê que “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao *local* e às condições em que se desenvolveu a ação, às *circunstâncias sociais e pessoais*, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (BRASIL, 2006). Ao positivar que o local e as circunstâncias sociais e pessoais do abordado são criminalmente relevantes o legislador possibilitou que juízes em todo o Brasil diferenciassse usuário de traficante de drogas conforme o local e a condições sociais da pessoa. Diante disso, morar em favela aumenta chance de condenação por tráfico e por associação para tráfico pelo simples fato de ser local tido como dominado por facções criminosas²².

A Defensoria Pública fluminense fez levantamento de dados sobre processos criminais no estado e apontou que nas condenações pelo crime de tráfico e associação para o tráfico a justificativa mais recorrente é de que o réu integra facções criminosas devido ao local da apreensão e suas condições sociais e pessoais²³. Dois pontos relacionados, aporofobia e preconceito.

Outro aspecto de criminalização da pobreza que releva a violência estrutural no Brasil é a criminalização do Funk. Em 2017 tramitou no Senado Federal proposta de lei²⁴ que criminalizaria o estilo musical Funk típico das favelas do Rio de Janeiro, mas que já possui adesão significativa no âmbito nacional. Assim como o Funk, outras manifestações culturais populares já sofreram tentativa de criminalização como o Samba e a Capoeira (AMARAL; NAZÁRIO, 2017).

Todo esse quadro de sistemáticas violações a direitos fundamentais e mais especialmente aos Direitos Humanos revela uma violência estrutural no âmbito da Justiça

²² Conforme noticiou o Jornal Folha. Morar em favela do Rio é agravante em condenação por tráfico de drogas. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/morar-em-favela-do-rio-e-agravante-em-condenacao-por-trafico-de-drogas.shtml>> Acessado em 10 out. 2020.

²³ Segundo Relatório Final da Pesquisa sobre As Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas na Cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro no período analisado a maior parte dos processos se refere a réus homens (91%), sem antecedentes criminais (77,36%) e sem condenações em juízo (73,85%), que foram abordados sozinhos (50,39%) em flagrantes decorrentes da operação regular da polícia (57%), em lugar dito conhecido pela venda de drogas (42,41%), portando consigo uma espécie de droga (48,04%), majoritariamente até 10g cocaína (47,25%) ou até 100g de maconha (49,52%). Esses réus têm a maior probabilidade de serem processados pelo artigo 33 ou pelos artigos 33 e 35 em concurso (83%), de terem o agente de segurança que como a única testemunha no processo (62,33%), e de serem condenados integral ou parcialmente (80%) ao cumprimento de uma pena de 71,09 meses ou de 27,4 meses – a depender da aplicação ou não do benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33, aplicado a 42,35% dos casos – em regime fechado (58,6%). Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>> Acessado em 14 out. 2020.

²⁴ Sugestão 17/2017. Criminalização do Funk como crime de saúde pública a criança aos adolescentes e a família do e-Cidadania do Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129233>> Acessado em 14 out. 2020.

Criminal no Brasil. Tal fato já é uma realidade incontestável, reconhecida não somente por organismos internacionais, mas também pelo próprio Estado brasileiro, e é disso que nos ocupamos a seguir.

2.2 O RECONHECIMENTO DA VIOLÊNCIA ESTRUTURAL NO BRASIL

Trabalharemos duas instâncias de reconhecimento da violência praticada pelos órgãos e agentes do Estado de forma sistemática e diretamente relacionadas às potencialidades e necessidade reais das pessoas. Primeiramente as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, secundamente a ADPF 347 do Supremo Tribunal Federal de considerou o sistema carcerário brasileiro como “estado de coisas inconstitucional”.

2.2.1 Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Criada em 1960 pela Organização dos Estados Americanos (OEA), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem como objetivo promover a defesa dos Direitos Humanos nas Américas, além de servir de órgão de consulta para assuntos humanitários. Qualquer pessoa, grupo ou entidade legalizada pode submeter à CIDH denúncia de casos que envolvam violação dos direitos humanos pelos Estados membros da OEA. Após procedimentos específicos a CIDH publica relatório de mérito contendo as recomendações necessárias para os Estados infratores. Ela pode ainda resolver amistosamente os conflitos com os Estados (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

A submissão de casos à CIDH depende de alguns requisitos de admissibilidade, dentre eles vale ressaltar que o caso deve ter esgotado todos os recursos no âmbito da jurisdição interna, isso justifica o fato de que os casos disponíveis no site da OEA sejam em sua maioria dos anos de 1990; também se deve respeitar o prazo de 180 dias da decisão definitiva para acionar a Comissão; deve ser informado se outro órgão internacional apresentou a mesma denúncia, além das informações completas dos denunciantes e vítima, inclusive do Estado infrator. Somente após o não atendimento das recomendações da Comissão é que o caso pode ser encaminhado para Corte Interamericana de Direitos, órgão jurisdicional de adesão voluntária e que decide casos de forma judicial (CLAUDINO, 2017).

Alguns casos brasileiros foram encaminhados ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. No website da OEA é possível fazer uma busca sobre os casos já resolvidos pela

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como também os casos submetidos à Corte²⁵. Das 20 decisões de mérito proferidas pela CIDH entre 1998 e 2016 com recomendações ao Estado brasileiro 12 (doze) tratam de casos de violência policial e sistema carcerário. São casos de homicídios praticados pela polícia contra civis, torturas, castrações, chacinas em estabelecimentos prisionais e comunidades marginalizadas, além de outros casos relacionados à escravidão, racismo, violência doméstica e conflitos fundiários.

Nos casos envolvendo violência policial a CIDH fez uma série de recomendações ao Brasil por reconhecer a violação pelos agentes e órgãos estatais do direito à vida, integridade física, igualdade, a proteção judicial, entre outros. A maior parte das recomendações, ou não foram atendidas pelo Brasil, ou o país deixou de apresentar informações à CIDH (CLAUDINO, 2017).

Dentre as recomendações destacamos a determinação de investigação completa dos fatos e julgamento dos envolvidos e adoção de política contra a discriminação racial em operações policiais (Relatório de Mérito N. 26/09); capacitação dos policiais civil (Relatório de Mérito N.35/08); alteração da competência da polícia militar para investigação de crimes cometidos por membros da própria corporação e a transferência para polícia civil (Relatórios de Mérito N.33 e 32/04); desativação das “celas de isolamento” (Relatório de Mérito N.40/03); adoção de um sistema externo e interno de supervisão da policial militar do Estado de São Paulo (Relatório de Mérito N.55/01); desenvolvimento de estratégias e políticas para descongestionar a população carcerária (Relatório N. 34/00); assegurar o cumprimento em relação aos “meninos de rua” na cidade do Rio de Janeiro, conforme os compromissos internacionais (Relatório de Mérito N.10.00); implementação de programas para combater a violência contra crianças e adolescentes (Relatório de Mérito N.43/06)²⁶.

Todas as recomendações citadas evidenciam a necessidade de alteração estrutural nas instituições, desde as corporações policiais, até políticas sociais de assistência a marginalizados, jovens, crianças, pessoas em situação de rua e presos. A repressão à grupos indesejáveis, a desassistência a pessoas em situação de rua, a marginalização de crianças e jovens pertencem a um campo de violência muito mais abrangente que a mera violência institucional policial.

O Estado brasileiro é violador sistemático dos direitos fundamentais, de modo que as liberdades das pessoas vulneráveis estão sob constante ameaça, e diante da complacência das

²⁵ Para visualizar os casos em que o Brasil é parte é suficiente uma simples busca no site da OEA sobre os casos na Comissão CIDH <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/fondo.asp?Year=1994>> e na Corte <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp?Year=2004&Country=BRA>> Acessado em: 10 out. 2020.

²⁶ Organização dos Estados Americanos. Decisões. Relatório de Mérito N.43/06. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/fondo.asp?Year=2020>> Acessado em: 10 out. 2020.

instituições brasileiras com ilegalidades a CIDH ocupa uma posição de extrema importância no enfrentamento das violências estruturais brasileiras. Ressalte-se que tais recomendações são aquelas já decididas pela Comissão, outros casos ainda estão sob análise.

Voltado ao tema específico que nos ocupa nesse trabalho, cabe apontar que a expansão do populismo punitivo é fator essencial na ampliação da violência estrutural. Violência contra direitos fundamentais em todos os níveis, das liberdades às garantias, das assistências às políticas, de maneira que cidadãos atingidos pela violência estrutural se tornam vulneráveis e, portanto, serão os alvos do poder punitivo do Estado. Tais condutas podem ser reflexo de um autoritarismo que nos assombra desde o fim do período ditatorial; ou mesmo do autoritarismo que sempre caracterizou a história do poder no Brasil (ADORNO, 2020; SWARTZMAN, 2007, SCHWARCZ, 2014).

O abandono da legalidade na escolha e execução de políticas públicas, notadamente a de segurança, e o abandono da dogmática penal privilegiando o discurso populista no campo judicial é sintomático do populismo punitivo. Pode-se reafirmar, portanto, que o populismo punitivo compromete as bases da legalidade na democracia brasileira.

2.2.2 Do estado de coisas inconstitucional

Outro ponto necessário ao debate é a demonstração da violência estrutural no Brasil a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 de 2015²⁷. O propósito da ação era que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, e como resposta do Estado a elaboração de soluções estruturais. A petição traz anexados muitos relatórios e levantamentos que retratam a realidade carcerária cruel no Brasil decorrente de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial, e que resultaram em sistemáticas, generalizadas e contínuas violações aos direitos humanos.

De origem colombiana, a tese do estado de coisas inconstitucional pode ser entendida como uma intervenção do judiciário na estrutura das instituições estatais que violam massivamente os direitos fundamentais. O que se propõe segundo Clara Inés Vargas Hernández,

²⁷ A Universidade Estadual do Rio de Janeiro, através da Clínica UERJ Direitos, é a responsável pela elaboração da peça jurídica da ADPF 347 e mantém informações na íntegra acerca do caso. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>> Acessado em 12 out. 2020.

ex-juíza da Corte Colombiana é uma garantia judicial da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (HERNANDÉZ, 2003).

Segundo Carlos Alexandre Campos (2015, p. 90) “são as omissões estatais de um modo geral, desvinculadas a preceitos constitucionais específicos, mas relacionadas ao dever geral de fazer valer o sistema objetivo de direitos fundamentais, que autorizam a intervenção judicial ampla e estruturante”. No entender desse pesquisador, são as falhas estruturais decorrentes das ações ou omissões do Estado que o torna violador de direitos fundamentais, e por conseguinte, direitos humanos. Isso se dá através da atuação, ou omissão, das polícias, dos poderes da República e pelas demais instituições.

As repercussões dessa tese também são visualizadas por meio do *Structural Injunctions* que Desirê Bauermann nos apresenta a partir da experiência estadunidense. Para ela é necessária “a alteração de paradigmas da sociedade como um todo; na aplicação de meios executórios inovadores para dar cumprimento a valores garantidos constitucionalmente” (BAUERMAN, 2017). Para Owen Fiss (2004) os valores constitucionais não podem ser plenamente assegurados sem que se realizem mudanças básicas na própria estrutura dessas organizações.

O cenário é que as condições de encarceramento atentam contra a integridade física dos presos, e se revelam inviáveis à garantia dos direitos à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição. Situação que em nada difere das condições reais de vida dos mesmos sujeitos preferencialmente aprisionados no Brasil.

Execuções extrajudiciais a pretexto de garantir a ordem pública, ou a integridade física dos policiais, não ocorrem apenas no âmbito das abordagens policiais como já mencionado, elas ocorrem com frequência dentro dos estabelecimentos prisionais. A estratégia de guerra adotada pela polícia tem feito os índices de intervenção policial letal disparar no país, revelando mais uma vez uma cultura organizacional incompatível com a democracia e direitos humanos (BECHARA, 2015, p. 219).

No tocante a função preventiva especial positiva das penas, a ressocialização e os tratamentos exigem uma postura passiva do encarcerado, enquanto o dever de uma postura ativa do Estado em promover esses ideais penais. Nesse sentido, as políticas públicas voltadas para a execução dos direitos sociais dentro e fora dos estabelecimentos prisionais precisam ser implementadas de forma mais eficiente sob pena do Estado brasileiro permanecer a violar direitos fundamentais de forma estrutural, ou seja, em todas as escalas dos direitos sociais.

Nesse cenário foram formulados os pedidos da ADPF, posto que são apontados como pressupostos a violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, a inércia ou

incapacidade reiterada e persistente das autoridades em reverter esse quadro, e a exigência de atuação de diversas autoridades, não apenas as ligadas à segurança pública (CAMPOS, 2015).

O Supremo Tribunal Federal ao receber e analisar a ADPF 347 teve que em sede cautelar decidir por uma série de medidas formuladas na Ação que eram justamente voltadas à enfrentar a violência estrutural representada pelo sistema de execução penal. Somente duas medidas foram deferidas, a determinação da realização de audiências de custódia, e a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para financiar a manutenção correta do sistema prisional e como forma de evitar novos contingenciamentos.

Quanto ao primeiro ponto, cumpre ressaltar que normas internacionais estão sendo descumpridas pelo Brasil, como se cita o caso dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que recomendam a realização das audiências de custódia, além de toda a legislação interna, desde a própria Constituição da República até a lei de execução penal. E quanto ao segundo ponto, podemos apontar que diante do estado de bem estar social, promessa constitucional, as limitações estruturais e financeiras não legitimam as graves violações a direitos fundamentais como as que se assiste no Brasil.

Embora o Supremo Tribunal ainda esteja analisando o mérito da questão o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional reforça o argumento de que há em curso no Brasil uma violência estrutural, que tem início na marginalização social representada pelos altos índices de desigualdade social, até chegar na outra ponta que é a criminalização e aprisionamento das populações indesejadas.

Por essas razões Baratta (1993, p. 50) afirma que a resposta penal é “simbólica” e “não instrumental” e nos oferece quatro considerações a respeito do cenário global da intervenção penal, “a primeira consideração refere-se aos limites dos sistemas de justiça criminal como reação à violência e defesa dos direitos humanos”. Essa premissa nos leva a reafirmar o direito penal como limite ao poder punitivo, embora o populismo punitivo se caracterize pelas decisões tomadas em caráter de urgência negligenciando as arestas principiológicas do direito penal liberal.

O outro ponto que Baratta enfatiza se refere “ao sistema punitivo como sistema de violência institucional”. E nesse sentido reforça nossos argumentos sobre a violência estrutural que engloba as instituições estatais, não apenas alguns agentes. Por meio de ações e omissões de agentes e instituições o Estado tem violado uma série de direitos fundamentais. A partir disso, o autor sugere a terceira consideração que trata do “controle social alternativo da

violência”. Dessa forma, as alternativas ao direito penal se apresentam como alternativa de intervenção não-violenta, compatível com os direitos humanos (BARATTA, 1993).

E, por fim, Baratta nos insere no campo de discursão da “concepção da violência e da defesa dos direitos humanos no contexto dos conflitos sociais”. E, é disso que nos ocuparemos na parte final desse trabalho. Seria possível estabelecer o quanto de intervenção penal legítima o estado democrático de direito brasileiro permite, posto que por meio da Justiça Criminal o Estado tem reforçado a marginalização, a injustiça social, ou nas palavras do próprio Baratta, a repressão às necessidades reais das pessoas, grupos e povos?

3 INTERVENÇÃO PENAL LEGÍTIMA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante do cenário brasileiro de reconhecido Estado violador dos Direitos Humanos por meio de uma violência estrutural que assola não apenas o Sistema de Justiça Criminal como também todas as estruturas sociais que alimentam o populismo penal, a questão que agora se levanta é a análise dos modelos de intervenção penal que se dignam possíveis no Estado Democrático de Direito.

Os modelos de intervenção penal que visam a manutenção da segurança das sociedades contemporâneas derivam da forma de Estado adotado. Norberto Bobbio, fundado na premissa de Kant que reflete sobre o desenvolvimento humano sempre no sentido de uma evolução positiva, aponta que, sob uma perspectiva histórica-filosófica, existem eras de Direitos (BOBBIO, 2004, p. 27). Somos herdeiros dessa tradicional classificação bobbiana e a partir dela traçamos as características mais intrínsecas de cada modelo de Estado, para, num primeiro momento, estabelecer um marco teórico sobre os modelos de intervenção penal.

A intervenção penal, que acontece por meio do *ius puniendi*, no âmbito do direito penal moderno, apresenta várias funções, que em algum aspecto se revelam antagônicas. Em sentido positivo, aspira proteger bens jurídicos tidos como fundamentais. Negativamente, constrange direitos fundamentais a pretexto de reafirmar o pacto social e resguardar a segurança e convivência social (CIRINO DOS SANTOS, 2018; MIR PUIG, 2019; ROXIN, 2004). Os modelos de intervenção penal, histórica e politicamente, se caracterizam pelos seus aspectos autoritário, liberal ou democrático, conforme as concepções políticas que assumam.

3.1 MODELOS DE INTERVENÇÃO PENAL E FORMAS DE ESTADO

A intervenção penal no Estado liberal se dá em estrita observância ao princípio da legalidade. Deve existir nas dinâmicas entre os pressupostos teóricos-metodológicos do Direito Penal e as intervenções penais concretas uma verdadeira submissão do poder punitivo à legalidade (MIR PUIG, 2016). Nos Estados liberais a premissa da máxima liberdade dos cidadãos tenta pôr limites ao poder punitivo do Estado, posto que o objetivo é que nesse modelo de sociedade as pessoas possam desenvolver livremente suas habilidades e necessidades sem interferência do poder soberano.

Por esse modelo de Estado, que prima pela autonomia das pessoas, a atividade de intervenção penal encontra sérias dificuldades em estabelecer formas de manutenção do pacto

social, e de reafirmação das normas impostas. Isso porque, ainda que herdeiros do ideal iluminista de Becharia, a prisão permanece como centro do exercício do poder punitivo.

Como para o modelo liberal a intervenção do Estado deve ser mínima e estritamente nos termos da legalidade Zaffaroni (2015, p. 301) se ocupa de caracterizá-lo como aquele em que há “o respeito à autonomia ética, a delimitação bastante precisa do poder público, a seleção racional dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, a previsibilidade das soluções, a racionalidade, humanidade e legalidade das penas”. O autor alerta para o fato da intervenção penal liberal se revestir dessa conceituação devido ao momento crítico do direito penal que foi o autoritário legitimado e exercido durante os governos fascistas da primeira metade do século XX.

Com o avanço do modelo capitalista de sociedade e todas as consequências que isso traz para as condições de existência humana, o ideal de “defesa social” encontra guarita no Estado Social de Direito. Estabelecida sob a luz da subsidiariedade e fragmentariedade, a intervenção penal nos Estados sociais se faz legítima à medida que seja eficaz e necessária à proteção de toda sociedade como uma corporação (MIR PUIG, 2016). Os direitos sociais postos no cenário político e constitucional nesse período do início do século XX faz nascer um Direito Penal que tutela interesses não apenas individuais, mas, agora, sociais.

Finalmente, à par dos eventos sociais característicos do pós-guerra, os Direitos Humanos, enquanto direitos universais, ocupam o centro político dos Estados. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito precisou absorver um conteúdo material respeitoso das pessoas dotadas de direitos universais e que transpassam as esferas de poder. O movimento constitucional acompanhou essa onda democrática de direitos e incorporou como seu pressuposto a defesa da dignidade das pessoas humanas (SARMENTO, 2016).

A intervenção penal legítima no Estado Democrático de Direito, nos dizeres de Mir Puig (2016, p. 133) “*tiene que llenar el Derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en la vida social*”. Esse autor deposita nos princípios da humanidade, culpabilidade, proporcionalidade e ressocialização as pretensões do poder punitivo democrática, uma aposta alta no caráter sociológico do Direito Penal.

No mesmo sentido Alessandro Baratta A transformação e superação do sistema penal tradicional constitui o fim a ser alcançado por essa que Baratta denomina “política de defesa e garantia dos direitos humanos” (BARATTA, 1993). Esse programa de direito penal mínimo ou

da Constituição para esse autor se apresenta como desafio maior de justiça social e pacificação dos conflitos (BARATTA, 1997).

No estado democrático de direito ganham especial importância os direitos humanos em face dos instrumentos de controle social formal típicos do exercício de Poder punitivo. A racionalidade do exercício do *ius puniendi* deve se manter distante das ideologias que legitimam o uso do Direito Penal como mecanismo autoritário de repressão de inimigos, porque dessa forma a intervenção penal resulta legitimamente democrática.

Expansão do Poder punitivo, Direito Penal do inimigo e Estado policial são características típicas das intervenções autoritárias. Por esse modelo autoritário, os direitos fundamentais representam obstáculos a serem transpassados em nome de uma maior eficiência na proteção a bens jurídicos fundamentais, ainda que meramente no plano simbólico. Direitos e garantias fundamentais, assim como as regras de imputação, são infringidos de modo que se visualiza uma negação política dos cidadãos.

Nas sociedades democráticas dotadas de constituição Bechara compreender que,

Nesse quadro axiológico que informa o Estado e o caracteriza como Democrático de Direito no caso brasileiro, inserem-se os direitos e garantias individuais, a estabelecer uma especial relação entre o Poder e o Direito, de forma que seu exercício esteja sempre voltado ao indivíduo, transcendendo à mera tarefa de controle ou manutenção da ordem pública. (BECHARA, 2010, p. 536)

Eleito como critério político-criminal fundamental, os direitos humanos assumem conteúdo substancial do próprio Estado Democrático de Direito e das Políticas que este venha a desenvolver, notadamente a política criminal. É dizer, a Política Criminal nos Estados Democráticos de Direito deve voltar suas ideologias à contenção do Direito Penal e à expansão da segurança dos direitos.

É nesse contexto que Baratta (1997, p. 69) afirma que “o Direito Penal mínimo é, ao mesmo tempo, o direito penal da Constituição”, que, em face das Constituições modernas, busca a promoção da dignidade da pessoa humana. Não há como ser outro o objetivo das políticas criminais estatais nesses Estados que não uma política criminal cujas pessoas sejam suas destinatárias.

E num último sentido, a intervenção penal legítima democrática funda suas bases nos direitos fundamentais, ou seja, o centro valorativo dos atuais Estados constitucionais. Os Estados têm na política criminal um instrumento ideológico estruturante de uma intervenção penal democrática. Isso significa dizer que os processos de criminalização precisam ter como conteúdo a defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Desde a eleição dos bens

jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, até a aplicação da lei penal ao caso concreto, os direitos fundamentais precisam ser reconhecidos e garantidos.

3.2 RECONHECIMENTO DAS PESSOAS COMO DESTINATÁRIAS DA POLÍTICA CRIMINAL

Refletindo sobre Intervenção Penal e sua conformação com o Estado Democrático de Direito, podemos concluir que a Constituição, enquanto definidora da Política Criminal estrutural do Estado, aconselha a elaboração e aplicação da dogmática penal. A melhor sistematicidade é, portanto, espelhar na dogmática penal os valores constitucionais. Em sendo a dignidade da pessoa humana o princípio constitucional fundamental da República brasileira, as pessoas precisam ser tidas como sujeito de direitos, não como objeto do Direito, conforme já nos alertou Alessandro Baratta. Por essa razão, a política criminal precisa formular orientações centradas nos Direitos Humanos.

Os modelos de intervenções penais voltados à restrição de direitos e garantias fundamentais incorrem em nada menos que em uma inconstitucionalidade. Essa constatação pode facilmente ser comprovada a partir do texto Constitucional que enclausura os direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º, CRB). Nesse sentido, como núcleo informador do Estado Democrático de Direito brasileiro, os direitos fundamentais não podem estar expostos à intervenções penais ilegítimas. É como enfatiza Bobbio (2004, p. 7) ao dizer que “o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas”. E, por essa razão, constituem o núcleo inviolável do sistema de direitos.

Por razões metodológicas, elegemos para uma análise mais detida das flexibilizações dos direitos fundamentais a recente Lei 13.964 de 2019 (lei anticrime), que trouxe uma série de alterações nas normas penais, processuais penais e na execução penal, e contém algumas propostas de flexibilização de direitos fundamentais a pretexto de uma maior eficiência no combate à criminalidade.

Como ponto inicial a “perda de bens” em razão de condenação (art. 91-A). Podemos questionar nessa hipótese a violação à individualização da pena e a função social da propriedade (art. 5º, XLVI, e art. 170, III, respectivamente da CF). Questões que já estão sendo objeto de demanda no Supremo Tribunal Federal²⁸. Na perspectiva do populismo penal, a perda de bens

²⁸ Conferir a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6304 proposta pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim).

em razão de condenação explícita o pensamento retribucionista e punitivo típico de políticas criminais que apostam na retribuição como forma de punição. O confisco de bens do condenado expande a intervenção penal justamente porque já existe a pena de multa como meio de punição, ou seja, poderá haver condenação em multa e perda de bens pelo mesmo ilícito. Além disso o parágrafo único inverte o ônus da prova ao estabelecer que o acusado pode demonstrar o patrimônio cuja origem não seja ilícita. E nesse ponto, a referida lei anticrime entra em insanável contradição, pois ao tempo em que firma o sistema acusatório no processo penal brasileiro institui de máximos poderes a acusação e deixando ao arbítrio do juiz a decisão acerca do que é lícito ou não no patrimônio do acusado.

O acordo de não persecução penal (Art. 28-A), que exige como requisito para sua proposição a confissão do acusado, é passível de discussão nos termos do princípio fundamental da presunção de inocência. Novas formas de gerenciamento de crises são apontadas por Garland como elementar do populismo penal, e, nesses casos, fundado num eficientismo penal, a resposta estatal é mais célere. Todavia, direitos fundamentais positivados nas Constituições, como o caso da presunção de inocência, são mitigados por esse direito penal simbólico.

Quanto à execução penal, as alterações no artigo 122 que agravam o cumprimento de pena, semelhantemente como o fez a lei de crimes hediondos, dificultam a progressão de regime, o que compromete a própria função da execução penal que é a reintegração do preso na sociedade. A proteção do público justifica uma maior aposta na prisão como meio de manutenção da segurança da comunidade. A segregação social dos sujeitos delinquentes, ou como expõe Díez Ripollés (2013), a política criminal de exclusão social, a pode produzir a médio e longo prazo uma maior delinquência, pois quando inseridos nas instituições de controle, os criminalizados passam a atuar dentro do sistema violento e paralelo das facções criminosas que dominam os estabelecimentos prisionais.

Ainda, quanto à alteração do artigo 75 do Código Penal, em que o tempo máximo de cumprimento da pena que passa de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos, pode ser questionada a partir do impacto real na população carcerária. A própria reintegração do preso, que após 40 anos recluso poderá enfrentar sérias dificuldades diante da sociedade que o espera. Além disso, sofrerá reflexos do etiquetamento prisional, barreira significativa para ingresso no serviço público, como também nas oportunidades de trabalho nas entidades privadas. Ainda, tal dispositivo ignora completamente o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, fazendo com que os presos passem mais tempo inseridos nesse ambiente violador de direitos. Outro aspecto importante é levantado por Pinho e Sales (2020) e se refere a ausência

de estudos e impactos orçamentários para manutenção de presos por mais tempo nos estabelecimentos prisionais.

O parágrafo 2º do artigo 310 do Código de Processo Penal foi alterado permitindo que o juiz, no caso concreto, denegue a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, se o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito. O acusado precisa exercer seu direito de defesa em liberdade, apenas nas hipóteses de tentativa de frustrar o processo penal é que se justifica a prisão cautelar. Pois de outro modo a periculosidade do agente será em termos precoce e sem base judicial, e sua presunção de inocência será convertida em culpa presumida. Estamos legitimando o direito penal do inimigo. Nesse sentido, a perpétua sensação de crise, a ideia de que prisão funciona, a neutralização do agente criminoso, conforme a teoria analítica de Garland, caracterizam essa alteração na Lei anticrime.

O parágrafo único do artigo 25 do Código Penal que trata da legítima defesa alegada por agentes de segurança pública também se trata de uma expansão da infraestrutura da prevenção do crime e da segurança da comunidade, ponto arguido por Garland como sendo característico do populismo penal. A alteração legislação reforça a ideia do direito penal simbólico, pois alimenta o discurso punitivo da última campanha eleitoral e confere sensação de maior segurança pública. O *caput* do artigo 25 é suficiente para excluir a ilicitude da conduta de qualquer pessoa que tenha agido nos limites da referida norma, seja agente de segurança pública, seja pessoas comuns, não havendo necessidade prática de outro dispositivo para o mesmo objetivo.

Outras alterações ocorridas como a maior restrição para concessão de livramento condicional (Inciso III, art. 83 do CP), hipóteses de majoração da pena no crime de roubo (§ 2º e § 2º-B do art. 157 do CP) e a restrição para o transcurso do prazo prescricional (art. 116 do CP) demonstram o conteúdo punitivista dessa alteração legislativa no âmbito do direito penal.

Feita essas considerações, é preciso, portanto, reconhecer como pressuposto político-ideológico do Estado Democrático de Direito a garantia dos direitos fundamentais (BECHARA, 2010). Nada vale estruturar o Estado com os melhores mecanismos de enfrentamento à criminalidade se inexistir um ambiente democrático, uma ideologia de defesa da pessoa humana.

Os valores, princípios e garantias contidos na Constituição brasileira de 1988 emprestam a mesma validade normativa aos documentos internacionais sobre direitos humanos que sejam aprovadas pelo Congresso Nacional nos exatos termos do seu artigo 5º, parágrafo 3º. Revelando, portanto, não só a importância dada aos direitos humanos pelo Estado, mas também

indicando que a ampliação de normas que tratam de direitos fundamentais das pessoas segue a evolução dos direitos humanos. Restringi-las, pois, fere o núcleo do Estado Democrático de Direito no seu sentido normativo.

Contrariamente ao caráter restritivo dos direitos fundamentais típico dos movimentos populistas penais, a elaboração de políticas criminais voltadas à ampliação de garantias contra o poder de intervenção do Estado revela-se a base para as novas democracias. Os modelos de intervenção penal que se afastam da defesa dos direitos fundamentais produzem, por intermédio do direito penal, efeitos de cunho autoritário em toda estrutura do sistema de justiça (BECHARA, 2010).

Na avaliação de Bechara os reflexos autoritários que ainda sentimos atualmente em meio aos avanços na esfera dos direitos humanos, limitam os direitos fundamentais sustentados pela ideologia da eficiência na defesa social. É importante observar que práticas arbitrárias, autoritárias e violentas reforçam o populismo penal em que são alvo as pessoas notadamente mais vulneráveis (BECHARA, 2010). Por esse ângulo de análise, o “não-cidadão” é o inimigo, cujo sistema de justiça penal adotará feições de conflito bélico para seu enfrentamento, razão pela qual se justifica e se mantém uma polícia militarizada no Brasil que põe em prática programas de política criminal de cunho populista punitivo.

Zaffaroni (2014, p. 18) faz referência ao inimigo como sendo “seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas”. A rigor, podemos anotar que essa exclusão de direitos é, sobretudo, cassação da cidadania dos criminosos que através dos processos de criminalização provocam justamente uma violência estrutural. Por essa razão lhes são negados direitos básicos, como respeito à integridade física e moral, saúde, abrigo digno, assistências materiais, educacionais, profissionais e até jurídica, todos considerados pelo texto Constitucional como direitos fundamentais. No fim, são suspensos seus direitos políticos, segregando-os completamente da arena democrática.

No âmbito do princípio da igualdade, quando se opta pelo direito penal do inimigo, seus preceitos normativos são aplicáveis a todos de maneira indistinta. Paralelamente, o Direito penal do cidadão aparece sendo aplicável àqueles que não representam o público alvo do sistema penal brasileiro. O judiciário atua na seleção de um ou outro direito penal, do inimigo ou do cidadão, nos exatos termos da seletividade penal evidenciada pela criminalização secundária²⁹.

²⁹ Diversas pesquisas apontam no sentido da seletividade penal operar por meio da criminalização secundária, onde os operadores do sistema de Justiça Criminal promovem uma escolha específica do seu alvo. Ver.

Ocorre que, o endurecimento penal, típico do direito penal do inimigo, recai de maneira muito mais intensa sobre os socialmente vulneráveis. Analisando o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, Jakobs (2007, p. 21) conclui que “Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só contexto jurídico-penal”. E esse tem sido o contexto jurídico-social que caracteriza a jovem democracia brasileira, de um lado os amparados pelos direitos, do outro, o inimigo que precisa ser eliminado³⁰.

Nesse sentido, em face das já demonstradas sistemáticas violações aos direitos fundamentais, nos deparamos com uma democracia sem cidadãos, face mais visível de um Estado autoritário e populista. A exata fronteira entre o Estado autoritário e o Estado Democrático de Direito é, portanto, o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais. Aqueles Estados cuja construção valorativa se distancia do respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais, se aproximam da forma autoritária de Estado.

A compreensão da sociedade pressupõe o reconhecimento da sua base estrutural. Nesse sentido, a compreensão do Estado Democrático de Direito parte do reconhecimento dos indivíduos que lhe são a base (BECHARA, 2010). Mesmo no modelo organicista de sociedade, o indivíduo precisa ser reconhecido atomisticamente como sujeito de direitos fundamentais, por sua dignidade, sua individualidade, para que se efetive o Estado Democrático de Direito.

A decomposição dos cidadãos transformando-os em inimigos, conforme análises de Jakobs (2014), leva a um Estado autoritário, caracterizado, sobretudo, pela adoção de um conjunto de valores, interesses e garantias não democráticos. O punitivismo, na sua corrente mais visível no Brasil, o populismo penal, representa esse retrocesso civilizatório. Em nome de uma pretensa garantia da ordem pública, combate à criminalidade e gestão pública da violência, relativiza-se direitos fundamentais, conforme casos já mencionados de violência estrutural. Nesse processo de identificação de inimigos (prevenção geral) e sua exclusão do cenário da

GROSNER, Marina Quezado. A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus' 01/12/2005 184 f. Mestrado em Direito instituição de ensino: Universidade de Brasília, Brasília. FLORES, Marcelo Marcante. expansão do direito penal: a seletividade do sistema de controle penal (re)discutida em face da nova criminalidade econômica' 01/12/2010 181 f. Mestrado em Ciências Criminais instituição de ensino: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. A neoseletividade do sistema penal: a lei de lavagem de capitais como uma demonstração da vulnerabilidade do criminoso de colarinho branco. uma aproximação entre e dogmática e os aspectos criminológicos' 10/04/2015 245 f. Doutorado em Direito instituição de ensino: Universidade Federal da Bahia, Salvador. SOTO, Rafael Eduardo de Andrade. Impunidade (?) nos crimes de colarinho branco: a (in)eficiência da reação punitiva no delito de evasão de divisas no âmbito do TRF4' 26/03/2013 90 f. Mestrado em Ciências Criminais Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

³⁰ Em excelente estudo realizado por ocasião de seu processo de mestrado, Ana Luiza Flauzina nos apresenta um cenário real dos processos de eliminação de inimigos no Brasil. Ver. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro.' 01/04/2006 145 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Universidade De Brasília, Brasília.

cidadania se legitima o emprego de políticas de segurança pública dissociadas da arquitetura constitucional, da lei e da igualdade.

3.3 POLÍTICA DE DEFESA DOS DIREITOS COMO INTERVENÇÃO PENAL LEGÍTIMA

Como estratégia de enfrentamento do autoritarismo penal punitivo característico do atual momento político criminal brasileiro, Alessandro Baratta (1997) propõe uma política integral de proteção e satisfação dos direitos humanos e fundamentais. Esse modelo de base sociológica se apresenta como uma intervenção penal legítima porque no seu interior, de forma subsidiária e fragmentária, atua o Direito Penal. O âmbito de ação desse modelo propõe uma real validade das normas constitucionais.

De fato, o constituinte originário ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, ao lado também da cidadania, traz para o centro das políticas de Estado a pessoa humana imbuída de sua dignidade. Mendes e Branco (2014, p. 135) concluem que o direito constitucional é resultado sobretudo “da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa”. A relação consequential entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais representa um avanço no constitucionalismo brasileiro. Contudo, essa proteção precisa se refletir também, e sobretudo, no âmbito do exercício do Poder punitivo estatal.

A previsão constitucional de rol de direitos fundamentais por si só não assegura a efetividade desejada. Sua garantia de eficácia consiste justamente na demonstração de sua aplicação nas políticas de Estado. Portanto, a validade real das normas constitucionais, no exercício do poder punitivo, comprova-se pela existência e política de defesa dos direitos fundamentais (BARATTA, 2001).

A política de defesa dos direitos fundamentais é composta de todas as políticas desenvolvidas pelo Estado, a política social, econômica, sanitária e de segurança, por exemplo. E, no interior das políticas de defesa dos direitos fundamentais se encontra a política penal, que se apresenta de forma subsidiária e fragmentária, nos mesmos moldes da intervenção penal liberal. Conforme Alessandro Baratta (1997, p. 68) “depois de substituída a política criminal por uma política integral de proteção dos direitos, a política do direito penal seria parte integrante desta”. Direito penal como aquele ramo do controle social que interfere residualmente na esfera dos direitos fundamentais das pessoas.

Uma política integral de proteção e satisfação dos direitos humanos e fundamentais é um modelo legítimo, porque corresponde à validade ideal das normas contidas na constituição dos estados sociais de direito, no direito internacional dos direitos humanos e à demanda social pela implementação dessas normas. A política de prevenção da criminalidade e o direito penal não podem substituir uma política integral de direitos, mas, pelo contrário, são eficazes e legítimas apenas na medida em que funcionem como componente parcial e subsidiário desta política³¹. (BARATTA, 2001, p. 203-204)

Portanto, a política estatal seria uma política de defesa dos direitos, enquanto o direito penal mínimo, ou constitucional, seria a política estritamente penal. Ou seja, se abandonaria a ideia de uma política criminal nos moldes hoje estabelecida. O objetivo desse direito penal mínimo é realizar os princípios constitucionais em matéria penal (BARATTA, 1997). Para esse propósito, o autor desenvolve uma teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite da lei penal (BARATTA, 2003). Para ele é preciso adotar uma estratégia de contenção da violência do poder punitivo. A partir disso, o autor desenvolve uma articulação principiológica intra e extrassistêmica ao direito penal com o objetivo de estabelecer um Direito Penal mínimo.

Esse modelo de direito penal mínimo é composto por princípios intrassistêmicos de limitação formal, funcional, e de limitação da responsabilidade penal cujo objetivo é indicar requisitos para a introdução e a manutenção de figuras delitivas na lei. Por essa estratégia, a subsidiariedade e fragmentariedade penal seriam efetivamente levadas em consideração no processo de criminalização. E princípios extrassistêmicos como critérios políticos e metodológicos para descriminalização e construção dos conflitos e dos problemas sociais fora do sistema penal (BARATTA, 2003). Constitui-se, portanto, num plano de mudança do quadro social, pois luta por democracia, por justiça social e contra a exclusão.

Nesse sentido, e num contexto mais amplo de teoria política, a defesa dos direitos enquanto política de Estado tem o objetivo especial de situar os conflitos sociais no âmbito político. Baratta critica a despolitização dos conflitos no interior dos pensamentos penais e criminológicos. Segundo o autor é preciso restituir à dimensão política situações de conflito social, pois não há como dissociar política penal da política criminal, que por sua vez é política em sentido amplo do termo (BARATTA, 1993, 59). Para o autor “não se trata de desenhar o direito penal da Constituição, mas sim de redefinir a política segundo desenho constitucional, como política de realização dos direitos” (BARATTA, 1997, 68).

Crimes como corrupção, organizações criminosas, criminalidade econômica, terrorismo, grupos paramilitares, não podem ser deixados à análise de “técnicos” juristas. São problemas criminológicos que precisam voltar a arena da democracia política. Estão esses

³¹ Tradução livre do texto *Seguridad* (2001).

problemas profundamente relacionados à atividade dos órgãos de representação política, aos cidadãos, partidos políticos, sindicatos, movimentos sociais, enfim, os atores sociais precisam estar envolvidos na resolução dos conflitos sociais (BARATTA, 1993, p. 59).

Cumpra adiantar o alerta feito pelo sociólogo e jurista italiano, para quem não se trata de criminalizar as políticas sociais ou debate político, no sentido de trazer para este campo criminal programas típicos de promoção dos direitos sociais, mas sim contrair a intervenção penal e investir em políticas de promoção integral dos direitos fundamentais que assegurem a ampla participação político-democrática e a inclusão social de todos (BARATTA, 1997, p. 68).

Como política de controle estratégico, a política de defesa dos direitos monitora o sistema penal a partir dos mecanismos institucionais e sociais de criminalização, assim como exerce controle sobre as reformas legislativas, processual, penitenciária e policial (BARATTA, 1997, p. 69). Daí resulta a importância das pesquisas empíricas no campo da criminologia, cujo objetivo é trazer substrato material legítimo para construção de políticas estatais de controle social democrático.

Baratta propõe uma releitura radical das necessidades reais e emergências através do sistema de direitos fundamentais, tudo isso dentro de uma análise normativa constitucional (BARATTA, 2002). É, no fim, substituir a política criminal por uma política de defesa dos direitos fundamentais, e como integrante dessa política, de maneira subsidiária e fragmentária, a política penal. Portanto, o Direito Penal assume uma posição verdadeiramente acessória e residual nessa forma de política de defesa dos direitos fundamentais. Algumas premissas básicas desse modelo de política podem ser levantadas a partir das lições sociológicas de Baratta, e delimitada no âmbito do processo de criminalização.

Primeiramente, quanto à criminalização primária, alguns comportamentos conflituosos precisam deixar a esfera de intervenção penal. A Lei de contravenção penal e os crimes que não envolvam violência ou grave ameaça à pessoa são tipificações metodologicamente habilitadas para serem excluídas do âmbito penal, posto que as respostas estatais a tais infrações não remetem imediatamente à prisão, centro do atual poder punitivo. É confirmar a abolição da pena de prisão como posta nos dias de hoje, sem abolir necessariamente a Justiça Criminal.

Cumprida essa etapa, teremos a politização dos conflitos, devolvendo às normas do direito privado a composição dos conflitos sociais que ameaçam ou lesão direitos fundamentais. Diversos institutos da lei dos juizados especiais criminais já preveem a composição. Atualmente a justiça penal negocial ganhou fôlego após a lei 13.964/2019 (lei anticrime). Portanto, já caminhamos orientados por esse processo.

Por esse ideal, ao direito penal resta um espaço residual para intervenção, pois somente nos crimes com violência ou grave ameaça à pessoas, a intervenção punitiva se considera inevitável como resposta às gravíssimas violências aos direitos fundamentais (BARATTA, 1993).

Em segundo lugar, quanto à criminalização secundária, os órgãos do Judiciário e as instituições auxiliares à Justiça precisam aproveitar a arena processual, não para uma espetacularização dos eventos criminosos, mas como uma oportunidade de solucionar problemas graves que passaram pelos filtros dos demais mecanismos de controle social. A espetacularização processual precisa ser combatida, assim como na execução penal, como já prevê a própria Lei de execução penal (LEP, art. 41, VIII). Regulamentos do Poder Executivo no âmbito dos sistemas de comunicação social teria o papel de prevenir que tais uso da criminalidade como entretenimento ocorressem em todo território nacional.

A respeito das prisões precisamos assegurá-las em caráter excepcional para que não violem os direitos humanos, ou seja, não haja violência na abordagem policial, não haja tortura policial, tampouco uso problemático do acordo de não persecução penal e delação premiada, abolir a manutenção de prisão cautelar como instrumento de segregação legalmente injustificada. Além disso, o Judiciário deve atentar para as medidas alternativas à prisão, e às penas não privativas de liberdade.

Esse tema da prisão, aliás, já ganhou a atenção das instâncias internacionais. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2013 emitiu relatório³² alertando para o uso indevido das prisões preventivas e do seu uso politicamente irresponsável.

O uso excessivo da prisão preventiva é contrário à própria essência do Estado Democrático de Direito (...). Além disso, resulta politicamente irresponsável que os Estados descumpram seu dever de adotar política públicas integrais em matéria de segurança cidadã, mediante a simples adoção de medidas populistas de curto prazo, que são insustentáveis do ponto de vista fiscal". (CIDH, 2013)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou no caso *Menores Detidos vs. Honduras* em 1999³³ que o referido Estado não fizesse uso da política penal como instrumento de solução de conflitos sociais, sobretudo no caso de menores.

Priorizar o desenho de uma política social e considerar o papel subsidiário da política criminal a respeito dos menores. O Estado não pode usar o poder punitivo para não

³² Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, 2013. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>> Acessado em: 01 nov. 2020.

³³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf> Acessado em: 01 nov. 2020.

abordar os problemas sociais que enfrentam os jovens. (CIDH Caso Menores detidos vs. Honduras (1999))

As audiências de custódia, por exemplo, já têm nos colocados nesse caminho de enfrentamento das violências perpetradas no âmbito das atuações policiais e das instituições penais. Além disso, os juízes de garantia são outro instrumento a favor da democracia, uma vez que o critério de imparcialidade judicial precisa se estabelecer com mais evidência. Ademais, a exclusão de elementos do tipo penal que caráter subjetivo ou que possuam, conforme análises das criminologias, potencial de promover seletividade penal, como é o caso do já citado § 2º do art. 28 da Lei de drogas, precisam igualmente ser excluídos.

Por fim, quanto à criminalização terceira, que sejam efetivadas os direitos e garantias já previstos na Lei de Execução Penal, por muitos tida como felizmente avançada na proteção da integridade física e moral dos presos. Os Poderes republicanos precisam adotar uma política de segurança de direitos aos presos como forma mesmo de assegurar o axioma da execução penal de reintegração do preso por meio do trabalho e educação nos exatos termos da Lei de execução penal.

A opção por esse modelo de base sociológica pressupõe uma política integral de proteção e cumprimento de todos os direitos humanos e fundamentais (BARATTA, 2002). Portanto, não investir em saúde, educação, saneamento básico, trabalho, esporte, e outros, equivale a investir em “segurança pública”. Nessa política de desassistência se põe em risco a vida das pessoas, seu patrimônio e compromete suas relações com o Estado, que com intuito de neutralizar os revoltosos, ou seja, os excluídos, os controla por meio do direito penal. Essa é a luta a ser enfrentada pelas jovens democracia, como é o caso da brasileira.

É também e acima de tudo uma luta contra a exclusão social e contra os mecanismos desumanos e escravistas de acumulação impostos pela globalização neoliberal da economia; uma luta por uma sociedade baseada na realização de necessidades reais, ou seja, no potencial de desenvolvimento de indivíduos e povos (BARATTA, 2001, p. 205).

Por essa razão, a já mencionada violência estrutural precisa ser identificada e combatida. Isso se faz com alterações sociais promovidas por políticas de segurança de direitos. Assim, no âmbito de uma intervenção penal mínima representada por um direito penal mínimo, que deita suas bases nos pressupostos de Baratta, é estratégia possível, embora improvável.

Enquanto direito penal da Constituição, o direito penal mínimo é uma contínua, vigilante e imaginativa obra de controle do sistema penal e de todos os mecanismos institucionais e sociais de criminalização, de reforma legislativa, processual,

penitenciária e policial. Uma obra que se destina a realizar os princípios constitucionais em matéria penal e que se conforma com os resultados das mais avançadas pesquisas sobre a análise crítica do sistema pena e sobre as estratégias integradas de proteção aos direitos. (BARATTA, 1997)

Por isso, como modelo legítimo, Baratta (2001) propõe a política de segurança dos direitos, composta de programas alternativos de prevenção e segurança dirigidos a uma proteção e implementação de direitos. Salientamos alguns itens desse modelo de política, embora alguns itens do programa se relacionem mais à realidade europeia que a brasileira.

Podemos elencar os itens que caracterizam esse modelo de intervenção iniciando com a (i) inclusão social como ponto de partida; (ii) a segurança de todos os direitos de todas as pessoas; (iii) uma política democrática, dirigida ao empoderamento dos marginalizados e excluídos política local, participativa; (iv) a desconstrução da demanda da pena na opinião pública e reconstrução da demanda de segurança de todos os direitos; (v) o reconhecimento de que a política criminal é um elemento subsidiário no interior de uma política integral de segurança dos direitos; (vi) o reconhecimento de uma política pública de segurança como serviço público que é, em que os policiais se convertem em cidadãos (polícia comunitária); (vii) afirmação da igualdade e uso ilimitado dos espaços públicos por parte de todas as pessoas; (viii) segurança no marco da Constituição e dos direitos fundamentais (direito penal mínimo, segurança dos direitos); (ix) e, uma segurança como política de uma “Europa aberta”, dirigida ao desenvolvimento humano no mundo (BARATTA, 2001, p. 209-210).

Tais axiomas contidos no programa de defesa dos direitos fundamentais garantem a promoção da pessoa humana no plano social e político, assegura da mesma forma a manutenção da democracia, ou seja, trata-se de uma defesa da justiça social e equidade.

Importante ponto a ser esclarecido na teoria de Baratta é que o autor passa a denominar referida política de Política de *Segurança* dos Direitos (BARATTA, 2001). Assim o faz com o objetivo de substituição de uma política de segurança pública, por uma política de segurança dos direitos. Optamos por não utilizar o termo *segurança* nesse trabalho, pois no nosso entendimento a simples menção do termo poderia nos levar de volta ao âmbito criminal de ação. E, no nosso entender a proposta da política de defesa dos direitos é exatamente oposta a esse movimento, ou seja, é a legítima devolução ao campo social e democrático dos conflitos de natureza não violenta, é legitimar o direito penal a agir apenas naquelas hipóteses legais estritamente graves e insanáveis pelos atuais instrumentos de controle social e deixar aos outros mecanismos de controle social a resolução dos conflitos sociais de natureza não atentatório aos direitos mais fundamentais.

Retomando a ideia de que a política criminal informa os saberes penais, e que o Estado Democrático de Direito tem nos direitos e garantias fundamentais sua justificação e legitimação, qualquer política criminal nesse modelo de Estado Democrático precisa elevar os Direitos Humanos como paradigma.

Os direitos fundamentais, enquanto positivamente dos Direitos Humanos na norma constitucional, demandam uma adequação constitucional do discurso jurídico-penal. Sem se ater às Teorias dos Direitos Fundamentais, mas concordando com Dallari (2005, p. 178-179) “o que realmente importa em benefício da pessoa humana é que, independentemente da falta de uniformidade na linguagem, os direitos fundamentais da pessoa humana vêm merecendo especial atenção no moderno constitucionalismo”. No mesmo raciocínio a atividade de punição do Estado enseja especial atenção para uma adequação das políticas criminais à defesa dos direitos fundamentais.

Nas lições de Zaffaroni (1991, p. 16) “se esse discurso jurídico-penal fosse racional e se o sistema penal atuasse em conformidade com o sistema penal seria legítimo”. Isso implica dizer que a construção teórica do sistema penal precisa ser racional, não apenas em razão da sua legalidade, mas sobretudo em face do seu conteúdo axiologicamente antropológico. Para esse autor a positivamente dessa antropologia jurídico-penal consagra o homem enquanto pessoa humana. A intervenção penal nesse caso se legitima a partir da tutela dos Direitos Humanos constitucionalizados.

La admisión de la posibilidad de violar Derechos Humanos para tutelarlos, sea por Estados en el plano internacional o por agencias del poder punitivo em el interno, no es otra cosa que um ardid legitimante de la negación total de los Derechos Humanos (ZAFFARONI, 2019, p. 66)

Atualmente intervenção penal legítima se dá com a criminalização de condutas que lesão gravemente os direitos fundamentais (conforme subsidiariedade e fragmentariedade), aplicação de uma pena (condicionada ao grau de culpabilidade do agente) e da prevenção de novos crimes (geral e especial). Fora modelo integrado de ciências criminais, é ilegítima qualquer modelo de intervenção que se intitule democrático. O que se questiona nesse ponto é que o populismo punitivo se serve com ampla folga desse modelo integrado, e que, portanto, pode até haver legitimidade, mas não haverá compatibilidade real com a defesa dos direitos fundamentais.

Esse atual sistema de Justiça criminal pode ser considerado simbólico porque o controle penal intervém sobre os efeitos e não sobre as causas da violência, como também intervém

sobre as pessoas e não sobre as situações, o controle penal ainda intervém de maneira reativa e não preventiva, e o resultado dessa intervenção não é imediatamente posterior ao crime (BARATTA, 1997, p. 50-51). Logo, temos uma intervenção penal que atende muito mais aos apelos emergenciais do clamor por segurança, do que um modelo que visa privilegiar a arquitetura constitucional fundada na dignidade humana.

Uma intervenção penal legítima dentro da arquitetura constitucional brasileira tem saída pela construção de políticas públicas inclusivas, democráticas e legítimas. É nesse cenário que a Política de Defesa dos Direitos Fundamentais se apresenta como modelo de intervenção penal legítima. Uma política pública que visa, antes de tudo, promover o dogma constitucional da dignidade da pessoa e cidadania, a defesa de direitos. Aliás, Baratta (1997, p. 60) já anunciava que “a afirmação dos direitos humanos através da democracia é, ao mesmo tempo, a via para superação da violência”.

CONCLUSÃO

Por conclusão a esse debate de ideias, retorna-se ao fio condutor inicial dessa pesquisa, ou seja, a uma proposta de lineamento da Política Criminal com os Direitos Humanos, sugerindo a política de segurança dos direitos como uma intervenção penal legítima na conformidade teórica de Alessandro Baratta.

Identificado o populismo penal que avança no Brasil mesmo após a Constituição da República de 1988, é preciso discutir alternativas ao modelo punitivo que flexibiliza ou viola direitos e garantias fundamentais de forma reconhecida tanto no âmbito dos órgãos internos quanto externos. Portanto, o populismo penal como política criminal em ascensão no Brasil é contrário ao conjunto axiomático constitucional.

Embora se reconheça o realismo de esquerda como uma política criminal legitimamente democrática, ela atua dentro da lógica do sistema atual de Justiça Criminal, sistema que Baratta identifica como uma verdadeira violência institucional. E referida violência não produz o efeito pretendido de intervir eficientemente contra a criminalidade.

Além disso, a criminologia, sobretudo a crítica, tem dedicado diversos estudos acerca da seletividade do sistema penal, e paradoxalmente, ou seja, ainda que atuando seletivamente, esse modelo de intervenção encarcerou milhares de brasileiros só na última década. Portanto, pensar fora dessa lógica violenta e encarceradora nos direciona exatamente para a política de defesa de direitos, onde se tem primeiramente o respeito aos direitos fundamentais, e em segundo lugar se apresenta efetividade ao caráter subsidiário e fragmentário do direito penal. Assim, é que se pretende alinhar direito penal mínimo, ou constitucional, com a reafirmação dos direitos humanos. Como modelo de política de segurança compatível com a Constituição da República Alessandro Baratta apresenta a política de segurança dos direitos.

É preciso lembrar os espetáculos públicos de punição historicamente descritos por Foucault (2014) em *Vigiar e punir*, e que tinha ao centro a pessoa humana que podia sofrer qualquer violação a sua integridade física e moral. Porque esse era o objetivo da punição, violar a condição humana, por isso se esquetejava, queimava, atezava, chicoteava, guilhotinava, enforcava, deixa partes do corpo mutilado pendentes nos logradouros públicos para as outras pessoas visem e se intimidassem e se acostumassem com aquela violência institucional. Hoje, temos reflexos dessa herança histórica de crueldade que também assolou o Brasil durante toda a sua existência. Da colônia ao Império, da República Velha à nova.

Quando se visualiza esse cenário da história brasileira, percebe-se que é preciso recolocar o ser humano no centro da praça pública, não mais como objeto dos martírios, dos suplícios, como objeto do direito penal, mas sim, colocar o ser humano em praça pública como um ser dotado de uma tal dignidade intrínseca que os direitos advindos dessa característica sejam invioláveis, ainda que os indivíduos violem a própria norma.

O Direito passa então à tarefa de buscar outros mecanismos alternativas à punição cruel e violenta para se afirmar enquanto tal e para manter a segurança. O que não se admite é o retorno a esse momento histórico de barbárie, em que para se afirmar o direito se necessite desfigurar o ser humano, decompondo-o em um corpo dominável, domesticável, admoestável, um corpo sem limites à sua violação. É dizer, negando o que lhe é intrínseco, que é a sua dignidade.

O populismo punitivo se apresenta justamente como esse retorno ao cenário social em que determinadas pessoas, ou qualquer uma delas, podem sofrer graves violações à sua integridade física e moral. Os espetáculos de linchamento público, característicos daqueles locais onde o sistema de segurança não chega; a letalidade policial que produz mortes nas periferias de todo o Brasil e não encontra repressão; as torturas policiais e judiciais; o endurecimento de penas; a barbárie do sistema carcerário brasileiro que sistematicamente viola direitos fundamentais; enfim, é contra tudo isso que a criminologia vem revelando e denunciando que se insiste nesse diálogo aqui proposto. É contra a desumanização de uns em face da manutenção da humanidade de outros. É democracia contra o autoritarismo.

Portanto, num Estado Democrático de Direito, a única intervenção penal legítima possível é a proposta pela política de segurança dos direitos. Uma defesa integral da proteção e cumprimento de todos os direitos humanos e fundamentais (BARATTA, 2002). É tirar os mecanismos penais que operam seletivamente do centro do controle social. É promover cidadania ao invés de exclusão. É promover dignidade, ao invés de punição.

No âmbito do atual direito penal constitucional, é preciso reestruturar a política criminal em bases democráticas, em que figure como destinatários dessas políticas o ser humano, o cidadão, e não mais um inimigo aniquilável. A aposta é alta, os desafios são complexos, e ainda há muito o que debater a esse respeito, mas no marco da defesa e promoção dos direitos humanos e fundamentais nos Estados democráticos somente é legítimo o modelo de política de defesa dos direitos.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Violência, controlo social e cidadania: dilemas na administração da justiça criminal no Brasil. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 1, n. 41, p. 101-127, dez. 1994.

_____. O Monopólio estatal da violência na sociedade brasileira contemporânea In: **O que ler na ciência social brasileira 1970-2002**. Volume IV. Organizado por Sérgio Miceli. São Paulo: NEV/USP, 2002.

ALVES, Enedina do Amparo. **Rés negras, judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana**. 2015. 173 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

AMARAL, Augusto Jobim do; NAZÁRIO, Ana Luiza Teixeira. Cultura e criminalização: um estudo de caso sobre o funk na cidade de Porto Alegre. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 09, nº 1. ISSN 2317-7721 pp. 50-77. 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDREA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de coisas inconstitucional no Brasil: análise do protagonismo judicial estrutural dialógico no controle de políticas públicas**. 10/08/2017 209 f. Mestrado em Direito Político e Econômico Instituição de Ensino: Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo Biblioteca Depositária: Biblioteca George Alexander - Setorial Direito.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Criminalidade e justiça penal na América Latina**. **Sociologias**, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 212-241, jun. 2005.

_____. Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 94-113, abr. 2009.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas* - **Revista de Ciências Sociais**, v. 15, n. 1, p. 105-127, 27 abr. 2015.

BARRATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

_____. Defesa dos direitos humanos e política criminal. (pp. 57 – 69). In: **Discursos Sediciosos**, ano 2, n. 3. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 1997

_____. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 44-61, abr.mai.jun. 1993. Tradução Ana Lucia Sabadell.

_____. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 27-52, mar. 2000.

_____. Il Privilegio della sicurezza. **Il Manifesto**" del 08 Giugno 2002. Disponível em: <http://www.ristretti.it/areestudio/territorio/opera/documenti/politiche/baratta.htm> Acessado em: 04 nov. 2020.

_____. Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Doctrina penal**. Teoria e prática em las Ciências Penais. Ano 10, n. 87, p. 623-650. Florianópolis, 2003. Tradução de Francisco Bissoli Filho.

_____. Seguridad. *In*. **Criminología y Sistema Penal**. Compilación in memoriam. Colección: Memoria Criminológica, n. 1 Argentina: Editorial B de F Ltda., 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUERMANN, Desirê. Structural Injunctions no Direito norte-americano. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. pp.279-301.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 411-436, 2008.

_____. Mortes sem pena no Brasil: a difícil convergência entre direitos humanos, política criminal e segurança pública. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 110, n. 1, p. 211-229, dez. 2015.

_____. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.) **Direito penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011. Série IDP.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOTTOMS, Anthony. The philosophy and politics of punishment and sentencing. In: CLARKSON, C.; Morgan, R. [org.]. **The politics of sentencing reform**. Oxford: Clarendon, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. Poder e seletividade: os processos de criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. **Caderno de Relações Internacionais**, vol. 10, nº 18, Recife: jan-jun. 2019. pp. 297-319.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**, de 05 de fevereiro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Lex**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Lei de Drogas. **Lex**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Lex**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Informativo. **ADPF 347**. 2015. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> Acesso em: 20 maio 2020.

BUENO, Samira. **Bandido bom é bandido morto**: a opção ideológico-institucional da política de segurança pública na manutenção de padrões de atuação violentos da polícia militar paulista. São Paulo, 2014. 145p. Dissertação de Mestrado – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. A política criminal como política pública: a (re)construção da dogmática penal a partir da “ciência conjunta do direito penal”. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, Londrina, v. 3, n. 2, p. 93-110, jul/dez. 2018.

CANO, Ignacio. **Políticas de segurança pública no Brasil: tentativas de modernização e democratização versus a guerra contra o crime**. *Sur, Rev. int. direitos human.*, dez 2006, vol.3, no.5, p.136-155. ISSN 1806-6445.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.** [online]. 2014, n.15, pp.315-347. ISSN 0103-3352. <https://doi.org/10.1590/0103-3352201415011>.

CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SOZZO, Máximo. Criminologia do sul. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1932-1961, jan. 2018.

CIFALI, Ana Claudia. Política Criminal Brasileira no Governo Lula (2003-2010): diretrizes, reformas legais e impacto carcerário. **Cadernos de Estudos Sociais e Políticos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 1-15, jun. 2016.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”**. Tese (Doutorado) Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Direito. 2015.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº15. Brasília, setembro - dezembro de 2014, pp. 315-347.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CLAUDINO, Karen da Silva. **Impacto das recomendações da comissão interamericana de direitos humanos da OEA na promoção dos direitos humanos no Brasil**. 2017. 52 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Costa Rica) (comp.). Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas. São José: CIDH, 2013.

CONTI, Thomas Victor. **Armas, guerras e instituições: os estados unidos, 1840-1940**. 2019. 226 f. Tese (Doutorado) - Curso de Economia, Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Menores detidos vs. Honduras**. Decisão. (1999) Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf Acessado em: 30 set. 2020.

COUTO, Edenildo Souza. **O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico Para Efetividade Dos Direitos Fundamentais No "Estado De Coisas Inconstitucional"** 10/08/2018 Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Universidade Federal da Bahia, Salvador.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado de direito e direitos fundamentais**. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz (coord.); CRUZ, Danielle da Rocha (coord.). Estado de direito e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 178/179.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. Populismo penal: o que nós temos a ver com isso?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 168, n. 6, p. 225-252, jun. 2010.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional'** 22/02/2017 217 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Política Criminal y Derecho penal**. 2a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, C. C.; MASIERO, C. M.; AMARAL MACHADO, É. B. L. Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Set 2018. 27-65.

FERREIRA, Poliana da Silva. Direitos Fundamentais e letalidade policial: sentidos opostos numa mesma trilha. **Redes: Revista eletrônica Direito e Sociedade**, Canos, v. 7, n. 2, p. 111-126, ago. 2019.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição Constituição e Sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GALTUNG, Johan. **Cultural Violence**. *Journal of Peace Research*, v. 27, n. 3, p. 291–305, 1990.

_____. **Violence, Peace, and Peace Research**. *Journal of Peace Research*, v. 6, n. 3, pp. 167-191, 1969.

GALTUNG, Johan; HÖIVIK, Tord. **Structural and Direct Violence: A Note on Operationalization**. *Journal of Peace Research*, v. 8, n. 1, p. 73–76, 1971.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2014. (Pensamento criminológico; 16).

HERNANDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y sabor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. Ano 1, nº 1, Universidade de Talca, Chile, 2003. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21310.pdf>> Acessado em: 10 out. 2020.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2007. Coleção a obra-prima de cada autor n. 47.

KRUG, Etienne G.; MERCY, James A.; DAHLBERG, Linda L.; et al (Orgs.). **World Report on Violence and Health**. Geneva: World Health Organization, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASIERO, Clara Moura. **Lutas sociais e política criminal: os movimentos feministas, negro e lgbtq e a criminalização das violências machistas, racistas e lgbtqfóbica no brasil**. 2018. 389 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. 10. ed. Barcelona: Reppertor, 2016.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Ailsy Costa de; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. O desenvolvimento de Políticas Públicas voltadas para a efetivação dos direitos sociais: o dever estatal de preservar padrões mínimos de existência. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 4, n. 01, 16 out. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Comissão**: Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Washington: OEA, 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Constituição e encarceramento no Brasil: a revalorização da pena de prisão na assembleia nacional constituinte (1987-1988). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 147, n. 9, p. 479-524, set. 2018.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias**. Tempo Social, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 43-52, maio de 1997.

PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). **Democracia, violência e injustiça**: o não-estado de direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. "Lei anticrime": uma leitura possível a partir do garantismo jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 331, n. 28, p. 4-6, jun. 2020.

PRATT, John. **Penal populism**: key ideas in criminology. New York: Routledge, 2007.

ROBERTS, Julian; et. al. **Penal Populism and Public Opinion**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ROSA, Camila Maria. **Estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro ativismo judicial estrutural dialógico como forma de superação de falhas nas políticas públicas e efetividade dos direitos fundamentais dos presos**. 23/06/2017 201 f. Mestrado em Ciência Jurídica Instituição de Ensino: Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: a: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHWARCZ, Lilian Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das letras, 2014.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007.

SOUZA, Taiguara Libano Soares. **Constituição, Segurança Pública e Estado de exceção Permanente: a Biopolítica dos Autos de Resistência**. Rio de Janeiro, 2010. 222p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

SOZZO, Máximo. **La inflación punitiva: un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina (1990-2015)**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Café de las Ciudades, 2017b.

_____. “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina”. URVIO **Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana**, n. 1, Quito, 2007, p. 88-116.

_____. Qué es el populismo penal? **Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana**, n. 11, 2012, p. 117-122.

_____. Más allá de la tesis de la penalidad neoliberal? Giro punitivo y cambio político en América del Sur. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 129, 2017a, p. 321-348.

SUASSUNA, Rodrigo Figueiredo. **O habitus dos policiais militares do Distrito Federal' 01/07/2008** 150 f. Mestrado em SOCIOLOGIA Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, BRASÍLIA Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da Universidade de Brasília - BCE/UnB.

VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife no início do século XX**. 2018. 245 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**. Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007.

VILALTA, Carlos; FONDEVILA, Gustavo. **Populismo penal na américa latina**, a dinâmica de crescimento da população carcerária. Instituto Igarapé. Nota estratégica 32. Rio de Janeiro, abril 2019.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2012.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. (Pensamento criminológico; 6).

