

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

ROBERTO GALVÃO FALEIROS JÚNIOR

**TUTELA PENAL E TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS
HUMANOS: UMA INTERSECÇÃO CRÍTICO-DIALÉTICA
MARGINAL**

FRANCA

2012

ROBERTO GALVÃO FALEIROS JÚNIOR

**TUTELA PENAL E TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS: UMA
INTERSECÇÃO CRÍTICO-DIALÉTICA MARGINAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

FRANCA

2012

Faleiros Júnior, Roberto Galvão

Tutela penal e teoria crítica de direitos humanos: uma inter-
secção crítico-dialética marginal / Roberto Galvão Faleiros Júnior.
– Franca: [s.n.],
2012
204 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual
Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.
Orientador: Paulo César Corrêa Borges

1. Direito penal – Tutela. 2. Direitos humanos. 3. Criminologia
crítica. I. Título.

CDD – 341.50981

ROBERTO GALVÃO FALEIROS JÚNIOR

**TUTELA PENAL E TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS: UMA
INTERSECÇÃO CRÍTICO-DIALÉTICA MARGINAL**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais,
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito
para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração:
Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

1º Examinador: _____

Prof. Dr. David Sánchez Rubio

2º Examinador: _____

Prof. Dr. Antonio Alberto Machado

Franca, ____ de _____ de 2012.

*Aos meus pais, Roberto e Sônia,
pelos exemplos de suas
existências nas construções dos
seus cotidianos, que me
possibilitaram aprender a
dimensão da alteridade no “dar a
cada um conforme sua
necessidade”.*

*Ao meu irmão Rodrigo, que
diuturnamente me ensina o
imperativo do respeito à
diferença.*

AGRADECIMENTOS

Mais que meu agradecimento, minha sincera gratidão ao Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges pela confiança depositada ao escolher-me como orientando, pelo acolhimento e abertura para discussões em todo o curso de Mestrado e pela gana com que coordena a Pós-graduação em Direito, mesmo em espaços tão carentes do comprometimento com o ensino público.

Aos professores, Dr. Antonio Alberto Machado e Dr. David Sánchez Rubio que, além de formularem questões e fornecerem elementos decisivos para o trabalho no Exame Geral de Qualificação, influenciaram, de diversas maneiras, minha maneira de olhar para o direito e para o mundo.

Ao grande parceiro de todas as horas e todos os momentos, Antonio Sérgio Escrivão Filho, ou simplesmente “Tuco”, que dá um sentido para a compreensão da práxis no direito.

Aos amigos que de alguma forma colaboraram, alguns desde o processo seletivo, para a corporificação deste trabalho: Jeferson Fernando Celos, Caio Jesus Granduque José, Fábio Henrique Esposto, Thiago Lemos Possas, Ísis Dantas, Luis Guilherme Robazzi, Danilo Corregliano, José Roberto, Vinicius Reis Barbosa, Jorge Serretti e Daniel Paes de Almeida.

Pelo acolhimento e cumplicidade, uma lembrança carinhosa da última geração da “This is Love”, Biscoito, Chocolate, Heitor, Gladstone e Pedrinho.

À comunidade da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Câmpus de Franca, em especial à Profa. Dra. Elisabete Maniglia, exemplo de compromisso com a Faculdade e com o povo, e à Profa. Dra. Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas, por sua dedicação ímpar.

Aos funcionários da biblioteca, em especial à bibliotecária Laura Jardim, sempre disposta a cooperar e simplificar qualquer dificuldade, mesmo diante de questões das mais sutis. Aos funcionários Márcio Augusto e Tarcísio Rodrigues da Silva, pela paciência e atenção.

À Seção Técnica de Pós-graduação, em especial Maísa Helena de Araújo e Ícaro Henrique Ramos, pelos suportes imprescindíveis não apenas para confecção deste trabalho, como também para toda a Pós-graduação no Câmpus.

E, finalmente, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo apoio concedido para realização final da dissertação.

*Quem já passou por essa vida e não viveu
Pode ser mais, mas sabe menos do que eu
Porque a vida só se dá pra quem se deu
Pra quem amou, pra quem chorou, pra quem sofreu
Ah, quem nunca curtiu uma paixão nunca vai ter nada,
não
Não há mal pior do que a descrença
Mesmo o amor que não compensa é melhor que a
solidão
Abre os teus braços, meu irmão, deixa cair
Pra que somar se a gente pode dividir
Eu francamente já não quero nem saber
De quem não vai porque tem medo de sofrer
Ai de quem não rasga o coração, esse não vai ter
perdão*

Como dizia o Poeta - Vinicius de Moraes

*Vitor nasceu no jardim das margaridas
Erva-daninha nunca teve primavera
Cresceu sem pai sem mãe sem norte sem seta
Pés no chão, nunca teve bicicleta*

*Já Hugo não nasceu, estreou
Pele branquinha, nunca teve inverno
Tinha pai, mãe, caderno e fada-madrinha*

*Vitor virou ladrão
Hugo salafrário
Um roubava por pão
O outro para reforçar o salário*

*Um usava capuz
O outro gravata
Um roubava na luz
O outro em noite de serenata*

*Um vivia de cativo
O outro de negócio
Um não tinha amigo, parceiro
O outro sócio*

*Retrato falado Vitor tinha cara na notícia
Enquanto Hugo fazia pose pra revista
O da pólvora apodrece impenitente
O da caneta enriquece impunemente*

*A um só resta virar crente
O outro é candidato a presidente
Os Miseráveis - Sérgio Vaz*

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. **Tutela penal e teoria crítica de direitos humanos:** uma interseção crítico-dialética marginal. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012.

RESUMO

Os sistemas jurídico-penais (instituição policial, judicial e penitenciária), originados entre os Séculos XII e XIII, mas que formaram suas características atuais no Século XIX, têm agido de forma seletiva, violentando determinado grupo de pessoas. Esta forma de lidar com as questões criminais foram importadas e incorporadas nos cotidianos dos países na América Latina, com os processos de colonização e posterior neocolonização, reproduzindo violações de toda ordem. De certa forma, contribuíram para o atingimento dos objetivos coloniais ao controlar qualquer postura contestatória dessas circunstâncias. No Brasil a situação não é diferente, na realidade é até agravada, com a constante barbarização de vidas humanas através desse desproporcional mecanismo estatal. Imbuídos na tentativa de encontrar soluções para essas aberrações, o garantismo penal, o realismo jurídico-penal marginal e o direito penal mínimo inserem questões salutares na seara jurídico-política e constroem mecanismos para, teórica e praticamente, possa-se compreender todo esse processo, desmontando, paulatinamente, as estruturas que mantêm esses sistemas operantes. Porém, como a dissertação esta referenciada a partir da teoria crítico-dialética do direito, do direito penal democrático (gestados na barranca do rio Grande) e da teoria crítica de direitos humanos, aponta-se, modestamente as insuficiências dessas proposições para o manejo dos sistemas penais e do direito penal, nesse momento histórico. Desse modo, tentando dar um sentido objetivo e prático para o direito penal de maneira proporcional e democrática, como instrumento também de libertação e não apenas da opressão --- pois construção humana e, desse modo, direcionado para e pelos seres humanos -- -, estuda-se as nuances que a constitucionalização desse direito geram contra seus caracteres históricos. Para tanto, detalha-se a criminalização primária e as percepções tradicionais sobre os bens jurídicos, reconhecendo suas características também seletivas e estigmatizantes, buscando, através dos mandamentos constitucionais de criminalização e descriminalização, propostas concretas para minimizar essas funções típicas. Completando o processo criminalizante, examina-se a criminalização secundária criticamente, discutindo-se suas incongruências e seu papel para a manutenção das estruturas políticas e econômicas que embasam as culturas e o modo de produção das sociedades atuais. Com o objetivo de tencionar essas caracterizações recorre-se dos postulados do direito penal mínimo e suas propostas alternativas sobre os processos de criminalização e dos comportamentos socialmente negativos. Contudo, ao constatar as insuficiências das formulações e sentidos sobre comportamentos socialmente negativos e direitos humanos, parte para um aprofundamento na apreensão dessas considerações com o anseio de compreendê-los e concretizá-los. Com fundamento em uma teoria crítica de direitos humanos dissecar os mecanismos que aprisionam o conteúdo transformador de direitos humanos e que inviabilizam sua dissipação sócio-cultural e dificultam sua eficácia jurídico-política. Partindo de uma compreensão sociohistórica de direitos humanos, consegue visualizar os processos de lutas pelos quais

passaram as sociedades civis emergentes e as classes subalternas em busca de suas libertações e dignidades. Em virtude disso, possibilita-se circundar os conteúdos dos comportamentos considerados socialmente negativos, fornecer substratos para a tutela penal democrática e subsidiária de direitos humanos, e indicar que qualquer alteração substancial dos sistemas penais e do direito penal passa pela transformação das relações sócio-culturais dominantes.

Palavras-chave: sistemas penais. tutela penal. teoria crítica de direitos humanos. direito penal democrático. criminologia crítica.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. **Tutela penal e teoria crítica de direitos humanos:** uma interseção crítico-dialética marginal. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012.

ABSTRACT

Criminal legal systems (police, judiciary and penitentiary institution), arising between the twelfth and thirteenth centuries, but they formed their current characteristics in the nineteenth century, have acted in a selective manner, violating certain group of people. This way of dealing with criminal matters were imported and incorporated into everyday countries in Latin America, with the subsequent processes of colonization and neo-colonization, playing all sorts of violations. In a way, contributed to the achievement of the goals by controlling any yet anti-establishment posture colonial in these circumstances. In Brazil the situation is no different in reality is even worse, with the constant barbarization of human life through this disproportionate state mechanism. Imbued with the attempt to find solutions to these aberrations, the guaranteeism criminal, criminal-legal realism marginal and criminal law minimum fall in legal issues for legal and political and build space mechanisms to, theoretically and practically, can be understood throughout this process, dismantling gradually, the structures that keep these operating systems. However, as the dissertation is referenced from the critical-dialectical theory of right, of the democratic criminal law (gestated in the gorge of the river Grande) and the critical theory of human rights, it is pointed out, the shortcomings of these modest proposals for the management of systems of criminal law and criminal law, this historical moment. Thus trying to give a sense of purpose and practical for the criminal law and proportionally as democratic and Liberation also instrument not only of oppression --- because human construction and thereby directed to and by humans ---, studied the nuances that the constitutionalisation generate this right against their historical characters. For this purpose, details the criminalization primary and traditional perceptions about the legal, recognizing its characteristics also selective and stigmatizing, seeking, through the constitutional commandments of criminalization and decriminalization, concrete proposals to minimize these typical functions. Completing the process criminalizing, examines the criminalization secondary critically, discussing their inconsistencies and their role in the maintenance of political and economic structures that support the culture and mode of production of modern societies. With the goal of these characterizations are considering postulates of minimum criminal law and its alternative proposals on the process of criminalization and socially negative behaviours. However, finding the weaknesses of the formulations and meanings of socially negative behaviors and human rights, part for a deepening in the seizure of these considerations with the longing to understand them and implement them. Based on a critical theory of human rights dissects the mechanisms that imprison human rights transformer content and that prevent their dissipation socio-cultural and difficult legal and political efficacy. From a socio-historical understanding of human rights can view the processes by which struggles began emerging civil societies and lower classes in pursuit of their liberation and dignity. As a result, enables to enclose the contents of the behaviors considered socially negative, provide substrates for the criminal protection democratic and subsidiary of human rights, and indicate any

substantial changes of the criminal justice systems and criminal law is the transformation dominant socio-cultural relations.

Keywords: criminal systems. criminal trusteeship. critical theory of human rights. democratic criminal law. critical criminology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: DA BARRANCA DO RIO GRANDE	12
CAPÍTULO 1 TUTELA HUMANA DO DIREITO PENAL: UMA PREMISSA NECESSÁRIA	47
1.1 Os “antecedentes” do sistema penal brasileiro	21
1.2 Os contextos do sistema criminal brasileiro	32
1.3 Perspectivas críticas sobre os sistemas jurídico-penais: algumas leituras contra-hegemônicas.....	47
1.3.1 Aportes basilares do garantismo: contribuições essenciais e críticas substanciais.....	48
1.3.2 Realismo jurídico penal marginal: o marginal ainda circundando o centro	59
1.3.3 Contribuições da criminologia crítica: o centro tangenciando o marginal.....	70
CAPÍTULO 2 TUTELA PENAL DE DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS POSSIBILIDADES TÁTICAS	81
2.1 A constitucionalização do Direito Penal e a criminalização primária	90
2.1.1 A constitucionalização do Direito Penal e os bens jurídicos	90
2.1.2 A criminalização primária e os mandamentos expressos e implícitos de criminalização.....	102
2.2 A criminalização secundária e o direito penal mínimo.....	119
CAPÍTULO 3 TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS	133
3.1 A revelação da desordem: o cativo encantador de direitos humanos, posturas teóricas e institucionais	137
3.2 Os processos de lutas e as tramas sociais: uma práxis libertária de direitos humanos.....	157
CONSIDERAÇÕES FINAIS	176
REFERÊNCIAS	182

ANEXOS

ANEXO A – Apenas um Rapaz Latino-Americano - Belchior	194
ANEXO B – Brasil Com P - GOG	197
ANEXO C – Assassinos sociais - GOG.....	200
ANEXO D – Muito Obrigado - Mundo Livre S/A	203

INTRODUÇÃO: DA BARRANCA DO RIO GRANDE

Sob influência marxiana, Leonardo Boff (1997, p. 9) constata que: “A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam.”¹ De modo que, além de ser datado, pertencer a determinado momento histórico, este trabalho tem um lugar. Na realidade são vários lugares, a depender da perspectiva elegida. Suas reflexões emergem desde o Ocidente, do Continente Americano, especificamente ao Sul desse Continente, do Brasil, do Estado de São Paulo, do interior do Estado de São Paulo, das cidades de Franca e Ribeirão Preto, localizadas na barranca do rio Grande.²

A percepção crítica sobre a Faculdade de Ciências Humanas, Câmpus de Franca, estar localizada próxima da barranca do rio Grande, embora evidente para qualquer preocupação mais detalhada sobre o espaço-tempo, surgiu nas aulas de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais ministradas pelo Prof. Dr. Antonio Alberto Machado no Programa de Pós-graduação em Direito, curso de Mestrado, no segundo semestre de 2010.

Em função de o seu pensamento estar baseado nas reflexões crítico-dialético sobre o Direito³, que compartilha concepções com outros movimentos político-jurídicos conhecidos no Brasil como o Direito Achado na Rua, o Pluralismo Jurídico, o Direito Insurgente e o Direito Alternativo, o Prof. Machado assumia seu caráter contra-hegemônico e, em certa medida, seu alheamento perante os centros acadêmicos tradicionais e influentes, ao mencionar que estávamos todos (alunos, a

¹ “Ler significa ler e compreender, interpretar. Cada um lê com os olhos que tem. E interpreta onde os pés pisam. Todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender o que alguém lê, é necessário saber como são seus olhos e qual é a sua visão de mundo. Isto faz da leitura sempre uma releitura. A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam. Para compreender, é essencial conhecer o lugar social de quem olha. Vale dizer: como alguém vive, com quem convive que experiências têm em que trabalha que desejos alimenta, como assume os dramas da vida e da morte, e que esperanças o animam.” (BOFF, 1997, p. 9).

² O rio Grande nasce no Estado de Minas Gerais e forma a divisa natural com o nordeste do Estado de São Paulo, próximo, portanto, da Cidade de Franca.

³ Outros estudos na mesma linha ou sob forte influência dessa concepção crítica do direito têm surgidos no Câmpus de Franca. Um dos mais emblemáticos que além de fazer uma detalhada retomada dessas reflexões avança em vários aspectos é a dissertação de Jeferson Fernando Celos, de 2007, intitulada: “O direito enquanto práxis contra-hegemônica e a luta pela terra na perspectiva dos movimentos sociais populares.”

própria Faculdade, nossas discussões em sala, suas reflexões, etc.) “na barranca do rio Grande.”

Diante da situação de uma perspectiva a partir de uma realidade particular não significa que esteja segmentando-a, ou dotando-a de existência isolada, mas de reconhecer e apropriar-se das especificidades dessa realidade particular, dentro de uma totalidade concreta. Pois, “O concreto é concreto, porque é a síntese de muitas determinações, isto é, unidade do diverso” o que permite “elevar-se do abstrato ao concreto” (MARX, 2008, p. 258-259). De modo que as margens de onde partem o trabalho representam uma particularidade, uma unidade, dotada de diversas determinações, de diversidades, que possibilitam reflexões concretas.

A constatação da marginalidade das concepções crítico-dialética, simbolicamente caracterizada na explanação “na barranca do rio Grande”, influenciou não só a gestação do presente trabalho como, também, inúmeros outros que deram sustentabilidade para as reflexões aqui engendradas.

Também sob essas perspectivas, dois grupos da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Câmpus de Franca foram decisivos para gerarem as inquietações que possibilitaram a confecção deste trabalho: o “Núcleo de Estudos de Direitos Alternativo” (NEDA), orientado pelo Prof. Dr. Antonio Alberto Machado; e o “Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos” (NETPDH), orientado pelo Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges, orientador, também, desta dissertação.

Pode parecer mero esforço lúdico, ou retrato puramente esquemático, mas a importância da percepção do espaço⁴ onde se situa e de onde se fala são

⁴ Conforme o entendimento de Milton Santos (1988, p. 10): “O espaço não é nem uma coisa, nem um sistema de coisas, senão uma realidade relacional: coisas e relações juntas. Eis por que sua definição não pode ser encontrada senão em relação a outras realidades: a natureza e a sociedade, mediatizadas pelo trabalho. Não é o espaço, portando, como nas definições clássicas de geografia, o resultado de uma interação entre o homem e a natureza bruta, nem sequer um amálgama formado pela sociedade de hoje e o meio ambiente. O espaço deve ser considerado com um conjunto indissociável de que participam, de um lado, certo arranjo de objetos geográficos, objetos naturais e objetos sociais, e, de outro, a vida que os preenche e os anima, seja a sociedade em movimento. O conteúdo (da sociedade) não é independente, da forma (os objetos geográficos), e cada forma encerra uma fração do conteúdo. O espaço, por conseguinte, é isto: um conjunto de formas contendo cada qual frações da sociedade em movimento. As formas, pois têm um papel na realização social.”

imprescindíveis para a contextualização de qualquer estudo, pois “Para compreender, é essencial conhecer o lugar social de quem olha.” (BOFF, 1997, p. 9).

Desse modo, e a partir dessa concepção crítico-dialética sobre o direito, forjada desde esse espaço social, a dissertação utiliza-se das análises do Direito Penal Democrático⁵, desenvolvido pelo Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges, --- também gerado na barranca --- e busca um ponto de encontro, uma intersecção, com uma Teoria Crítica de Direitos Humanos, no intuito de visualizar a possibilidade e, conseqüentemente, a factibilidade de uma tutela penal de direitos humanos.

Essa tentativa, um pouco audaciosa e em certa medida incomum, tenta basear-se no atual momento histórico-político do país, evitando-se abstrações e idealizações sobre possibilidades dos sistemas penais ou dos instrumentos jurídico-penais que podem nunca ocorrer.

De outra forma, embora plenamente consciente e crítica sobre as situações degradantes dos sistemas penais e das clausuras da dogmática penal, essa dissertação não se soma ao coro das negações determinísticas de qualquer possibilidade de operá-los. Até porque, fática e objetivamente, o Direito Penal e os sistemas penais não irão desaparecer amanhã, em um piscar de olhos ou em função de estudos e das constatações e denúncias das inúmeras violações que geram. Aliás, os estudos são fartos e profícuos nesse sentido e, em certa medida, orientam, também, as análises principalmente do primeiro capítulo.

Por certo, essa ponderação sobre uma reflexão concreta, contextualizada e datada é imprescindível para, desde o início, refutar as críticas que podem advir sobre um possível viés legitimador da persecução penal e, por conseguinte, legitimador da barbárie existente.

Assim sendo, como o Direito Penal está no mundo e produz realidades e situações, antes de conseguirmos acabar com ele, assume-se o esforço de refletir sobre sua instrumentalização não no sentido de opressão e barbarização, mas com

⁵ “O Direito Penal democrático é aquele que estabelece um equilíbrio entre o Direito à Segurança – que se concretiza principalmente na criação de normas incriminadoras, para a tutela de bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade – a liberdade e a igualdade materiais.” (BORGES, 2005, p. 65).

o objetivo de também possibilitar a defesa, democrática e em derradeira medida, de direitos humanos e, portanto, de libertações humanas.

Além dos aportes teóricos mencionados, as formulações da Criminologia Crítica e do Direito Penal Mínimo, também fornecem elementos importantes para o desenvolvimento das ponderações sobre os objetivos iniciais e para a construção dos argumentos.

Apesar da maior parte dessas contribuições basearem-se em reflexões situadas em países centrais na ordem mundial, suas ponderações assumem uma postura contra-hegemônica extremamente crítica, o que possibilita sua reverberação em muitas margens pelo mundo.

Contudo, diante de algumas insuficiências encontradas, para poder compreender a complexidade dos objetivos propostos foi necessário recorrer-se de uma Teoria Crítica de Direitos Humanos⁶, principalmente com base nos estudos de David Sánchez Rubio e Helio Gallardo.

Porém, antes de especificar as questões desenvolvidas ao longo do trabalho, necessárias algumas observações sobre o que se entende por “teoria crítica” para evitar qualquer equivoco ou incompreensões:

O primeiro é que o conceito de ‘teoria’ pode associar-se com a noção de ‘verdade’. As teorias (científicas) seriam *verdadeiras*. Na realidade, as ‘teorias’, neste alcance disciplinar, são hipóteses, ou seja, suposições básicas cuja ‘verdade’ se segue de procedimentos operativos que se

⁶ Partilhando do entendimento de Helio Gallardo e reconhecendo a relevância da ponderação, utiliza-se no trabalho a menção “de Direitos Humanos”, ao invés “dos”. Conforme a nítida explicitação: “A ausência ou presença do artículo determinado “dos”, e seus alcances políticos, deveriam ser suficientemente conhecidos. ‘**Dos** derechos humanos’ expresa a convicción dos grupos dominantes de que se trata de un proceso acabado, centrado em derechos de ‘primeira geração’ (ênfatizam alguns) e de cuja realidade nem sequer se deve discutir. Constituiriam realidades evidentes. Suprimir o ‘dos’ (coisa que faz, por exemplo, a declaração de direitos humanos das Nações Unidas (1948), contém a mensagem de que direitos humanos constituem uma produção sociohistórica, se expressam como um processo e não se esgotam em uma lista. Salta à vista que uma teoria crítica de direitos humanos deve optar, discutindo-a, por esta segunda opção.” (GALLARDO, 2010, p. 88, grifo do autor, tradução nossa). “*La ausencia o presencia del artículo determinativo “los”, y sus alcances políticos, debería ser suficientemente conocida. “**Los** derechos humanos” expresa la convicción de los grupos dominantes de que se trata de un proceso acabado, centrado en derechos de ‘primera generación’ (se enfatizan algunos) y de cuya realidad ni siquiera se debe discutir. Constituirían realidades evidentes. Suprimir el “los” (cosa que hace, por ejemplo, la declaración de derechos humanos de Naciones Unidas (1948), contiene el mensaje de que derechos humanos constituyen una producción sociohistórica, se expresan como un proceso y no se agotan en una listado. Salta a la vista que una teoría crítica de derechos humanos debe optar, discutiéndola, por esta segunda opción.*”

determinam desde dentro dessas hipóteses. Não é, portanto, que sejam ‘verdadeiros’ seus resultados, mas que parecem cumprir-se quando se imagina e conceitua consistentemente uma área da realidade desde certos pré-supostos que foram sugeridos por eventos fáticos ou feitos que levantem perguntas que são contestadas hipoteticamente. A ‘verdade’ de uma teoria se segue de seu posicionamento inicial e das operações eficazes em termos de conhecimento que este determinado posicionamento gera, assim como dos prognósticos que, por cumprir-se ou não, mostram a confiabilidade e também a *provisoriedade* da teoria. Mas as ‘teorias’ não são verdadeiras no sentido de que ‘as coisas são assim como a teoria as apresenta’, ou em linguagem acadêmica, não são “óticamente” assim, mas que são “interpretadas dessa maneira” desde uma determinada, fundada e disciplinar perspectiva humana. [...] Na expressão “teoria crítica”, o segundo termo enfatiza o caráter explícito de um posicionamento básico para assumir *politicamente* uma realidade que *chama a atenção e compromete*. Neste caso, direitos humanos e as condições sociais para sua produção e eficácia jurídico-cultural. Em resumo, isto quer dizer: donde me localizo socialmente para assumir direitos humanos como fator da *auto-produção humana* (autonomia, autoestima, produção de humanidade genérica)⁷. (GALLARDO, 2010, p. 65-66, grifo do autor, tradução nossa)

Dessa forma, a teoria crítica de direitos humanos utilizada nessa dissertação, implica em compreendê-los de maneira complexa e contextualizada, desde determinadas condições sociais, políticas e econômica, no intuito de gerar situações de eficácia jurídico-cultural, de não discriminações, construindo permanentes processos de libertação humana. Com efeito, possibilita-se alargar as liberdades e dignidades humanas, colocando o sujeito em condições de “[...] apropriar-se de uma existência que lhe dê caráter ou sentido a partir de outros, com outros, para outros e para si mesmo e de comunicar com autoestima esta experiência de apropriação.” (RUBIO, 2010, p. 17).

⁷ “El primero es que el concepto de ‘teoría’ puede asociarse con la noción de ‘verdad’. Las teorías (científicas) serían verdaderas. En realidad, las ‘teorías’, en este alcance disciplinar, son hipótesis, o sea suposiciones básicas cuya ‘verdad’ se sigue de procedimientos operativos que se determinan desde dentro de esas hipótesis. No es, por tanto, que sean ‘verdaderos’ sus resultados, sino que parecen cumplirse cuando se imagina y conceptualiza consistentemente un área de la realidad desde ciertos supuestos que han sido sugeridos por eventos fáticos o hechos que levantan preguntas que son contestadas hipotéticamente. La ‘verdad’ de una teoría se sigue de su posicionamiento inicial y de las operaciones eficaces en términos de conocimiento que este determinado posicionamiento genera, así como de las predicciones que, por cumplirse o incumplirse, muestran la confiabilidad y también la provisoriedad de la teoría. Pero las ‘teorías’ no son verdaderas en el sentido de que ‘las cosas son así como la teoría las presenta’, o en lenguaje académico, no son “óticamente” así, sino que son “interpretadas de esa manera” desde una determinada, fundada y disciplinar perspectiva humana. [...] En la expresión “teoría crítica”, el segundo término enfatiza el carácter explícito de un posicionamiento básico para asumir políticamente una realidad que llama la atención y compromete. En este caso, derechos humanos y las condiciones sociales para su producción y eficacia jurídico-cultural. En sencillo, esto quiere decir: dónde me ubico socialmente para asumir derechos humanos como factor de la autoproducción humana (autonomía, autoestima, producción de humanidad genérica).”

Diante dessas delimitações teórico-metodológicas escolhidas foi possível empreender as análises, verificações e discussões ao longo de todo o trabalho.

Nesse sentido, empreende-se no Capítulo 1, “Tutela humana do direito penal: uma premissa necessária”, uma profunda e detalhada análise das origens dos sistemas penais, verificando suas diversas características e suas históricas violações. Com a recorrente preocupação sobre a necessária situação das reflexões, realiza-se, também, um esforço para contextualizar a situação desses sistemas na América Latina e, de maneira mais acurada, no Brasil. Nesse intuito, utilizam-se importantes pesquisas e estudos procurando demonstrar, mais uma vez, as incongruências e desproporcionalidades desses instrumentos jurídico-penais.

Posteriormente, analisam-se criticamente três proposições contra-hegemônicas sobre os sistemas jurídico-penais apontando suas principais construções teóricas, seus importantes avanços e, de forma circunstancial, discutem-se eventuais inconsistências ou insuficiências perante os objetivos da dissertação.

Esse momento específico do trabalho restou mais esquemático, em função da inviabilidade de se produzir um estudo alongado sobre as perspectivas escolhidas, além de fugir dos propósitos do estudo.

Após o reconhecimento dessas premissas necessárias, denunciando as incoerências e abusos dos sistemas penais, no Capítulo 2, “Tutela penal de direitos humanos: algumas possibilidades táticas” procuram-se pontuar sobre possibilidades de realizar uma tutela penal democrática de direitos humanos, mesmo diante do cenário catastrófico dos sistemas jurídico-penais. Tentando dar guarida a esse objetivo parte de um rápido apanhado do processo de constitucionalização do Direito Penal, e aborda as discussões acerca dos bens jurídico-penais e eventuais limites e fundamentos para a tutela penal. Enquanto, pontua contradições e problematizações dos alcances dessas possibilidades, sob a perspectiva crítico-dialética e dos postulados do Direito Penal Democrático, como mencionados.

Dentro dessas considerações conjunturais, faz um detalhamento da ocorrência da criminalização primária, denunciando suas desproporções e

estigmatizações no âmbito normativo-formal. Diante das discrepâncias encontradas discutem-se as contribuições e mecanismos que, dentro dessa situação jurídico-política e da ordem constitucional vigente, os mandamentos expressos e implícitos podem fornecer para minimizar essas situações. De fato, reconhecem-se determinados avanços, também na discussão sobre os conteúdos dos bens jurídico-penais, e dentro das questões jurídico-positivas, pois, as cogitações principais incutidas nas idéias das ordens de criminalização e descriminalização, em certa medida, dificultam as características determinantes dessa forma de criminalização.

Fechando o processo de criminalização estuda-se a criminalização secundária, apontando, também, suas características seletivas e deletérias, e discutem-se os principais postulados do direito penal mínimo, buscando elementos para admitir ou denegar a possibilidade de uma tutela penal de direitos humanos. Nesse sentido, aprofundam-se as reflexões sobre o direito penal mínimo e sua sustentação através de uma “teoria crítica dos sistemas penais” (BARATTA, 2002, p. 244) e de uma “política criminal alternativa” (BARATTA, 2002, p. 197) na edificação de uma teoria dos comportamentos socialmente negativos e dos processos de criminalização.

Contudo, percebem-se carências sobre as delimitações dessas questões, principalmente em relação à compreensão e sentido dos comportamentos socialmente negativos e de direitos humanos, o que dá pretexto para o Capítulo 3, “Teoria crítica de Direitos Humanos”. Assim, diante das insuficiências notadas, procura-se, inicialmente, demonstrar como direitos humanos são tradicionalmente compreendidos, encastelados e intencionalmente utilizados para iludir e justificar processos de opressão e exclusão, aventando para serem essas as razões de sua ineficácia jurídico-política. No mesmo sentido, argumenta-se que essas posturas teóricas e institucionais inviabilizam que direitos humanos sejam eventualmente protegidos pelo Estado e em certa medida através do Direito Penal, dada a absolutização de determinados aspectos, determinantes para a formatação dessas concepções.

Finalizando, procura-se reconhecer os processos de lutas e as tramas sociais que arquitetam, processualmente, a constituição de direitos humanos e como podem fornecer substratos para a compreensão dos comportamentos socialmente negativos e, deste modo, sustentar uma tutela penal de direitos humanos.

Nítido, portanto, que o trabalho não faz elucubrações sobre a falência ou a ausência do Estado, dos fins do Direito Penal, das funções da pena, ou vincula-se aos discursos e teorias romanceadas, etc. Até porque, os trabalhos de pós-graduação nesse viés são inúmeros e por vezes repetitivos. O intuito é claro. Diante do contexto jurídico-político brasileiro atual, das situações dos sistemas jurídico-penais, procura-se identificar quais as possibilidades reais de instrumentalizar o Direito Penal na defesa concreta e subsidiária de direitos humanos, e quais as perspectivas para suas ampliações.

Durante a dissertação fez-se a opção pelas poucas subdivisões dos capítulos, evitando-se exagerada abertura de seções, com o intuito de permitir uma leitura mais fluída, sem segmentações ou cortes abruptos de raciocínio. O que, talvez, possa dificultar em alguns momentos uma compreensão mais classificatória de algumas propostas, tão apreciada nos trabalhos acadêmicos. Porém, parte-se da concepção sobre a relevância da totalidade das observações e raciocínios sobre eventuais detalhamentos esquemáticos que, além de castrarem uma compreensão crítica, poderiam dissipar os intuitos da dissertação. Essa escolha também está relacionada com o anseio de não recorrer a assuntos tangenciais, que retratariam determinadas temáticas por puro modismo ou preciosismo acadêmico, pois desnecessárias infundáveis reaberturas e explicações desmedidas de temas exaustivamente abordados.

Este trabalho, deste modo, não tem pretensões de formular teorias, mas, tão somente, a partir de uma breve contextualização, tentar compreender a situação atual dos sistemas penais, em especial o brasileiro enquanto latino-americano, aduzir sobre a possibilidade da instrumentalização tática do Direito Penal na tutela de direitos humanos, pontuando as possibilidades de defendê-los/ampliá-los desde sua compreensão enquanto processo sociohistórico.

De modo que esta é apenas uma dissertação de um rapaz latino-americano imbricado nas margens do rio Grande, por isso não espere que ela seja como deveria ser, “correta, branca, suave, muito limpa, muito leve”, pois “sons, palavras, são navalhas” e “eu não posso cantar como convém”⁸.

⁸ Trechos de “Apenas um rapaz latino-americano” de Belchior

CAPÍTULO 1 TUTELA HUMANA DO DIREITO PENAL: UMA PREMISSA NECESSÁRIA

*“Pesquisa publicada prova
Preferencialmente preto pobre prostituta pra polícia prender
Pare pense por quê?”
Brasil com P - GOG*

1.1 Os “antecedentes” do sistema penal brasileiro

Durante todo transcorrer histórico-social, o direito, como toda construção humana, perpassou por diversos momentos e caracterizações. Desde sua feição moderna, especificamente, avolumam-se análises, críticas e proposições sem, contudo, posturas teóricas ou prática que substanciem profunda compreensão.

Existem inúmeras teorias que procuram explicar o fenômeno jurídico utilizando-se de diversas metodologias, recortes, posturas, discursos, em sua maioria, de maneira insuficiente e reducionista, pois sustentadas ora em entes metafísicos, ora, apenas, em leis ou normas estipuladas. Assim, de maneira didática podem ser condensadas em dois modelos: subordinação ao Direito Natural e o positivismo básico (LYRA FILHO, 1981, p. 16-17).

De maneira sintética, o jusnaturalismo, considerado a teoria precursora sobre as tentativas explicativas do direito, estrutura-se na previsão de ordens universais de normas e permite enunciar o denominado direito natural de substrato cosmológico, teológico, antropológico ou racional. (MACHADO, 2011, p. 25). Apesar de aparente desuso, esta perspectiva teórica produz efeitos, ainda hoje, em diversas teorias e formas de enxergar e atuar com o direito.

Já o positivismo, desencadeado após a revolução francesa no século XVIII e XIX através da Escola da Exegese, identifica o direito, estritamente com a lei escrita, interpretada de maneira literal. De maneira racionalista o direito é emanado a partir dos valores liberais, atrelado aos fins e finalidades do Estado moderno. Diversas

teorias, tais como as contemporâneas, normativismo e pós-positivismo, fundam-se nos postulados iniciais deste viés epistemológico (MACHADO, 2011, p. 26).

Com os direitos humanos e o sistema penal (órgãos legislativos, policiais, jurisdicionais e penitenciários), detidamente, não é diferente. Estes fundamentos gerais do direito acabam delineando interpretações do direito penal que inviabilizam qualquer apreensão concreta de determinadas situações e comprometem eventuais formulações de mudanças. Há certa percepção de um estacionamento teórico que demonstra o aprisionamento dos referenciais teóricos e, conseqüentemente, bloqueio nas atividades práticas.

De forma constante, o fenômeno criminológico acaba refém destas perspectivas jurídicas o que dificulta um aprofundamento dos seus problemas estruturais.

Por isso, constata-se que “[...] único modo de poder arriscar algum prognóstico sobre o destino do poder punitivo é a reflexão sobre as condições em que se originou e se desenvolveu, junto a um diagnóstico muito claro das circunstâncias presentes e de sua projeção imediata” (BATISTA, 2002, p. 14).

Nessa empreitada reflexiva sobre o poder punitivo, é necessário assumir uma perspectiva histórico-crítica (WOLKMER, 2003, p. 30-31), identificar o caráter transdisciplinar, valorativo, dialético e simbólico do fenômeno criminógeno e denunciar a evidente crise do sistema penal liberal-burguês.

Há certa discussão sobre o momento histórico do surgimento dos sistemas penais.¹ Correntemente, identifica-se que o aspecto atual dos sistemas penais remonta ao século XIX, quando na verdade originam-se a partir do confisco do direito lesionado da vítima mapeado nos séculos XII e XIII. De qualquer forma, são reafirmados no século XIX com o surgimento das agências policiais (ZAFFARONI, 1993b, p. 32).

Desde o início, o discurso jurídico-penal é permeado por imaginações, ideações e construções que o acabam distanciando das implicações oriundas das sociedades. O exercício de poder da autoridade, que suprime o papel da vítima,

¹ “Vimos a sucessiva intervenção, em três nítidos estágios, de três instituições: a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária. A esse grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar direito penal, chamamos *sistema penal*.” (BATISTA, 2007, p. 25).

baseia-se em ficções e metáforas, com elementos criados e inseridos nesta sistemática, distanciada da realidade social (ZAFFARONI, 1998, p. 52).

Numa tentativa de sistematizar o surgimento e desenvolvimento do sistema penal, Zaffaroni (2007, p. 29-82), expõe de maneira sistemática, com corriqueira profundidade, os diversos sistemas penais desenvolvidos pela humanidade. No entanto, não há aqui o intuito de desenvolver² cada um desses núcleos e processos, apenas indicar as principais influências sofridas pelos sistemas brasileiros na tentativa de produzir um retrato contemporâneo o mais coerente possível, fornecendo elementos para uma análise crítica.

A análise inicia-se, como dito, do surgimento em meados do século XII, vinculando-o, portanto, ao desenvolvimento do mercantilismo. A confiscação do conflito das vítimas, neste período, permitiu à Europa uma organização política e militar desmesurada, dando subsídios para suas empreitadas expansionistas.

Era necessária, neste momento, a construção de discursos e posturas legitimadoras do poder interno, com forte hierarquização das sociedades que pudessem sustentar as emanações ideológicas.

Assim, ocorre a estruturação do poder punitivo e conseqüentemente suplantação das práticas anteriores de solução das controvérsias jurídico-penais, começou-se a estabelecer o interrogatório ou *inquisitio*, com vinculação direta com a revolução mercantil e o colonialismo (ZAFFARONI, 2007, p. 38). No entanto, é necessária uma explicitação:

A inquisitio não deve ser identificada com nem se limitar à Inquisição romana, que foi uma instituição centralizadora do poder do Papa, nem tampouco com a Inquisição ibérica a serviço do poder régio, mas sim com o que se praticou como modo de estabelecimento da verdade em todos os tribunais laicos, tendo sido esta – como vimos – a prática comum da justiça que acompanhou a revolução mercantil e o colonialismo (ZAFFARONI, 2007, p. 39, grifo do autor).

Em diferentes graus e medidas, este cenário inquisitivo desenvolveu-se até o início da Revolução industrial e a manutenção da diferenciação no tratamento penal.

² Para um aprofundamento deste tema, consultar: Neder (2000) e Gauer (2010).

Com a ascensão da classe burguesa e a ilusão dos postulados liberais (liberdade, igualdade e fraternidade) o sistema penal manteve-se de maneira seletiva.

Como inseridos nesta lógica, a cultura, o direito, a política, a economia e, conseqüentemente, o sistema penal europeu foi transplantado para outros países, objetos dos projetos expansionistas. Todo este procedimento acontece desde o século XV, inicialmente denominado de colonialismo, posteriormente, já no século XVIII, como neocolonialismo e, desde o século XX sob a caracterização de globalização (ZAFFARONI, 2007, p. 29).

Neste sentido, evidente que o sistema jurídico brasileiro é parte destas pautas colonizadoras e, inicialmente, importou especialmente de Portugal, sem rupturas ou reinterpretações, suas legislações, discursos, sistemas e propostas. Em um segundo momento, mesmo com a independência, a influência não cessou, pois dentro do momento do neocolonialismo, expandiu-se para outros países europeus perpetuando-se os anseios e os valores colonizadores.

Esta anexação pragmática, mesmo com resquícios dos avanços modernos, reproduziu todos os malefícios do absolutismo o que, de certa maneira, sustentou o massacre das populações indígenas americanas.

Numa obra paradigmática, Nilo Batista dissecou todas as matrizes que sustentaram o sistema penal brasileiro:

[...] a primeira parte de “nossa” história anterior ao Descobrimento, abrangendo quatro grandes núcleos: a) direito germânico antigo; b) o direito do reino visigótico; c) direito islâmico na península ibérica; d) direito penal e penitencial canônico. [...] renascimento de vinhetas germânicas no direito foraleiro, das legislações ibéricas romanistas e do direito penal régio feudal e mercantilista – e eis as caravelas chegando. (BATISTA, 2002a, p. 24).

A postura adotada neste estudo realça a permanente seletividade dos sistemas penais. O criminalista carioca optou por retratar as matrizes criminais brasileiras através da identificação dos criminalizados, dos inimigos, dos sujeitados. A profundidade da abordagem revela, claramente, que ainda hoje há determinados estratos sociais que são objetos deste poder estatal.

Constata-se que partindo dos dois autores estudados é possível identificar, com riqueza de fundamentos e perspectiva teórica, os meandros que permitiram

edificar o sistema penal latino-americano e, pormenorizadamente o brasileiro. Conjugando-se as duas leituras históricas, percebem-se quais características forjaram as identidades desses sistemas americanos e que, ainda hoje, emanam efeitos, posturas e sujeições.

De modo genérico, pode-se considerar, portanto, que no Brasil identificam-se os sistemas: colonial-mercantilista, imperial-escravista e republicano-positivista (BATISTA, 2002b, p. 148); com os liames apontados anteriormente. Nota-se, ainda, uma vinculação entre o sistema penal e o sistema econômico-político, o que constata um importante aspecto quando do estudo do sistema contemporâneo.

No sistema colonial-mercantilista, que pode ser contextualizado entre 1500 e 1822, há uma incorporação das penas corporais sobre os indivíduos socialmente mais fracos com a utilização, inicialmente das Ordenações Manuelinas e, posteriormente das Ordenações Filipinas que acabaram regulamentando os aspectos criminais até a edição do código criminal em 1830.

Estas Ordenações, mesmo com a discussão sobre suas efetivas produções de efeitos no Brasil, estavam estabelecidas sob o paradigma da *inquisitio*. Reverberando, mesmo que minimamente os ares da Idade Média no Brasil.

No entanto, mesmo com estas pretensas previsões normativas, o exercício do poder punitivo no Brasil Colônia era relegado aos ambientes privados, seguindo a tradição ibérica de “[...] uma *continuidade entre o público e o privado*” (BATISTA, 2002b, p. 150, grifo do autor), com a aplicação diferenciada de penas e, também, de suas quantidades. Aliás, existiam até previsões nestas normativas sobre a possibilidade de sujeitos, em maioria os senhores, aplicarem determinadas penas e sobre específicas pessoas. Era efetivamente uma forma de execução penal privada da pena.

Nilo Batista (2002b, p. 149-150) caracteriza de maneira contundente este período:

Estamos, portanto diante de um poder punitivo que se exerce sobre o corpo de sua clientela, seja pelo deslocamento físico compulsório do degredo, seja por seu coercitivo emprego nas galés, aqui na flagelação dos açoites, acolá em mutilações ou marcas a ferro quente, tendo na morte aflitiva – que sempre implicava quando cabível, o confisco dos bens – seu máximo e

espetaculoso patamar e na tortura o meio probatório processualmente consagrado.

Com a independência do Brasil e a manutenção da Monarquia e da escravidão, modula-se o denominado sistema imperial-escravista (1822-1889). Apesar da eclosão do Iluminismo na Europa, esse sistema acabou não incorporando seus postulados, o que predica infundáveis reflexões.

Suas características ficam didaticamente realçadas:

Entretanto, aquela contradição entre liberalismo e escravismo, sobre a qual se detiveram brilhantemente tanto intelectuais brasileiros, se aguça irredutivelmente no controle social penal, porque o empreendimento escravista não prescinde de intervenções punitivas corporais. Tais contradições poder ser ilustradas com a verificação de que a Constituição de 1824 abolira a pena de açoite, não obstante prevista apenas para os escravos pelo código criminal de 1830 e largamente aplicada: a abolição constitucional era sem dúvida uma “idéia fora do lugar”. As “luzes” se refletiam apenas nos corpos brancos, pois aos escravos só eram aplicáveis as penas de morte, galés e açoites: quando esta última era executada por um agente público (porque sua larga execução no âmbito doméstico constituía a regra), a imposição de ferros que se lhe seguia deveria ser administrada pelo senhor, convertido oficialmente em órgão de execução penal (art. 60). (BATISTA, 2002b, p. 152).

Apesar das contradições apontadas e vivenciadas, este sistema penal acabou não produzindo significativas transformações, como visto, por atrelar-se, dentre outros fatores, aos anseios dos poderes exercidos e consolidados no país.

O momento peculiar do país recém independente não poderia prescindir de um sistema punitivo forte, invasivo e absoluto, principalmente diante das revoltas e insurreições que eclodiram neste período.³

Com a proclamação da República, com a crescente industrialização e a gradual transformação do modelo econômico, o sistema penal, parte desta engrenagem, acaba sofrendo modificações e passa a ser denominado de republicano-positivista.

³ Dentre outras, destaca-se: a revolta independentista pernambucana de 1817; a “Confederação do Equador” (ocorrida no nordeste entre 1823-1824); a insurreição popular ocorrida no Rio de Janeiro em 1831, conhecida como a “Noite das Garrafadas”; a “Cabanada” em Pernambuco e Alagoas (1832-1835); a “Cabanagem”, mais uma insurreição popular agora no Pará entre 1834-1840; a “Revolta dos Malês” em 1835, na Bahia; a “Revolução Farroupilha”, luta separatista e republicano no Rio Grande do Sul (1835-1845); a “Sabinada” novamente na Bahia (1837-1838); a “Balaçada” no Maranhão (1838-1841); a “Insurreição Praieira” em Pernambuco (1848-1850).

No entanto, as modificações acabaram reproduzindo as estruturas hierarquizantes e criminalizantes agora através da vinculação estreita aos mandamentos criminalizantes legais.

Com o positivismo criminológico, qualquer abordagem que não estivesse (ou esteja) vinculada aos ditames legais e normativos não merece consideração. Os juristas estavam (ou estão?) encastelados na “torre de marfim tecnicista”. Não se procuram reinterpretações e ampliações, apenas a subsunção mecânica da realidade à lei, e, agora aos ditames da dogmática penal, assim, aponta-se que:

Entre o final do século XIX e as duas primeiras décadas do século XX, as miseráveis condições de vida do proletariado e os esforços por sua organização, as tendências críticas do capitalismo (como o anarquismo) e os movimentos socialistas tinham sugerido aos juristas burgueses que era preciso punir mesmo sem crime. O princípio da legalidade se transforma num estorvo para o controle social penal. Favorecida pelos ventos do positivismo criminológico, a idéia de periculosidade produz as medidas de segurança, um remédio que nesta condição não deve reportar-se à lei, mas à “ciência criminal”. Elas estarão presentes em nosso código penal de 1940 (BATISTA, 2002b, p. 153).

Realça-se a constatação que, como explicitado, os arroubos do iluminismo, do direito penal liberal, acabaram não reverberando de maneira consistente no país, porém, o positivismo, por atender aos anseios dos detentores do poder político e econômico foi absorvido e venerado.

Esta percepção pode engendrar diversas reflexões que fugiriam do objeto específico deste trabalho, no entanto, indicam a necessidade de ampliar os campos reflexivos, nutrindo-os de outros aspectos para sair do encobrimento de situações que é tão convencional.

Dentro destas estruturas, mantiveram-se, em dada medida, os caracteres absolutista, escravagista, positivista e seletivista. Assim, como partilhando agora de processos neocolonizatórios, ainda há a importação de idéias, teorias e demais mecanismos e a identificação destes caracteres. Ocorre, neste processo, “[...] uma transnacionalização do saber criminológico (e, portanto, do controle social), de acordo com os modelos impostos pelos centros de poder localizados nos chamados países centrais [...]” (CASTRO, 2005, p. 20).

No entanto, ao invés dos ditames apenas da matriz europeia, absorve-se, principalmente dos Estados Unidos⁴, sob a roupagem da globalização, como adiantado anteriormente.

Neste processo a periferia neocolonizada e globalizada incorpora grande parte dos elementos oriundos destes projetos expansionistas e produz:

[...] um sistema penal paralelo que os eliminava mediante detenções administrativas ilimitadas (invocando estados de sítio, de emergência ou de guerra que duravam anos) e um sistema penal subterrâneo, que procedia à eliminação direta por morte e ao desaparecimento forçado, sem nenhum processo legal (ZAFFARONI, 2007, p. 50-51).

Assim, num estudo detalhado dos países latino-americanos no século XX é facilmente perceptível a constatação de diferentes controles sociais que desembocam em diferentes sistemas penais através, primordialmente, dos processos de criminalização.

Diante das características peculiares dos Estados nestes países, das agências de controle e dos controles sociais, identifica-se a existência de um sistema penal aparente e do sistema penal subterrâneo.

No sistema penal aparente ocorre a criminalização de condutas examinadas, de maneira mais constante, nos espaços das classes subalternas (CASTRO, 2005, p. 128).

Exemplifica-se essa percepção com o aspecto decisivamente seletivo das legislações que tutelam a ordem pública, a paz social, que prevêm crimes de mera conduta e contravenções penais (CASTRO, 2005, p. 129).

No Brasil, apenas em 2009 ocorreu a revogação da contravenção da mendicância (art. 60 do Decreto-lei n. 3.688/41). No entanto, de maneira paradoxal, afrontando a Constituição da República e inúmeros tratados internacionais

⁴ Por exemplo: Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, que instituiu o “cross-examination” - as partes fazem perguntas diretamente às testemunhas. Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011 principalmente com o fortalecimento e expansão do instituto da fiança. E a incorporação do “plea bargaining” (quando o acusado negocia com seu acusador sua culpa e por consequência sua pena) no Código de Processo Penal, como consta no projeto de lei do Senado no 156, de 2009 (art. 271 e 272).

subscritos pelo país, há, ainda, a previsão da contravenção de vadiagem no art. 59⁵ do mencionado decreto.

Para Lola Aniyar de Castro (2005, p. 129):

No sistema penal subterrâneo há uma criminalização, de facto, das dissidências ideológicas, operada pelos serviços de inteligência policial, que operam com uma certa discricionariedade, variável de acordo com os diferentes regimes, e com uma autoridade sustentada na impunidade de fato.

Além disso, como características desses sistemas subterrâneos, há a promoção das estigmatizações dos indivíduos como pertencentes às classes subalternas, através, principalmente da criminalização primária e secundária. Este processo contribui para a demarcação, permanência e aprofundamento da marginalização social destas pessoas, pois sofrem, constantemente, com a violação de seus direitos e sua ínfima proteção.

Outro aspecto interessante, que acaba relegando ditames do sistema aparente são os enormes contingentes de indivíduos presos provisoriamente, sem condenações definitivas. Esta situação é tão corriqueira, que existem inúmeras estudos nos países latino-americanos que demonstram as cifras enormes destes contingentes, dando indicações de característica inerente.

Embora haja certa discussão na eventual permanência desses sistemas subterrâneos nas realidades desses países, é inegável que existem inúmeras características que sustentam argumentações contrárias.

Infelizmente, verifica-se ainda que:

[...] há procedimentos diferenciados para as classes subalternas no terreno fático: violações de domicílio; violências policiais; violação do direito à própria imagem no tratamento informativo; prisões e detenções preventivas por prazo indeterminado; execução penal à margem dos direitos humanos; carência de condições dignas de vida, de acesso à

⁵ Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

informação, à comunicação, a atividades culturais ou esportivas, etc., e sofrimentos físicos e morais que ultrapassam os previstos pela lei. (CASTRO, 2005, p. 131-132).

Assim, evidente que há, no Brasil, a manutenção deste viés penalista que perpetua, através de vontades políticas, uma ordem jurídico-social desigual, hierarquizada e repressora de determinados sujeitos mais vulneráveis aos órgãos de controle. Em dada medida, ainda estamos vivenciando um sistema penal subterrâneo.

A preocupação com a gênese⁶ da estrutura penal, seu desenvolvimento, aporte e incorporação à realidade latina e brasileira, evidencia-se diante da necessária identificação de seus pressupostos, mecanismos e delineamentos. Como já advertido, com um estudo mapeado historicamente estar-se-á respaldado para uma compreensão coerente da realidade atual evitando-se leituras apressadas, incompletas e taxativas.

As estruturas jurídico-penais são construções humanas e acompanharam, portanto, as formatações do Estado, da sociedade e, também, do modo de produção econômico. Não há qualquer exemplo histórico-político que possa dissociar ou contradizer estas relações, pois cada vez mais nítido que “Os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados às fases do desenvolvimento econômico” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 23).

Mesmo as percepções jusnaturalistas ou juspositivistas, ou até as filosofias pós-positivistas, não conseguem alcançar, ou não chegam a se preocupar com estas constatações reveladas. No campo jurídico, infelizmente, há a busca, parece que permanente, de um entendimento “puro” do fenômeno, o que dificulta e até inviabiliza, em alguns casos, uma abordagem pluridimensional. Esta aparente deturpação é largamente denunciada:

O enfoque comum de conservadores e liberais não questiona a estrutura social, ou suas instituições jurídicas e políticas (expressivas de consenso geral), mas se dirige para o estudo da minoria criminosa, elaborando etiologias do crime fundadas em patologia individual, em traumas e privações da vida passada, em condicionamentos deformadores do sistema

⁶ Para Escrivão Filho (2011, p. 123-126) a categoria lukacsiana da gênese permite compreender e analisar historicamente o direito a partir das condições reais da sociedade que acabam fornecendo elementos substanciais para sua formação no e como processo social.

nervoso autônomo, em anomalias na estrutura genética ou cromossômica individual etc., em relação com as circunstâncias presentes, cuja recorrência produz tendências fixadas, psicológicas, fisiológicas ou outras. (SANTOS, 2006, p. 4).

Estas perspectivas conservadoras e liberais partem, como já denunciado, de outras perspectivas de abordagem e, há, em alguns aspectos, a identificação destas posturas com uma assunção consciente dos resultados destas análises. Ao se preocupar e direcionar tanto o esforço teórico como as atividades das agências estatais para o “seqüestro”, encarceramento, de determinado contingente de pessoas, a “*minoría criminal*”, assume-se, assim, efetiva contribuição para a manutenção desta forma de organização socioeconômica e o alijamento dessas pessoas. Não há ilusão quanto a isto.

Assim, deve-se perceber e considerar que quase a totalidade do mundo está organizada sob os cânones de valores, visões e objetivos que acabam modulando as estruturas jurídico-estatais.

O sistema penal de forma ampliada e o direito penal de maneira específica acabam relacionando-se com estas formas de reprodução da vida, da organização política e social.

Na América Latina imersa nos paradigmas do neoliberalismo, os sistemas penais são instrumentos que violam cotidianamente direitos humanos, porém, como alertado, infringem com maior seletividade os direitos das classes subalternas. Desta maneira reflete toda a ideologia hegemônica⁷ e contribui para a manutenção da estruturação sócio-econômica vigente.

De todo modo, a perspectiva adotada neste trabalho possibilita uma abordagem contextualizada, sócio-histórica e dialética apta a revelar estes aspectos sonegados pelos estudos dogmáticos.

⁷ O conceito de hegemonia será recorrentemente utilizado no trabalho no sentido explicitado por Antonio Gramsci (2002, p. 62-63): “[...] a supremacia de um grupo social se manifesta de dois modos, como ‘domínio’ e como ‘direção intelectual e moral’. Um grupo social domina os grupos adversários, que visa a ‘liquidar’ ou a submeter inclusive com a força armada, e dirige os grupos afins e aliados. Um grupo social pode e, aliás, deve ser dirigente já antes de conquistar o poder governamental (esta é uma das condições principais para a própria conquista do poder); depois, quando exerce o poder e mesmo se o mantém fortemente nas mãos, torna-se dominante mas deve continuar a ser também ‘dirigente’.”

Diante destes cenários, Batista (2002a, p. 13-14) adverte “Vivemos o último ano do milênio do poder punitivo; entraremos no terceiro milênio com um poder punitivo em expansão, mas também em crise. Não podemos prever o que sucederá no seu curso; nossa visão é limitadíssima.” Por certo que a perspectiva correntemente utilizada para visualizar o fenômeno crimínogeno, os sistemas penais, e reproduzir o discurso dogmático jurídico-penal, com sustentáculo, sobretudo, nas filosofias jurídicas mencionadas (jusnaturalismo e juspositivismo), mesmo nas propostas integralizadoras, seja limitada.

Assim, por isso que - como se tentará expor principalmente no terceiro capítulo - qualquer possibilidade de substancial transformação, alargamento, elastecimento e até ruptura com todo o arcabouço das ciências criminais, talvez, não esteja em seus estreitos campos reflexivos.

1.2 Os contextos do sistema criminal brasileiro

Diante destes aspectos genealógicos, as principais características mantidas atualmente pelos sistemas penais latino-americanos e, em especial o brasileiro, restam delineadas. Identifica-se sua arbitrária seletividade, a reprodução de violências institucionais, concentração de poder, hierarquização social, etc., ou seja, grande parte das características apontadas quando da identificação e formulação da idéia de sistemas penais subterrâneos.

Com o desenvolvimento tecnológico potencializado durante o século XX, sobretudo dos meios de telecomunicação, a humanidade passou a sofrer um achatamento ideológico com a emanção de modos de vida homogeneizados.

Na formulação das estruturas dos sistemas penais, da busca pela legitimação do poder punitivo, há, também, a dissipação, mais ou menos equiparadas, das suas principais características. O encarceramento massivo de milhões de norte-americanos, gerando circulação de capital e criação de empregos, - através da construção ininterrupta de presídios (até com a privatização de algumas instituições), a criação de mecanismos de vigia, de escolta, a invenção de necessidades supérfluas - acaba tornando-se um modelo a ser observado e buscado por outros países “civilizados”.

Deste modo, de maneira mais acentuada, dentro das sociedades periféricas de capitalismo tardio, onde predomina o “vídeo-capital financeiro transnacional” (BATISTA, 2002b, p. 154) e que vivenciam essas globalizações através de práticas neo-colonialista ou “tecno-colonialista”, a situação atual de seus sistemas penais é tão aviltante que permite até considerar que Auschwitz e os Gulags estão crescendo em nossos continentes (ZAFFARONI, 1993b, p. 13). Globaliza-se a barbárie.

Podem-se identificar diversas razões para estas situações absurdas, como, por exemplo, o caráter seletivo e neutralizador do sistema penal, que é acentuado nestas comunidades subalternizadas, a dissipação de precariedades, com a alimentação das incertezas e a debilidade estrutural e financeira dos Estados periféricos.

Neste momento, as transformações desencadeadas com a globalização acabam gerando uma avalanche de setores sociais vulneráveis, em algumas ocasiões retomando até outros setores, o que produz uma sensação de medo e de inseguranças quase insuportáveis.

Estas situações emblemáticas geram a produção sucessiva de *inimigos* com características similares, porém, substancialmente diferenciados ao longo do processo sócio-histórico. Invariavelmente contribui para a formatação de novas peculiaridades para os poderes punitivos, e que podem ser condensadas, atualmente, na idéia de “autoritarismo *cool*”:

Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o *velho* ou o de entre-guerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente –, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: é *cool*. É *cool* porque *não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário*. (ZAFFARONI, 2007, p. 69, grifo do autor).

No entanto, dada a aproximação dos acontecimentos do século passado existem várias classificações e, conseqüentemente, identificações das características inerentes desta reconfiguração do poder/autoritarismo punitivo. De qualquer maneira estes estudos não são colidentes ou excludentes, pelo contrário,

fornece elementos para uma compreensão detalhada desta situação, conforme o aporte teórico utilizado.

Há, portanto, grandes benefícios com a expansão de diversos entendimentos e posturas diante desses fenômenos, ao mesmo tempo em que inviabiliza qualquer encerramento teórico ou pretensas conclusões.

O penalista argentino elenca, sem desconsiderar os aspectos iniciais, como principal característica desta nova roupagem do poder punitivo a “*inversão do sistema penal*”. Identifica esta característica com os aprisionamentos cautelares de indivíduos, com a aplicação de medidas antes ou durante os processos e que, em última instância, não produzem condenações. Na prática as prisões cautelares acabam se tornando prisões efetivas, antes de pronunciamento judicial definitivo, assim, inverte-se o sistema penal.

Apesar de não ser o intuito deste trabalho uma análise dogmática da questão desenvolvida, necessário mencionar que no Brasil houve uma tentativa recente para tentar desfigurar esta situação com a edição da Lei n. 12.411/2011 que alterou de maneira substancial as matérias referentes às prisões e à liberdade provisória, com a previsão de diversas novas medidas cautelares.

Esta relevante iniciativa trouxe inúmeras inovações⁸ com o claro intuito de indicar alternativas às prisões provisórias, dando uma roupagem mais próxima dos mandamentos constitucionais, almejando garantir o postulado da presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII⁹).

Assim, esperam reverter este *autoritarismo cool*, diminuindo a segregação provisória de indivíduos, pois, no Brasil, conforme o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) (BRASIL, 2011), produzido pelo Ministério da Justiça através do Departamento Penitenciário Nacional, da população carcerária total de 513.802 (em dezembro de 2010 eram 496.251) pessoas em junho de 2011, 218.436 (aproximadamente 42,51%) eram ou presos provisórios ou estavam custodiados pelas Polícias Judiciárias dos Estados (provavelmente em Delegacias).

⁸ Como por exemplo, a aplicação das medidas cautelares independente da prisão em flagrante (art. 282, §2º do CPP) ou a substituição da prisão em flagrante pelas medidas cautelares quando não forem identificados os requisitos autorizadores da prisão preventiva (art. 310, II e art. 321 do CPP).

⁹ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...].

Essa situação alarmante está acirrando-se ao longo do tempo. No Brasil há um crescimento exponencial da população carcerária, principalmente dos presos provisórios. Todas as questões que envolvem este acautelamento provisório são nefastas tanto para os sujeitos quanto para a sociedade.

Evidente que, no Brasil e em quase todos os países latino-americanos, ao invés de edificar um sistema penal de condenação, observando-se as regras legais e constitucionais, vivencia-se na realidade um sistema penal cautelar (ZAFFARONI, 2007, p. 114). Há alterações superficiais com a permanência de estruturas profundas.

No entanto, como a maioria das tentativas de solução para os problemas específicos dos sistemas penais latino-americanos são, ainda, produtos da “transnacionalização do saber criminológico” – como já visto –, até mesmo estas iniciativas legislativas acabam reproduzindo valores, idéias, propostas que corroboram para a manutenção das atuais estruturas sócio-políticas.

Assim, há a perpetuação de escopos autoritários, estigmatizantes, segregacionistas e, principalmente, seletivos. As alterações formais, ou teórico-dogmáticas, apesar de certa relevância para a ampliação de focos de abordagens ou de instrumentalização legislativa ou institucional, restam insuficientes em nossas margens.

Apesar da necessária verificação e constatação científica de eventuais incongruências na aplicação destas inovações legislativas em nossa realidade latina e, em especial, da Lei n. 12.411/11, algumas situações já ocorrem e despertam inquietações^{10, 11}. Ocorrem alterações pontuais sem transformações substanciais, o que não é nenhuma novidade se analisarmos toda o desenrolar institucional brasileiro.

Assim, talvez como formulação de uma verdadeira hipótese científica, parece que enquanto os sistemas jurídico-penais continuarem absorvendo, inspirando-se em modelos, paradigmas e experiências de outros países e realidades, eventuais repostas para seus problemas estarão cada vez mais distantes.

¹⁰ (SP ..., 2011, online).

¹¹ (FIANÇA ..., 2011, online).

Por isso que, na América Latina, com a perpetuação das características do *sistema penal subterrâneo*, acaba gerando “um direito penal de *periculosidade presumida*”, o que indica a manutenção do aspecto classista, de seletividade do sistema. Assim:

Em síntese, pode-se afirmar que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de *periculosidade presumida*, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada. (ZAFFARONI, 2007, p. 71).

De fato, estes sistemas além de manterem suas históricas características, com estigmatização e criminalizações dos *inimigos* e indesejáveis (atualmente, os imigrantes, integrantes de movimentos sociais, pobres, etc.), modulam novas que na realidade acabam reforçando as características anteriores.

Dentro do modelo neoliberal, a crescente criminalização, primordial, de determinados setores sociais, com a ampliação das estruturas estatais vinculadas à manutenção do sistema penal, acaba alimentando e contribuindo para a conservação da atual estruturação sócio-econômica, com a circulação de dividendos e a geração de lucros. Por isso que:

A marginalização intensiva de contingentes humanos, através do desemprego e do desmonte de programas assistenciais públicos, efetuada pelo empreendimento neoliberal demanda mais controle penal. No Brasil, era inevitável que as regiões mais industrializadas sofressem de forma mais evidente este processo... (BATISTA, 2002b, p. 154).

É permanente a construção de presídios, cadeias, delegacias, o fornecimento de alimentos, equipamentos e etc., bem como tem sido constante o crescimento das “empresas de segurança” que prestam infindáveis serviços a grande parcela da população com medo crescente.

Neste sentido, também, inserem-se as leis que introduziram o depoimento por videoconferência¹², o monitoramento eletrônico¹³ e o referendo popular do desarmamento¹⁴.

Aventa-se, portanto, que antes de qualquer discussão jurídica, preservação dos direitos dos presos, amenização das superlotações nos estabelecimentos carcerários ou a preservação da vida de vítimas inocentes, o interesse econômico acaba privilegiado. Ao menos são os indícios revelados pelos exemplos mencionados.

Estas reflexões são possíveis com a dissecação das incongruências do sistema jurídico-penal que acabam não sofrendo qualquer tentativa de substancial transformação sendo, ao contrário, mantidas e perpetuadas. De fato, apenas alguns pontos e situações são debatidos e amenizados, mantendo-se, principalmente, a seletividade e desproporcionalidade do sistema.

As mudanças paliativas de leis, com dupla intencionalidade, apenas alteram as formas, mantendo-se o conteúdo, a estrutura.

De modo que, quase nada, ou muito pouco é feito para transformar a seletividade das agências criminais. No Brasil, segundo o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) mencionado, das 425.580 pessoas presas no sistema penitenciário e que possibilitaram a constatação de seu grau de escolaridade, 283.040 ou 66,50% não chegaram a completar o ensino fundamental. No entanto, de forma não tão ingênua, apenas 5.035 chegaram ao menos a cursar o ensino superior. Um dado obscuro em qualquer país do mundo que se julgue democrático.

Há muito anos, desde Quetelet e perpassando, principalmente, por Sutherland, foram reveladas as inconsistências entre o acometimento real de crimes e os filtros das agências criminais. Pois, “[...] a criminalidade em si não existe, ela é construída pela sociedade.” (CASTILHO, 1998, p. 13).

¹² Lei n. 11.900/09.

¹³ Lei n. 12.258/2010 que alterou a lei de execuções penais (Lei n. 7.210/84), prevendo-o para hipóteses de saída temporária e prisão domiciliar (art. 146-b) e a Lei n. 12.411/11 que estipulou no art. 319, IX a possibilidade do monitoramento como medida cautelar.

¹⁴ Previsto no art. 35 da Lei n. 10.826/03 para proibir a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, após intensas discussões, debates e inúmeros gastos com propaganda pelos interessados, a regra proibitiva terminou derrotada e a comercialização foi mantida.

Estes dados no Brasil corroboram estas análises e permitem fornecer mais argumentos para as denúncias sobre os aspectos autoritários e seletivos dos sistemas penais subterrâneos, ou de periculosidade presumida. Não é crível pressupor que a maioria das pessoas que cometem crimes e acabam presas no Brasil possuem baixa escolaridade. Existem infindáveis variáveis que permitem e intensificam esta relação perversa.

No entanto, deve-se pelo menos ponderar os dados oficiais que envolvem o sistema penal, pois existem muitos interesses em jogo. Alerta-se não para um mero descarte, ou simples relativização, mas para uma reflexão contextualizada no intuito de evitar uma absorção automática. Neste sentido, uma pesquisa¹⁵ recente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) constatou que os dados oficiais do Estado do Rio de Janeiro, que apontavam uma diminuição de 28,7% no número de homicídios entre 2007 e 2009, foram subestimados.

As informações indicavam friamente que os homicídios mantiveram-se estáveis neste período, mas que o número de mortes violentas provocadas por causas externas não determinadas aumentaram. No entanto, o estudo do IPEA sustentou que estas mortes violentas foram classificadas de maneira equivocada, o que inviabilizou o computo como homicídios de 3.165 casos, indicando uma inconsistência e até mesmo eventual manipulação nos dados oficiais.

De qualquer forma, como alertado, é inegável a importância das informações colidas ou relacionadas a partir de pesquisas, estudos e levantamento de dados, desde que refletida e contextualizada.

Outra demonstração da manutenção do aspecto desproporcional e seletivo do sistema penal é constatada com a análise de dados com a identificação dos crimes cometidos pelas pessoas que estão custodiadas no sistema penal nacional. Apesar do aprofundamento que será realizado no capítulo 2, é necessário mencionar aqui este aspecto.

Segundo os dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) já mencionado, identificou-se 473.994 crimes tentados ou consumados praticados pelos indivíduos que estavam sujeitos ao sistema penal em junho de 2011. Deste total, 233.926 referiam-se a crimes contra o patrimônio e 117.143 aos

¹⁵ (IPEA ..., 2011, online).

crimes previstos nas leis de drogas (a anterior, Lei n. 6.368/76 e a em vigor Lei n. 11.343/06).

Atenta-se para a constatação fria - sem conexões ou relações que em certas circunstâncias são necessárias - que aproximadamente 74,03% do total de crimes tentados ou consumados, praticados pelas pessoas que estavam sujeitas ao sistema penal brasileiro em junho de 2011, aludiam-se a crimes contra o patrimônio e os previstos nas leis de drogas.

De outro lado, o sistema informativo aponta que apenas 170 crimes de tortura (Lei n. 9.455/1997), 126 crimes contra o meio ambiente (Lei n. 9.605/98) e 536 crimes contra a administração pública (especificamente: peculato, art. 312 e 313, concussão e excesso de exação, art. 316 e corrupção passiva, art. 317, todos do Código Penal) tentados ou consumados foram cometidas pelas pessoas sujeitas ao sistema penal. E ainda, não há dados oficiais que apontam sobre os crimes cometidos contra o sistema financeiro, a econômica popular ou ordem econômica.

Apesar das variáveis intrínsecas a estas constatações, ao seu aspecto aparentemente insuficiente e a eventuais incongruências de dados, evidente que esses números são absurdos, alarmantes, e que deveriam desencadear uma série de reflexões, propostas e alterações tanto do sistema penal estrutural quanto dos aspectos jurídico-penais. Ainda, as políticas públicas de segurança e promoção dos direitos sociais deveriam ser completamente revistas, pois cada vez mais nítido que:

A função seletiva do sistema penal em face dos interesses específicos dos grupos sociais, a função de sustentação que tal sistema exerce em face dos outros mecanismos de repressão e de marginalização dos grupos sociais subalternos, em benefício dos grupos dominantes – hipóteses sobre as quais o *labeling approach* já havia chamado nossa atenção -, parece, portanto, colocar-se como motivo central para uma crítica da ideologia penal, também no interior desta recente reflexão. (BARATTA, 2002, p. 114).

As pessoas que estão sendo responsabilizadas, de alguma forma, perante os sistemas de justiça criminal são determinadas, estigmatizadas, pertencentes à determinada classe e sujeitas a específicas condições sociais, culturais e econômicas. Assim, como inseridas em sociedades sob o modelo neoliberal são, infelizmente, “refugos de mercado” (WACQUANT, 2001b, p. 33).

Além, como visto, há uma irracional preponderação de específicos crimes em detrimento de outros. Alerta-se, no entanto, que não há informações totais compiladas que possam indicar quem são as pessoas que respondem a inquéritos policiais, quais foram denunciadas e estão sendo processadas, nem quais crimes, eventualmente, cometeram. Talvez, a relação indicada seja maior e mais alarmante.

Em dada medida verifica-se, não apenas com os elementos apresentados, mas com a conexão com outras informações, estudos sociológicos e antropológicos que em países como o Brasil, periféricos, de capitalismo tardio, ocorre uma profunda criminalização da miséria. Neste sentido, surge um “Estado Penal” que ao invés de promover direitos individuais e sociais através de políticas públicas e sociais, acaba contendo, sobretudo através dos sistemas jurídico-penais, as classes subalternas, relegadas do sistema sócio-econômico (WACQUANT, 2001b, p. 20). Há, corriqueiramente, um acirramento na implementação das políticas criminais e uma arrefecimento das políticas sociais, dos direitos e das garantias.

Dada estas características, e, por conseguinte, a segregação de determinadas pessoas pertencentes a específicos grupos sociais, não há qualquer preocupação política com a condição dos cárceres em nosso país.

Como já mencionado o alerta de Zaffaroni, as condições dos sistemas penais são tão desumanas que não se diferenciam totalmente de campos de concentração ou de trabalho forçados. O agravante, porém, é que esta situação é notória e desconsiderada constantemente.

No Brasil, são recorrentes os casos de violências, rebeliões e assassinatos no sistema carcerário, principalmente em decorrência de superlotações¹⁶. Mesmo sendo este problema comum e central, inúmeras situações degradantes são verificadas cotidianamente, como estruturas arcaicas e insalubres, alimentação de péssima qualidade, etc.

Diante deste cenário medieval, algumas iniciativas foram desencadeadas tanto pelo poder público, como pela sociedade civil no intuito de minorar as consequências nefastas das prisões. Destaca-se a política desencadeada pelo Conselho Nacional de

¹⁶ Conforme levantamento, ainda não consolidado, feito pelo Conselho Nacional de Justiça hoje o déficit do sistema carcerário no país é de 146.817 vagas. (BRASIL, 2012, online).

Justiça (CNJ) que, através da Portaria n. 513, de 15.04.2009, implementou o Grupo de Monitoramento Acompanhamento e Aperfeiçoamento do Sistema Carcerário com os objetivos principais de: planejar e coordenar os mutirões carcerários para verificação das prisões provisórias e processos de execução penal; acompanhar e propor soluções em face das irregularidades verificadas nos estabelecimentos penais; acompanhar projetos de construção e ampliação de estabelecimentos penais; propor soluções para o problema da superpopulação carcerária; acompanhar a implantação de sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias; implementar a integração das ações promovidas pelos órgãos públicos e entidades com atribuições relativas ao sistema carcerário; fomentar a implementação de projetos de capacitação profissional e de reinserção social do interno e do egresso do Sistema Carcerário.

No entanto, todas estas iniciativas são ainda insuficientes para alterar substancialmente a realidade dos cárceres brasileiros, ainda mais do sistema penal como um todo. Neste sentido, alerta Alessandro Baratta (2002, p. 167) sobre as conseqüências dos cárceres:

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

Toda esta sistemática, como o etiquetamento de indivíduos, violências institucionais, o desrespeito das constituições e das leis¹⁷ que tratam da questão penitenciária pelos próprios Estados, demonstra que há expansão do caos, de situações insustentáveis jurídicas e socialmente.

Infelizmente, ampliam-se violações e violências principalmente, através da dissipação sócio-cultural (como será aprofundado no último capítulo) desses valores, idéias, práticas, mentalidades, etc., desencadeada e potencializada pelos organismos componentes da sociedade civil (escolas, partidos, associações, meios de telecomunicação).

¹⁷ Como por exemplo, a Lei n. 7.210/84 que trata da execução penal no Brasil.

Muitas pessoas se assustam, reclamam das autoridades e do judiciário em relação aos furtos, roubos, seqüestros e assassinatos, porém, poucos são os que demonstram indignação e cansaço¹⁸ com a absurda e desigual distribuição de renda e de terra¹⁹, com práticas machistas²⁰, racistas, discriminantes²¹ ou homofóbicas²².

Como estas práticas e condutas, relacionam-se com o sistema penal, condicionando-o e também sendo condicionado por ele, devem ser compreendidas de maneira totalizante, através, dentre outras possibilidades, com a ampliação do entendimento de violência. Neste sentido, a Organização Mundial da Saúde (2002, p. 5) considera violência:

O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.

A possibilidade de realçar estes problemas, - a partir desta ampliação do conceito de violência e, conseqüente, contextualização destas situações problemáticas - alimenta as reflexões e contribui para o redirecionamento das políticas públicas e mudança de consciência e percepção da realidade. Como triste

¹⁸ Em 2007 surgiu no Brasil o “Movimento Cívico pelo Direito dos Brasileiros” que ficou nacionalmente conhecido através do seu mote: “Cansei”. Parcela da elite nacional (dentre outros: Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP), Federação das indústrias de São Paulo (FIESP), Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN)), incomodada, sobretudo com problemas no sistema aeroviário, denominado de “caos aéreo”, desencadeou alguns atos públicos visando atingir ao Governo Federal (Presidente Lula da Silva). A iniciativa caracterizou-se pelas manifestações públicas de seus membros como sendo um movimento não político, mas cívico, de defesa do país. As reais intenções nunca foram explicitadas, embora evidentes. O endereço eletrônico criado na época está, agora, desativado (www.cansei.com.br).

¹⁹ Segundo estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2010, online) referentes a 2008: 28,8% da população brasileira estavam em pobreza absoluta (rendimento médio domiciliar *per capita* de até meio salário mínimo mensal) e 10,5% em pobreza extrema (rendimento médio domiciliar *per capita* de até um quarto de salário mínimo mensal). O Índice Gini, que mede a desigualdade de renda, do Brasil era de 0,54 em 2008, entre os dez piores no mundo.

²⁰ Segundo estudo publicado em 2010 pelo Instituto Ethos e Ibope, intitulado: “Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas e suas Ações Afirmativas - 2010” a presença de mulheres em cargos de direção das companhias com faturamento anual entre R\$ 1 bilhão e R\$ 3 bilhões era de 13,8%. Já as mulheres negras e executivas representavam apenas 0,5%.

²¹ Um estudo realizado pela DataSenado em 2010 (BRASIL, 2010, online), com parte dos cadastros no Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD), indicou que 77% das pessoas entrevistadas com necessidades especiais não têm seus direitos respeitados.

²² O Grupo Gay da Bahia (GGB) publica anualmente o Relatório Anual de Assassinatos de Homossexuais (LGBT) em todo o Brasil. Em 2009 foram registradas 198, e, 2010 foram 260 gays, travestis e lésbicas. No ano de 2011, levantamentos parciais indicam que estes casos têm aumentado, mantendo a tendência dos últimos anos.

exemplo, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) (2011, online) entre 1995 e os dias atuais no Brasil, aproximadamente 40.000 pessoas foram resgatadas de condições análogas ao trabalho escravo que, conforme art. 149 do Código penal ocorre quando alguém é submetido a trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho, ou, ainda, quando tem restringida sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Em pleno século XXI, depois de inúmeras guerras, revoluções e lutas por independência, reconhecimento de direitos e respeito cultural, ainda há seres humanos que submetem outros à condição de escravos.

Além destas violências absurdas, que solidificam e perpetuam a atual forma de organização sócio-econômica, podemos constatar que vivemos num país racista²³. Apesar do caudaloso cotidiano sócio-cultural, onde se perpetuam práticas, valores e idéias ora encobertas ora reveladas, os espaços institucionais, organizacionais e as políticas de segurança pública acabam evidenciando diversas situações que não deixam qualquer dúvida.

Conforme demonstrado pelo Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010, online) a população brasileira chegou a 190 milhões de pessoas, sendo, 97 milhões de negros e pardos e 91 milhões de brancos.

No entanto, conforme o estudo "Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas e suas Ações Afirmativas" publicado pelo Instituto Ethos e Ibope (2010, online)²⁴, a presença de negros no quadro funcional das companhias com faturamento anual entre R\$ 1 bilhão e R\$ 3 bilhões em 2010 era de 31,1% enquanto a presença de funcionários brancos era de 67,3%. Já em relação aos cargos de direção, 93,3% estavam ocupados por brancos e apenas 5,3% por negros.

²³ Entendem de maneira contrária, dentro outros intelectuais brasileiros ilustres: Ali Kamel, diretor executivo da Central Globo de Jornalismo, ator do livro "Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor". Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006 e a Procuradora do Distrito Federal, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann autora do livro "Ações Afirmativas à Brasileira: Necessidade ou Mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Baseada em sua dissertação de mestrado defendida na Universidade de Brasília sob a orientação do emitente ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes.

²⁴ Ver também o estudo do Instituto de Pesquisa Econômica (Ipea) denominado "Dinâmica Demográfica da População Negra Brasileira"

Constata-se, portanto, enormes discrepâncias de equiparação sócio-econômica. Porém, ainda há agravantes dessas discriminações, dessas violências. Conforme o estudo “Mapa da Violência 2011” produzido pelo Instituto Sangari e Ministério da Justiça (2011, online), entre 2002 e 2008 enquanto que as taxas de homicídios de pessoas brancas caíram 22,7%, as de negros aumentaram 12,1%.

A proporção foi aumentando paulatinamente conforme os estudos, em 2002 morriam 46% mais negros assassinados do que brancos (26.915 ante 18.852), aumentou para 67% em 2005 (28.230 ante 15.661) até atingir o absurdo percentual de 103% (32.349 ante 14.650). Para cada branco vítima de homicídio, hoje em dia, matam-se dois negros.

Talvez, algumas instituições e teóricos não consideram como práticas/omissões intencionais e violentas a concentração de renda e terra, o racismo, o machismo ou a manutenção de trabalho escravo. Da mesma forma, não se assustam com o enorme contingente de jovens brasileiros vítimas de violências. Só se incomodam quando seus valores, seus bens ou pessoas dos círculos sociais são atingidos.

Estas situações desumanas são responsáveis, em certa medida, para a perpetuação deste estado de coisas e manutenção do sistema penal com todas suas características já vistas. As violências e violações cotidianas, naturalizadas para determinado segmento social quando recaem sobre sujeitos desprovidos de poder econômico e político, acabam legitimando o discurso jurídico-penal punitivista, que almeja o incremento de punições. Assim, o sistema penal acaba cumprindo suas funções primordiais, agora na sociedade capitalista, neoliberal, do século XXI.

Há, evidentemente, uma disparidade entre o discurso jurídico-penal e a realidade dos sistemas penais, o que indica que as problemáticas constatadas e apontadas sejam inerentes à formatação destes sistemas. É o que denuncia Eugênio Raúl Zaffaroni:

Hoje sabemos que a realidade operacional dos nossos sistemas penais jamais poderá estar de acordo com planejamento do discurso jurídico-penal, que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias do seu exercício de poder de cancelar o discurso jurídico-penal e que, como característica de sua essência não poderá ser suprimida sem suprir os sistemas penais próprios. A reprodução seletiva da violência, o condicionamento dos comportamentos mais prejudiciais, a corrupção

institucional, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais*. (ZAFFARONI, 1998, p. 19, grifo do autor, tradução nossa).²⁵

Diante deste panorama catastrófico, condizente com a própria *condição* do capitalismo, diversas reflexões e tentativas de soluções foram debatidas.

Porém, antes de indicar algumas dessas ponderações, após importante recorte histórico-social e com o intuito de aprofundar as próximas considerações deste trabalho, necessário recorrer novamente a Nilo Batista (2002b. p. 154-155) que de maneira didática, porém profunda, procurou elencar traços constitutivos do sistema penal contemporâneo.

Este breve panorama contribuirá para o clareamento das reflexões críticas apresentadas sobre estas situações inquietantes, correntes nas sociedades periféricas.

Inicialmente, apontou o criminólogo carioca, a existência do “direito penal das ilusões publicitárias”, com o aumento desmesurado de criminalizações sem a solução categórica dos conflitos. Assim, a hipercriminalização, com o menosprezo dos princípios da subsidiariedade, da lesividade, e da proteção de bens jurídicos relevantes, produz uma solução simbólica. Da mesma forma, a profusão das “leis propagandísticas” que servem para atender interesses específicos e apelos populares circunstanciais, almejando assegurar a segurança e bem-estar.

Alerta para o fato de estarmos diante de um “sistema de dupla face”. Para alguns indivíduos capturados pelas agências penais possibilita-se uma série de benefícios, composição civil do dano, transação, suspensão condicional do processo, agora as diversas medidas cautelares (apesar de recente, verifica-se, principalmente a concessão da fiança, o que beneficia os detentores de poder econômico) suspensão da pena, ou seja, alternativas à pena de reclusão. Já para outros indivíduos, restam os estigmas, inicialmente pela criminalização primária,

²⁵ “Hoy sabemos que la realidad operativa de nuestros sistemas penales jamás podrá adecuarse a la planificación del discurso jurídico-penal, que todos los sistemas penales presentan características estructurales propias de su ejercicio de poder que cancelan el discurso jurídico-penal y que, por ser rasgos de su esencia no podrán ser suprimidos sin suprimir los sistemas penales mismos. La selectividad la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias, no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales.”

posteriormente a secundária (como exposto com os dados apresentados), a força do Estado, das instituições, da ideologia da “lei e da ordem”.

Como terceira característica, Nilo Batista aponta as mudanças nas finalidades da prisão. Evidenciam-se os mitos ressocializadores e constata-se que as prisões transformaram-se “numa pena de neutralização do condenado”. Dada a alta seletividade, arbitrariedade e desproporcionalidades apontadas, as prisões contribuem para retirar determinados indivíduos do convívio social, moldando a estruturação social.

Derradeiramente aponta para a identificação dos “novos papéis da mídia” que assumiu e propalou “o estratégico discurso do controle social penal”. De fato, em muitos aspectos não só a política criminal é pautada e direcionada pelas diversas mídias com programas televisivos²⁶ que exploram situações de violência e executam “diretamente funções de agências policiais”, mas, também, o próprio debate político nacional está submetido aos interesses de alguns grupos de comunicação que monopolizam descaradamente quase todos os canais de comunicação do país. Os desdobramentos destas constatações são inúmeros, porém não serão objetos específicos de análise nesta dissertação.

Apesar da crítica e desconsideração explícita de Nilo Batista, sustenta-se neste trabalho, ainda, o importante papel desempenhado pelas Igrejas, escolas e Universidades na emanção dos discursos, valores e mentalidades que mantêm a atual forma de organização político-social e, por conseguinte, dão substrato para a permanência das estruturas do sistema penal.

De qualquer forma, todas as características apresentadas e, especificamente o recente panorama didático possibilita constatar que:

De outro lado, quando falamos de “nossos” sistemas penais nesta margem latino-americana do poder mundial, nos referimos ao “nosso” como resultado de um processo de planetarização civilizatória por modernização incorporativa, levada a efeito por meio de práticas altamente genocidas, tanto na América como na África, com o clareamento de que o “nosso” é apenas a transculturação ideológica, mas não realidade operativa, que sempre foi diferente, porque diferente foi o exercício do poder no centro colonizador e na margem colonizada (tanto no colonialismo mercantilista

²⁶ Dentre outros: o já fora do ar Linha direta (TV Globo), Brasil Urgente e Polícia 24h (TV Bandeirantes), Conexão Repórter (SBT), Repórter Record.

como no neo-colonialismo industrialista).²⁷ (ZAFFARONI, 1993b, p. 32-33, tradução nossa).

Desta forma, urgente e imperioso a percepção contextualizada, crítica e dialética dos sistemas jurídico-penais latino-americanos, para, eventualmente, ser uma das formas, em última instância, de proteção e expansão de direitos humanos.

1.3 Perspectivas críticas sobre os sistemas jurídico-penais: algumas leituras contra-hegemônicas

Diante desta permanência histórica sombria e do profundo absurdo do momento atual dos sistemas jurídico-penais, formulações teóricas ou encaminhamentos práticos poderiam restar paralisados e conformados. No entanto, existem inúmeras posturas que através destes prognósticos catastróficos empreendem reflexões encorpadas para, inicialmente analisar pormenorizadamente a situações dos sistemas penais e, em seguida, apresentar reflexões e propostas que possam amenizar e atenuar a situação animalésca em que se encontram.

Os esforços neste sentido são inúmeros e profícuos, dando decisivos elementos para eventuais progressos ou inovações teóricas significativas. Neste sentido que o trabalho procura indicar outras possíveis paragens e possibilidades de diálogos e intersecções ao incorporar, principalmente, a teoria crítica de direitos humanos ao âmbito reflexivo das ciências criminais.

Desde já se ressalta a impossibilidade --- dada a especificidade e objetivos do presente trabalho --- de abordar inúmeras posturas teóricas e práticas que, assumindo uma postura crítica, e até marginal, questionam o atual sistema de organização política e social e suas implicações no Direito Penal. Almeja-se a indicação de posturas significativas e aproximadas que, através de seus significantes, preocupam-se e indicam diversas possibilidades para a proteção de direitos humanos.

²⁷ *“Por otra parte, cuando hablamos de “nuestros” sistemas penales en este margen latinoamericano del poder mundial, nos referimos a lo “nuestro” como resultado de un proceso de planetarización civilizatoria por modernización incorporativa, llevado a cabo por medio de empresas altamente genocidas, tanto en América como en África, con la aclaración de que lo “nuestro” es sólo la transculturación ideológica, pero no la realidad operativa, que siempre fue diferente, porque diferente fue el ejercicio del poder en el centro colonizador y en el margen colonizado (tanto en el colonialismo mercantilista como en el neo-colonialismo industrialista).”*

1.3.1 Aportes basilares do garantismo: contribuições essenciais e críticas substanciais

Dentro dos indícios apontados acima, o garantismo tem, constantemente, desencadeado inúmeras e profundas discussões acadêmicas ensejando o surgimento, até, de diversas compreensões sobre seus postulados.

Essa visão teórica --- que chega até a se proclamar como pertinentes a outros ramos jurídicos que não apenas atinente ao Direito Penal²⁸ --- procura sustentar a possibilidade de existência de um sistema mínimo de garantias que, basicamente, limitaria o poder punitivo dentro de uma sociedade democrática. Apesar deste aspecto negativo, ainda argumenta que, partindo de determinados postulados, o sistema jurídico penal estaria não só apto, como encontraria o seu fundamento, na tutela de específicos anseios, na proteção dos direitos fundamentais.

De outro modo, dentro do Estado de Direito, aduz ser necessária a imposição de limites aos sistemas de controle, tutelando as liberdades individuais frente às diversas estruturas que utilizam poderes arbitrários.

De maneira sucinta e didática, o garantismo penal clássico pode ser compreendido como:

[...] concepção teórica ilustrada do direito penal, do processo penal e da política criminal centrada na busca de limitação do poder estatal punitivo através da radicalização dos princípios da legalidade dos delitos, da proporcionalidade e da humanidade das penas e da jurisdicionalidade dos órgãos de decisão. (CARVALHO, 2011, p. 107).

Partindo dos paradigmas liberais e positivas os postulados da teoria criticam de forma competente os sistemas jurídico-penais que vem modulando os valores

²⁸ “Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigente. Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento. Inclusive para estes é, pois, possível elaborar, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade – de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho – estruturalmente análogos àquele penal aqui elaborado.” (FERRAJOLI, 2010, p. 788).

das culturas ocidentais e burguesas contemporâneas, como: o respeito, de maneira preponderante, às liberdades e aos conteúdos do princípio da dignidade da pessoa humana; o nexos entre liberdade, legalidade e tolerância; a separação entre direito e moral; e, “[...] os limites da atividade do Estado e a função de tutela dos direitos dos cidadãos como sua fonte primária de legitimação” (FERRAJOLI, 2010, p. 17).

O que surpreende, na construção argumentativa da teoria, é o honesto reconhecimento de que o garantismo é “[...] um modelo ideia e em grande parte ideológico” (FERRAJOLI, 2010, p. 38), o que contribui, em grande parte, para sua desqualificação jurídico-política pela cultura jurídica hegemônica.

De qualquer maneira, suas contribuições são salutares para empreenderem-se análises sobre as legitimidades dos sistemas penais, com base nos graus e profundidades das garantias penais e processuais fornecidas, dentro, no entanto, de um Estado Democrático:

A teoria jurídica garantista liga-se umbilicalmente à concepção garantista de democracia, em que se parte da idéia de que os seres humanos são insitavelmente conflitivos entre si, mas que a tais conflitos é possível se impor um limite – o qual não precisa ser baseado na força, mas sim em valorações de tais conflitos e da própria democracia (COELHO, 2003, p. 30).

Essas garantias penais e processuais são consideradas os elementos constitutivos da teoria e podem ser divididos em: “convencionalismo penal e legalidade estrita” e “cognitivismo processual e estrita jurisdicionariedade”. O que demonstra, decisivamente, sua vinculação com o positivismo e liberalismo.

O convencionalismo penal, resultando do princípio da legalidade, pressuporia duas condições: primeiramente, o formalismo estrito na definição do desvio e, posteriormente, o caráter concreto das hipóteses de desvios definidas em lei. Que são, assim, explicadas sumariamente:

O desvio punível, segundo a primeira condição [...] É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma penal, segundo a clássica fórmula *nulla pema et nullum crimen sine lege*. Por outra parte, conforme segunda condição, a definição legal de desvio deve ser produzida não com referencia a figuras subjetivas de status ou de autor, mas somente figuras empíricas e objetivas de comportamento,

segundo a outra máxima clássica: *nulla poena sine crimine et sine culpa*. (FERRAJOLI, 2010, p. 38, grifo do autor).

No princípio da estrita jurisdicionariedade seria necessário o atendimento, também, de duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das possibilidades de acusações e a sua consequente comprovação empírica. Da mesma maneira anuncia, recorrendo-se a postulados importantes, de forma abreviada:

Em consequência, como quer a primeira de tais concepções, o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei, mas também pela hipótese da acusação, de modo que resulte suscetível e prova ou de confrontação judicial, segundo a fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. [...] é preciso, também que as hipóteses acusatórias, como exige a segunda condição, sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*. (FERRAJOLI, 2010, p. 40-41, grifo do autor).

Estes elementos são partes importantes para a compreensão aprofundada da teoria principalmente por contribuírem para a formulação dos principais princípios, --- que serão visto logo em seguida --- que modulam, de forma mais clara, as decisivas pontuações do garantismo.

Para evitar equívocos, Ferrajoli (2010, p. 786-822) sustenta a existência de três acepções conexas que modulariam a idéia geral de “garantismo” como: um modelo normativo de direito, uma teoria jurídica da validade e efetividade das normas e como uma filosofia política.

Compreendendo o garantismo como “um modelo normativo de direito”, quer significar que, dentro do Estado de Direito, o sistema penal estaria adstrito à legalidade estrita (como visto acima no primeiro elemento constitutivo da teoria). Assim, no plano epistemológico estaria caracterizado como um sistema de poder mínimo, no plano político, como técnica adequada para a minimização da violência e expansão da liberdade que geraria, e, no plano jurídico “[...] como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos” (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

Na segunda acepção, garantismo significaria uma teoria jurídica da validade e efetividade das normas, como concepções diferentes e que estaria atrelada à própria existência ou ao vigor das normas.²⁹ Assim sendo, significaria sustentar que o garantismo manteria separado o “ser” e o “dever ser” no direito, o que revelaria como questão central da teoria análise das divergências entre os modelos normativos, portanto, garantistas, e as práticas operativas realistas, consideradas antigarantistas³⁰. Contudo, a teoria é permeada por ressalvas, revelando seus vínculos as percepções sobre a validade e efetividade das normas, sustentando que:

Uma aproximação tal não é nem puramente “normativa” nem puramente “realista”: a teoria que esta é hábil a fundar, precisamente, é uma *teoria da divergência* entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes. A desenvolvida neste livro é, por exemplo, uma teoria garantista do direito penal ao mesmo tempo normativa e realista: referida ao funcionamento efetivo do ordenamento, o qual se exprime nos seus níveis mais baixos, autoriza a revelar-lhe os lineamentos de validade e, sobretudo de invalidade; referida aos modelos normativos, os quais se exprimem nos seus níveis mais altos, é idônea a revelar-lhes o grau de efetividade e, sobretudo, de não efetividade. (FERRAJOLI, 2010, p. 786, grifo do autor)

Já a derradeira concepção visualiza o garantismo como uma filosofia política, impondo ao Direito e ao Estado a possibilidade de justificação externa de acordo com os bens e interesses que mereceriam tutela e constituiriam a finalidade de ambos. Assim, possibilitaria a visualização exteriorizada da legitimação ou deslegitimação ético-política do Estado e do Direito, entendidos, portanto, como instrumentos e não como fins em si mesmo.

De qualquer maneira, a assunção desta necessária legitimidade exterior (“heterogêneos pressupostos filosóficos”) que será desenvolvida por Ferrajoli no final

²⁹ Assim, não se pode confundir *vigência normativa* (que está afeta à existência formal da norma no mundo jurídico – à sua aplicabilidade jurídica *a priori*) com *validade normativa* (que está afeta aos significados da norma e à sua coerência e compatibilidade com os conteúdos que lhe são prévios e prevalentes – à sua aplicabilidade jurídica *a fortiori*). (COELHO, 2003, p. 22, grifo do autor).

³⁰ Diferenciando esses dois modelos, Salo de Carvalho (2008, p. 15-16) afirma: “No interior do modelo antigarantista toda e qualquer conduta perversa é tida como ilícita, visto que as zonas de valoração moral e jurídica são simétricas. Logo, se a sanção no modelo garantista é uma resposta jurídica à violação da norma (quia prohibitum), no modelo inquisitivo traveste-se em resposta quia peccatum, punindo-se o infrator não pelo resultado danoso produzido, mas por quão perigoso ou perverso é. Da conduta comissiva ou omissiva exterior, o sistema repressivo invade a interioridade e a alma do autor.”

de sua obra não o impede de desenvolver e reconhecer que certos princípios seriam imprescindíveis para a edificação do sistema. Reconhece:

A unidade do sistema, [...] depende, segundo meu modo de ver, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientando a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. (FERRAJOLI, 2010, p. 38).

Esses axiomas, que estão ligadas entre si, formatam a ideia e dão sustentação jurídica à argumentação teórica, no sentido visto quando da explicitação dos elementos constitutivos da teoria. Nesse sentido, Ferrajoli formula, partindo de determinados termos³¹, dez princípios basilares que modulam de maneira clara, porém profunda, os encadeamentos teóricos apresentados.

O modelo garantista, portanto, é definido por dez princípios que limitam o poder punitivo do Estado, sendo verdadeiras garantias, valores, que permitem a identificação das características dos diversos sistemas penais. São eles, com suas respectivas máximas latinas que o autor fez questão de mencionar: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito (*nulla pena sine crimine*); 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito (*Nullum crimen sine lege*); 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal (*Nulla lex (poenalis) sine necessitate*); 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento (*Nulla necessitas sine iniuria*); 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação (*Nulla iniuria sine actione*); 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal (*Nulla actio sine culpa*); 7) princípio da jurisdicionariedade, também em sentido lato ou no sentido estrito (*Nulla culpa sine iudicio*); 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (*Nullum iudicium sine accusatione*); 9) princípio do ônus da prova ou da verificação (*Nulla accusatio sine probatione*); 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (*Nulla probatio sine defensione*) (FERRAJOLI, 2010, p. 91).

³¹ “Os termos que empregarei na formulação destes princípios são onze: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa*. Cada um destes termos excluído obviamente o primeiro, designa uma condição necessária para a atribuição de pena dentro do modelo de direito penal que ele mesmo concorre em definir.” (FERRAJOLI, 2010, p. 90-91, grifo do autor).

Partindo dos postulados garantistas, um dos maiores especialistas brasileiro sintetiza de maneira primorosa as principais contribuições da teoria sem, contudo, deixar de apresentar uma nova maneira de visualização dos princípios mencionados:

O modelo teórico minimalista caracterizar-se-ia por dez restrições ao arbítrio legislativo ou erro judicial. Segundo este modelo, não se admite nenhuma irrogação de pena sem que tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição, gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação, pela imputabilidade e culpabilidade do autor e, além disso, comprovado empiricamente por acusação diante de um juiz imparcial, em processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos pré-estabelecidos em lei. [...] A cadeia elaborada pelo autor serve como instrumento avaliativo de toda incidência do sistema penal, da elaboração da norma pelo legislativo à aplicação/execução da pena. Viabiliza ao intérprete uma principiologia adequada para (des)legitimação de toda atuação penal: teoria da norma (princípio da legalidade, princípio da necessidade e princípio da lesividade); teoria do delito (princípio da materialidade e princípio da culpabilidade); teoria da pena (princípio da prevenção dos delitos e castigos); e teoria processual penal (princípio da jurisdicionalidade, princípio da presunção de inocência, princípio acusatório, princípio da verificabilidade probatória, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa). (CARVALHO, 2008, p. 82).

Estes princípios permitiriam identificar as garantidas contidas em sistemas penais concretos, sustentado, ainda, seus eventuais detalhamentos e a criação de etéreas classificações.

O estudo iniciado por Ferrajoli é profundo e já possui diversas releituras e interpretações. No Brasil, especificamente, foi profundamente recepcionado gerando diversos trabalhos, seminários, discussões, gerando e agregando, até mesmo, contribuições inovadoras³². Neste trabalho, almejou-se apontar seus principais postulados e contribuições para permitir uma compreensão contextualizada das outras posturas contra-hegemônica e para indicar, através das críticas abaixo, como

³² “Apenas para exemplificar, pois fugiria dos objetivos concretos do trabalho um maior detalhamento das inúmeras contribuições, há o posicionamento vanguardista de Salo de Carvalho que, partindo do garantismo, formula a Teoria Agnóstica. Ele, de forma didática pontua: “Todavia, se o pressuposto da irregularidade dos atos de poder for tensionado ao seu limite, não há alternativa possível, inclusive ao garantismo penal, senão abdicar de qualquer justificativa, legitimação ou fundamento à pena, devendo ser encarada a resposta punitiva ao desvio como ato político beligerante. Neste caso, a forma de efetivação dos direitos humanos é o desenvolvimento de estratégias políticas de ação forense de redução de danos causados pelas violências dos poderes. Assim, se a resposta à pergunta ‘por que punir?’, mesmo em se tratando de sistema de garantias, configura modelos de intervenção, fundamental abdicar da tarefa, delineando teoria agnóstica que represente política criminal de redução dos danos causados pelas agências de punitividade.” (CARVALHO, 2011, p. 126).

que a teoria crítica de direitos humanos possibilita uma tutela, mais concreta e contextualizada, desses direitos.

Ocorre, na realidade, uma idealizada pretensão de absolutização da diminuição do poder estatal, dos instrumentos jurídicos penais, em prol de uma metafísica generalizada de realização, para todos, dos ideias liberais consubstanciados nas formulações dos Estados modernos. Estas proposições e anseios são relevantes e podem indicar um sentido, uma busca para a solução derradeira do Direito Penal, no entanto, não podem ser assumidos e encampados de maneira ortodoxa, sem reflexões e ponderações, pois estamos diante de violações e desrespeitos cotidianos e inadmissíveis aos direitos humanos.

Ao que parece, essa corrente fecha-se em seus próprios postulados e recusa-se, decisivamente, a qualquer abertura às novas possibilidades teóricas que gerariam reflexos concretos --- mesmo quando sustenta ser “heteropoiética”, ou seja, tiver um ponto de vista externo e “de baixo” da sociedade e das pessoas que a compõe (FERRAJOLI, 2010, p. 812, et seq.) ---, pois, como visto, ainda encastelada no normativismo, no positivismo, em delimitações de princípios.

Evidente, também, que foi pensada a partir e para a realidade européia, em especial a italiana, e, apesar das suas prováveis contribuições para outras realidades é difícil sua incorporação mecânica a qualquer país, em especial o Brasil, que ainda luta para estruturar suas instituições e reconhecer e efetivar os anseios populares mais elementares.

Esta incongruência é constatada, profundamente desenvolvida e ressaltada por Helio Gallardo quando, ao analisar as propostas de Ferrajoli, compara a conjuntura italiana e as realidades latino-americanas. De maneira contundente denuncia:

Na América Latina existe uma intensa tradição de Estado patrimonialista que os processos eleitorais, que simulam lógicas democráticas, adicionam formas mais “modernas” de clientelismo e corporativismo. Trata-se de um Estado capturado localmente pelos interesses mais mesquinhos, grosseiros e violentos de *minorias* gananciosas e camadas urbanas interligadas por laços de controle financeiro, casamentos, negócios de importação/exportação, representação de interesses profissionais e empresariais, incluindo religiosos, propriedade da terra e dos meios de comunicação de massa, exércitos e polícias mafiosas (quando não servindo como paramilitares e assassinos com na Guatemala, Colômbia, Paraguai, El

Salvador, etc.), seqüestro local do Estado ao que se deve agregar ou articular a *internacionalização* e *transnacionalização* das decisões políticas decorrentes de uma economia política determinada por um capitalismo dependente de oxigenado por meio de endividamentos e de uma geopolítica decidida unilateralmente para o hemisfério pelos Estados Unidos. (GALLARDO, 2008a, p. 226-227, grifo do autor, tradução nossa).³³

Esta percepção é possível, pois o autor chileno-costarriquenho fundamenta-se em paradigmas diferentes de Ferrajoli e que o levam a produzir uma análise sócio-histórica peculiar da realidade, dos fundamentos do Estado e da própria concepção de direitos humanos.

Aprofundando criticamente sua postura e partindo da ideia apresentada por Ferrajoli, na esteira de Hobbes, que o Estado seria um “lobo *artificial*” (FERRAJOLI, 2010, p. 862, grifo do autor), Helio Gallardo (2008a, p. 227, tradução nossa) provoca e sustenta que, na América Latina ele seria um “lobo-hiena”:

[...] porque à sua capacidade destrutiva da ordem social (?) deveria ser adicionada sua impunidade praticamente absoluta e o cinismo com que sua criminalidade mafiosa se veste com a legitimidade de status nominal, nem sequer formal, das instituições, do discurso religioso, do anticomunismo (hoje antiterrorismo) e da proclamação de altos valores, dentre os quais ‘a’ democracia e os direitos humanos, cortejando-os com aparente santidade³⁴.

Nítido, neste viés específico da crítica, que insustentável a aplicação do garantismo na América Latina em função principalmente da realidade particular que vivemos e da tradição viciada dos seus Estados Nacionais.

³³ “En América Latina existe una intensa tradición de Estado patrimonialista al que los procesos de electoralización, que simulan lógicas democráticas, adicionan formas más ‘modernas’ de clientelismo y corporativismo. Se trata de un Estado capturado localmente por los intereses más mezquinos, groseros y violentos de minorías codiciosas y capas urbanas entretajadas por lazos de control financiero, matrimonios, negocios de importación/exportación, representación de intereses profesionales y corporativos, incluyendo los eclesiales, propiedad de la tierra y los medios masivos, ejércitos y policías mafiosas (cuando no al servicio paramilitares y sicarios como en Guatemala, Colombia, Paraguay, El Salvador, etc.), secuestro local del Estado al que se debe agregar o articular la internacionalización y transnacionalización de las decisiones políticas derivadas de una economía política determinada por un capitalismo dependiente oxigenado mediante endeudamiento y de una geopolítica decidida unilateralmente para el hemisferio por Estado Unidos.”

³⁴ “[...] porque su capacidad destructiva sobre el orden social (?) habría que agregarle su impunidad prácticamente absoluta y el cinismo con que su criminalidad mafiosa se arroja con la legitimidad del status nominal, ni siquiera formal, de las instituciones, del discurso religioso, del anticomunismo (hoy antiterrorismo) y de la proclama de altos valores, entre los que cuentan ‘la’ democracia y derechos humanos, con los que corteja un olor de santidad.”

O alerta em relação às incongruências dos Estados latino-americanos, ganha substancial relevo quando relembra-se que o modelo penal garantista³⁵ assenta-se no princípio da estrita legalidade (FERRAJOLI, 2010, p. 16), na permanente demanda por legalidade, esquecendo-se dos processos de lutas e das construções cotidiana de relações e, em decorrência, de direitos humanos.

No entanto, a possibilidade de pontuarmos críticas substanciais não fica adstrita apenas ao aspecto conjuntural e legal-estatal. Até porque, como enuncia o segundo capítulo e reconhece-se no terceiro a positivação de direitos, de anseios populares são importantes e decisivas conquistas, desde que não supervalorizados como ocorre nos adeptos do positivismo normativista.

Como analisado anteriormente, os fundamentos do sistema penal são bárbaros, assim, não é possível discordar da necessidade da imposição de limites e minoração dos seus poderes punitivos e segregadores, o que não significa, por outro lado, descartá-lo completamente ou considerar o Estado como único ente violador de direitos humanos, inviabilizando uma atuação protetiva desses direitos.

No entanto, as reflexões não devem encerrar-se nesta formulação de cunho negativo, pois a questão não é só não punir, ou punir com limites, mas visualizar quem é punido. Vimos que o caráter autoritário e seletivo do sistema penal “escolhe” punir determinados indivíduos, em grande parte pertencentes a específicos segmentos sociais, o que fundamenta o discurso da necessária redução dos danos causados pelas agências estatais. No entanto, faticamente, esses danos são mínimos e até inexistentes para determinada camada social que não sofre qualquer interferência jurídico-penal.

As camadas privilegiadas não se preocupam com o discurso garantista, pois política e socialmente já possuem garantias de que não passarão por qualquer agência ou estrutura penal³⁶. Por isso que esse discurso e as práticas decorrentes dele devem ser ponderados, pontuados, contextualizados na maneira que se pretende desenvolver no próximo capítulo. Por isso que, nesse sentido, ressalta-se e assume-se que:

³⁵ Ainda, como analisado anteriormente a primeira das acepções de “garantismo” o modulam como um “modelo normativo de direito”.

³⁶ Exemplo simples, mas salutareis são as prisões especiais e os foros por prerrogativa de função.

Uma percepção econômico/social e cultural passiva do Estado equivale a deixar a sorte e o caráter do desenvolvimento para a lógica do capital, é tornar impossível a elevação universal da qualidade e existência e postergar indefinidamente os ‘progressivos’ direitos econômicos e sociais. (GALLARDO, 2010, p. 237, grifo do autor, tradução nossa).³⁷

Outro profundo equivoco da teoria, que demonstra sua inaptidão como referencial teórico para a tutela de direitos humanos em Estados periféricos, está ligado à sua concepção de direitos fundamentais. Como imerso nos postulados do positivismo e do liberalismo, sustenta:

Os direitos fundamentais [...] correspondem às faculdades ou expectativas de *todos* os que definem as conotações substanciais da democracia e que são constitucionalmente subtraídos ao arbítrio da maioria como limites ou vínculos indissociáveis das decisões governamentais [...] Ao mesmo tempo se prestam a receber, primeiro, na forma dos “diretos naturais” e, depois, naquela derivada dos modernos “direitos civis”, as *necessidades e interesses materiais primários* das pessoas, cuja garantia equivale à igual tutela de sua diversa identidade e ao mesmo tempo à realização, ao menos tendente, de sua igualdade substancial (FERRAJOLI, 2010, p. 814-815, grifo do autor).

Percebem-se o apego ao positivismo e até mesmo alusões ao jusnaturalismo quando da sua anunciação de “direitos naturais” que, na realidade, carecem de fundamento, clareamento e objetividade. Ainda, de forma sutil, é possível constatar que eventual igualdade concreta, substancial será almejada enquanto possibilidade e não como elemento, parte dos direitos fundamentais, dotada de direcionamento para sua efetivação. Essas posturas clássicas sobre direitos humanos, analisada e denunciada no início do último capítulo, contribuem justamente para inviabilizar sua eficácia jurídica e social, pois acabam perdendo o fundamento sobre exatamente o que buscar concretizar e tutelar.

Também em outras passagens, ao conceituar os direitos fundamentais o teórico do garantismo mantém esse viés abstrato, fragmentário e individualizado dos direitos fundamentais o que compromete todo seu edifício teórico. Acaba caracterizando-os a partir das “*necessidades e interesses materiais primários* das pessoas” desconsiderando --- de maneira compreensível, dado seus referenciais

³⁷ “Una percepción económico/social y cultural pasiva del Estado equivale a dejar la suerte y carácter del desarrollo a la lógica del capital; es decir a toar imposible la elevación universal de la calidad de la existencia y a postergar indefinidamente los ‘progresivos’ derechos económicos y sociales.”

epistemológicos --- que partem “desde relações sociais que possibilitam/impossibilitam pessoas ou indivíduos com direitos fundamentais” (GALLARDO, 2008a, p. 225, grifo do autor, tradução nossa)³⁸.

Empreende, portanto, uma compreensão limitada à sua ideia de pessoa, restringindo a uma igualdade formal a alusão que faz a todos os titulares desses direitos. Nesse sentido, David Sánchez Rubio aponta essas inconsistências ao analisar os restritos sentidos que essas posturas atribuem a pessoas, cidadão e trabalhador, que acabam reverberar desproporcionalmente no reconhecimento e tutela material deles:

A “personalidade”, a “cidadania” e a “capacidade de obrar” determinam as classes de sujeitos aos quais a titularidade dos direitos humanos está normativamente reconhecida. O “todos” se delimita com relação a elas. Os critérios que se estabeleçam para adjudicar aos indivíduos a categoria de “pessoa”, “cidadão”, ou “capaz de obrar”, lhes outorgam o reconhecimento dos direitos fundamentais, refletidos em cada norma constitucional. Tais identidades determinam as classes de sujeitos aos quais a titularidade dos direitos fundamentais está normativamente reconhecida. (RUBIO, 2010, p. 29).

As relações, as interações, as sensibilidades e as construções das libertações, dos direitos e dos desejos são desconsideradas nesta postura teórica e relativiza até, dada sua inconsistência, a percepção e entendimento da liberdade humana. Ao individualizar pessoa, desconectando-a das suas experimentações, de sua existência concreta, esquece-se que “a liberdade de um ser humano só pode consistir em *sujeitificar-se* procurando que os outros sejam também *sujeitos*”³⁹ (GALLARDO, 2008a, p. 238, tradução nossa), pois:

‘Sujeito’ significa dizer colocar-se em condições sociais e individuais de apropriar-se de uma existência que lhe dê caráter ou sentido a partir dos outros, com os outros, para os outros e para si mesmo e de comunicar com autoestima esta experiência de apropriação.⁴⁰ (GALLARDO, 2008a, p. 237, tradução nossa).

³⁸ “[...] desde relaciones sociales que posibilitan/imposibilitan a personas o individuos con derechos fundamentales.”

³⁹ “[...] la libertad de un ser humano solo puede consistir en sujetificarse procurando que los otros sean también sujetos.”

⁴⁰ “‘Sujeto’ quiere decir ponerse en condiciones sociales y individuales de apropiarse de una existencia a la que se le da carácter o sentido desde otros, con otros, para otros y para sí mismo y de comunicar con autoestima esta experiencia de apropiación.”

Há, portanto, na teoria do garantismo uma preocupação com os conteúdos dos conceitos e propostas encampados que, apesar de indicações progressistas e preocupações com as práticas violentas, acaba, no entanto, reproduzindo lógicas corriqueiras e excludentes, fornecendo elementos para a manutenção de sensibilidades de dominação.

Com os breves postulados apresentados é possível visualizar uma tentativa contra-hegemônica de formulação teórica com implicações concreta. Porém, como também indicado, qualquer substancial possibilidade de alterações profundas no Direito Penal, sobretudo na América Latina, é emperrada nos fundamentos e nos conceitos que estruturam a teoria.

Nesse momento, de maneira pontual, mas de necessária explicitação --- pois será desenvolvido no capítulo terceiro --- compartilha do entendimento que direitos humanos são horizontes de esperanças, o caminho por onde deve-se trilhar para, através de práticas sociais e institucionais, ocorra o empoderamento de sujeitos (GALLARDO, 2008a, p. 237).

A obra teórica de Ferrajoli é extensa e existem diversas reinterpretações e novas proposituras o que inviabiliza qualquer tentativa de circundar, de forma intensa, seus aparentes equívocos, além de fugir dos objetivos e anseios deste trabalho. No entanto, considera-se que as críticas apresentadas são suficientes para o desenvolvimento do tema.

Pelas críticas pontuais apresentadas, as tentativas de incorporar o garantismo à nossa realidade latina fragmentada, com determinados poderes potencializados, corporações oniscientes e onipresentes imbricadas, através de seus serviços, dentro dos Estados, potencializando seus aspectos seletivos e autoritários, demonstram cada vez mais suas insuficiências.

1.3.2 Realismo jurídico penal marginal: o marginal ainda circundando o centro

Apesar das profícuas contribuições do garantismo, mas em função principalmente de sua matriz liberal e positivista, é cada vez mais presente a percepção de que a resposta ou possibilidades de modificação dos sistemas penais não virá do centro (ZAFFARONI, 1993b, p. 20).

No contexto latino-americano, qualquer análise ou proposta de transformação dos sistemas jurídico-penal, almejando-se uma concreta tutela de direitos humanos, deve levar em consideração o fato de existirem: Estados debilitados, fome e pobreza endêmicas, sistemas penais bárbaros e autoritários, hegemonia do neoliberalismo, apropriação do Estado por oligarquias, coronelismo etc.

Neste sentido que os postulados do garantismo, ainda mais sem qualquer tentativa de contextualização e percepção dessas realidades, não são apropriados para reconhecer, tutelar e promover direitos humanos nos Estados latino-americanos. Realizam, contudo, importantes constatações e indicam contribuições pontuais para a questão de direitos humanos.

Uma das propostas marginais, que dada sua profundidade e competência acabou influenciando outras diversas análises contra-hegemônicas --- e, também por isso analisada neste trabalho --- foi capitaneada por Eugenio Raúl Zaffaroni, hoje Ministro da Corte Suprema de Justiça da Argentina.

A preocupação de Zaffaroni com a contextualização e entendimento das situações dos sistemas penais latino-americanos e com os direitos humanos em particular é antiga, tendo orientado toda sua profícua produção acadêmica neste sentido. A importância de sua contribuição é, portanto, incontestável, dificultando o desenvolvimento de problematizações necessárias de pontos específicos de sua obra.

Diante das situações absurdas dos sistemas penais latino-americanos, procurou analisá-los, estudá-los e denunciá-los, sustentando, desde o início de sua produção que o discurso penal pode ser recriado, assumindo um “modelo de direito penal humanitário” (ZAFFARONI, 1993b, p. 53 et seq.) (ZAFFARONI, 1998, p. 187-250). Em um dos seus últimos trabalhos, Zaffaroni ainda sustenta que o direito penal seria no momento político o “[...] equivalente do direito humanitário no momento bélico: ambos serviriam para conter um *factum* na medida do seu limitado poder jurídico de contenção.” (ZAFFARONI, 2010, p. 34, tradução nossa)⁴¹.

Nomeou essa proposta de “realismo marginal” ou “realismo jurídico penal marginal”, condensando suas análises, anseios e propostas numa incansável “busca de uma dogmática jurídico-penal liberal (de garantias) realista, não distanciada das

⁴¹ “[...] equivalente del derecho humanitario en el momento bélico: ambos servirían para contener un *factum* en la medida de su limitado poder jurídico de contención.”

ciências sociais, não legitimante do poder primitivo que não é exercido por nós juristas e adaptada ao momento atual da nossa região latino-americana.” (ZAFFARONI, 1993b, p. 9, tradução nossa).⁴²

De outra maneira, ainda, aduz no mesmo sentido que “[...] ou direito penal contém limites ou serve para reduzir um poder deslegitimado, ou não serve para nada.” (ZAFFARONI, 1993b, p. 13, tradução nossa).⁴³ E essas denúncias e posturas devem ser urgentes, imediatas, pois na América Latina:

Não se deve pensar que é só a projeção futura dos nossos sistemas penais, no marco de um genocídio tecno-colonialista, que marca a necessidade e urgência de uma resposta marginal da deslegitimação do sistema penal, mas que já, agora, nossos sistemas penais estariam operando como um genocídio de fato. (ZAFFARONI, 1998, p. 127, tradução nossa).⁴⁴

Assume, assim, expressamente, diante dos genocídios perpetrados pelos sistemas penais latino-americanos, uma postura contra-hegemônica dentro da ciência jurídica e especificamente da ciência penal ao incluir a ideia de marginalidade, de alijamento jurídico-político, expressão que utiliza, pois “[...] creio que é, para muitos, pejorativa e, contudo, é uma característica que devemos assumir como moradores dos lugares marginalizados do poder mundial.” (ZAFFARONI, 1993b, p. 9). Além do que, “Nossa margem tem uma dinâmica que está condicionada por sua dependência e nosso controle social está intimamente ligado a ela.” (ZAFFARONI, 1998, p. 70, tradução nossa).⁴⁵

Como os países latino-americanos estão localizados na periferia do mundo “planetarizado” e neoliberal, são escanteados das decisões político-econômicas internacionais, que ditam políticas estatais e sofrem influência cultural --- e também

⁴² “[...] la búsqueda de una dogmática jurídico-penal liberal (de garantías) realista, no distanciada de las ciencias sociales, no legitimante del poder primitivo que no ejercemos los juristas y adaptada al momento actual de nuestra región latinoamericana.”

⁴³ “[...] o el derecho penal sirve para contener limites o reducir un poder deslegitimado, o no sirve para nada.”

⁴⁴ “No debe pensarse que solo es la proyección futura de nuestros sistemas penales en el marco de un genocidio tecno-colonialista lo que marca la necesidad y urgencia de una respuesta marginal a la deslegitimación del sistema penal, sino que ya, ahora, nuestros sistemas penales estarían operando como un genocidio en acto.”

⁴⁵ “[...] creo que es para muchos peyorativa y, sin embargo, es una característica que debemos asumir los moradores de los parajes marginados del poder mundial.” E “Nuestro margen tiene una dinámica que está condicionada por su dependencia y nuestro controle social está íntimamente ligado a ella.”

jurídica --- desmedida, devem assumir esta condição e problematizar toda a discussão jurídico-penal a partir daí.

Para além da própria situação geográfica e da disposição na organização geopolítica mundial, partindo de uma profunda compreensão filosófica da situação analisada, ainda anuncia que “[...] é melhor assumir a condição de ‘marginal’, que conservar a neutralidade de ‘periférico’, porque o ‘marginal’ tem muito maior identidade.” (ZAFFARONI, 1993b, p. 9, tradução nossa).⁴⁶

A postura corajosa e combativa e a clareza apresentada evidenciam a grandiosidade e a disposição do autor argentino em sair das posturas, teorias e práticas corriqueiras no trato do Direito Penal.

Percebe-se também seu distanciamento das teorias abstratas da realidade, de concepções idealistas da ciência jurídico-penal ao propor uma concepção concreta, provisória e não absoluta, denominando-a de “realista”:

Integrariam o círculo “realista” as variáveis que, em conjunto, estão inclinadas a considerar que o valor jurídico não altera a estrutura do objeto valorado, que é anterior e permanece independente dele, enquanto que nas “idealistas” o valor cumpriria certa função “criadora” sobre o objeto que “toca”. O idealismo tende a gerar um “mundo do jurista”, que dá maior segurança (ao jurista), uma vez que o subtrai do permanente devenir e do inacabado, próprios do mundo real, preservando-o das discussões acerca dele mesmo. (ZAFFARONI, 1993b, p. 34, tradução nossa)⁴⁷.

Partindo destas considerações basilares, é possível avaliar que essa nova construção teórica, essa outra postura diante dos postulados da temática, seria, concretamente, um reposicionamento do direito penal de garantias enquanto limitação do poder punitivo do Estado com a modificação radical do discurso jurídico-penal no sentido de apontar as irracionalidades e deslegitimação dos sistemas penais.

⁴⁶ “[...] es mejor asumir la condición de ‘marginal’, que conservar la neutra de ‘periférico’, porque lo ‘marginal’ tiene mucha mayor identidad.”

⁴⁷ “El círculo ‘realista’ lo integrarían las variables que, en conjunto, se inclinan hacia el criterio de que el valor jurídico no altera la estructura del objeto valorado, que es anterior y permanece independiente del mismo, en tanto que en las ‘idealistas’ el valor cumpliría cierta función ‘creadora’ respecto del objeto que ‘toca’. El idealismo tiende a generar un ‘mundo del jurista’, que le otorga mayor seguridad (al jurista), puesto que lo sustrae al permanente devenir y a lo inacabado, propios del mundo real, preservándolo de las discusiones acerca del mismo.”

Evidente, portanto, que há uma inegável similaridade com as propostas do garantismo, embora haja o peculiar reconhecimento e admissão do “realismo marginal” como visto anteriormente. Zaffaroni (1993b, p. 12-13); (1998, p. 99-101) reconhece a proximidade de suas reflexões com as de Ferrajoli, porém sustenta uma profunda diferença ao assumir que não está convencido da legitimidade da pena em uma sociedade futura e da edificação de um direito penal mínimo.

Procurando clarear sua proposta, argumenta que as posturas que deslegitimam o poder punitivo formam duas grandes propostas político-criminais:

[...] uma vertente que deslegitima os sistemas penais contemporâneos, mas que, com argumentos que parecem retornar ao iluminismo, legitimaria um sistema penal baseado em um “direito penal mínimo”, enquanto que outra deslegitima o exercício de poder dos sistemas penais contemporâneos e de qualquer outro (o abolicionismo) (ZAFFARONI, 1993b, p. 16, tradução nossa).⁴⁸

A partir desta profícua visualização sobre a deslegitimação dos sistemas penais consegue dar sentido aos seus postulados ao apresentar como objetivo imediato, essa reconfiguração do discurso jurídico-penal direcionada para a construção de uma dogmática com pautas redutoras da violência gerada pelos sistemas penais. Aprofundado sua análise, aventa sobre a possibilidade de reconhecimento de um objetivo mediato, notavelmente utópico, que seria a abolição dos sistemas penais e sua gradual substituição por outros modelos de solução de conflitos. (ZAFFARONI, 1993b, p. 26-27).

Neste sentido, procura assumir, de maneira peculiar que “[...] o direito penal mínimo é uma proposta que deve ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, mas não como meta insuperável, mas como um momento provisório para o abolicionismo [...]” (ZAFFARONI, 1993a, p. 112, tradução nossa)⁴⁹.

⁴⁸ “[...] una vertiente que deslegitima los sistemas penales contemporáneos, pero que, con argumentos que parecen remontarse al iluminismo, legitimaría un sistema penal basado en un “derecho penal mínimo”, en tanto que otra deslegitima el ejercicio de poder de los sistemas penales contemporáneos y de cualquier otro (el abolicionismo).”

⁴⁹ “[...] el derecho penal mínimo es una propuesta que debe ser apoyada por todos los que deslegitiman el sistema penal, pero no como meta insuperable, sino como paso tránsito hacia el abolicionismo [...]”.

Tentadoras as leituras e propostas apresentadas por Zaffaroni, fundado em importantes e incomuns aportes filosóficos, principalmente pela preocupação em contextualizar sua análise.

No entanto, mesmo assumindo uma postura marginal, desenvolvendo-a de maneira contundente e expondo suas inconformidades, parece ocorrer numa generalização das realidades e situações vivenciadas nas sociedades latino-americanas.

Evidente a necessidade de limitação dos poderes punitivos, sobretudo em nossa margem latina ante a realizada absurda apresentada anteriormente. Porém, qualquer tentativa meramente discursiva de impor o reconhecimento dos aspectos autoritários e seletivos dos sistemas penais, deslegitimando-os, soa como inconclusivo, insuficiente e, até, a-histórico.

E Zaffaroni (1998, p. 9-10) assume diversas vezes em suas inúmeras obras a prevalência da necessidade da construção de outro discurso jurídico-penal e, conseqüentemente, de outra dogmática jurídica penal que deslegitime os sistemas penais.

Parece, assim, estar atrelado demasiadamente a preocupações com a dogmática jurídica, com posturas e discursos, com formulações teóricas, o que indicariam uma possível sonegação política e científica das realidades latino-americanas e seus movimentos e das perspectivas de utilizações do Direito Penal com outras acepções. Neste sentido, também, parece ser o alerta de Alessandro Baratta (2002, p. 156, grifo do autor) quando trata do papel do discurso jurídico-penal:

Mas na atual crise da ciência jurídica e das novas relações com a ciência social, a alternativa que se coloca para o discurso técnico-jurídico é a de tomar consciência da sua natureza técnica, reencontrando, em uma visão científica da realidade social e do seu movimento, do sistema de necessidades individuais e sociais, o fundamento teórico das escolhas práticas de que ele é o instrumento, ou então permanecer enredado na ideologia *negativa*, perpetuando a sua função de portador inconsciente de escolhas políticas que ele, continuando no divórcio da ciência social, não pode controlar.

Não parece apropriado que, proclamando-se marginal, assumindo-se como contra-hegemônico, esteja-se vinculado desproporcionalmente aos objetos e

anseios primordiais para os paradigmas normativistas. Preocupe-se em focar seu diagnóstico na dogmática penal, tão cara para os posicionamentos conservadores e perde-se a oportunidade de otimizar eventuais mudanças concretas dos sistemas penais. Relega-se a tão imprescindível situação histórico-social de onde partem e formam-se suas propostas.

A necessidade de limitação do poder punitivo e eventual avanço dentro da dogmática penal para sustentar tal intuito foram empreendidos pelo garantismo jurídico, mesmo com as críticas já apresentadas. As peculiaridades apresentadas acrescentam importantes contribuições, porém restam, de maneira geral, circunscritas ao que já fora produzido.

Suspeita-se que parte da percepção de apenas um lado da problemática, sonegando situações concretas, momentos específicos dos sistemas jurídico-penais, o que indicaria uma eventual abstração e claros limites.

Apesar dos avanços notórios, a proposta parece estar presa, ainda, aos paradigmas da ciência jurídica tradicional. Além do apego à dogmática jurídico-penal parte de uma compreensão pré-moldada do direito o que possibilita anunciar a incompatibilidade dos sistemas penais com os direitos humanos (ZAFFARONI, 1998, p. 152):

De fato, nossa resposta é que, em última instância, desenvolvendo a abordagem em suas últimas conseqüências, o exercício de poder através sistemas de penais é incompatível com a ideologia dos Direitos Humanos. Isto pode parecer uma contradição, já que todos os instrumentos de Direitos Humanos reconhecem a legitimidade dos sistemas penais e se ocupam com certos detalhes de seus limites e garantias. (ZAFFARONI, 1993b, p. 29, tradução nossa)⁵⁰.

Parece claro, como afirmado e desenvolvido, que os sistemas penais de maneira geral, dada suas características autoritárias e seletivas, desenvolvidas no começo do capítulo, violam direitos de determinadas pessoas. Essas violações, no entanto, são produzidas por concepções, propostas e ideologias

⁵⁰ “En efecto, nuestra respuesta es que, en definitiva, desarrollando el planteamiento hasta sus últimas consecuencias, el ejercicio de poder de los sistemas penales es incompatible con la ideología de los Derechos Humanos. Esto puede parecer un contrasentido, desde que todos los instrumentos de Derechos Humanos reconocen la legitimidad de los sistemas penales y se ocupan con cierto detalle de sus límites y garantías.”

conservadoras e que não podem ser generalizadas e incorporadas de maneira estanque. Até porque, se assim agíssemos, repudiariamos qualquer atividade jurídico-estatal, em função de suas constituições classistas, autoritárias e segregacionistas.

Esse repúdio desmedido de eventual diálogo entre o direito penal e os direitos humanos parece advir, também, da sua concepção de direitos humanos que soa como central e não periférica:

Mas os Direitos Humanos não são uma utopia (em sentido negativo), mas um programa de transformação da humanidade de longo alcance. Considerá-los de outro modo seria banalizá-los e instrumentalizá-los. Sua positivação em documentos normativos internacionais serve para fornecer um parâmetro para medir até que ponto o mundo está “ao contrário”. A alegação de que os Direitos Humanos estão realizados não passa de uma tentativa de colocá-los “ao contrário” e, portanto, de neutralizar seu potencial transformador. Enquanto os Direitos Humanos indicam um programa realizador da igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de cristalização de desigualdade de direitos de todas as sociedades. Não surpreende que as previsões normativas de todos os instrumentos internacionais de Direitos Humanos ao fazer referência aos sistemas penais sempre é limitadora do seu poder, sinalizando-os fronteiras restritas, tão restritas como a viabilidade política que o instrumento permite.

Resulta claro que esses instrumentos se enfrentam com um fato que querem definir e conter. Este fenômeno se explica porque a ideologia dos Direitos Humanos reconhece raízes distantes, quem sabe presentes em todo o “saber milenar” da humanidade, sendo absurdo que tal o como jusnaturalismo reclame para si sua paternidade, como patrimônio exclusivo. (ZAFFARONI, 1993b, p. 31, grifo do autor, tradução nossa).⁵¹

⁵¹ “Pero los Derechos Humanos no son una utopía (en sentido negativo), sino un programa de transformación de la humanidad de largo alcance. Considerarlos de otro modo sería banalizarlos e instrumentalizarlos. Su positivización en documentos normativos internacionales sirve para proporcionarnos un parámetro con que medir hasta qué punto el mundo está «al revés». La pretensión de que los Derechos Humanos están realizados no pasa de ser una tentativa de ponerlos ‘al revés’ y, por ende, de neutralizar su potencial transformador. En tanto que los Derechos Humanos señalan un programa realizador de la igualdad de derechos de largo alcance, los sistemas penales son instrumentos de cristalización de la desigualdad de derechos de todas las sociedades. No en vano la temática normativa de todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos referida a los sistemas penales siempre es limitadora de su poder, señalizadora de fronteras estrictas al mismo, tan estrictas como la viabilidad política del instrumento lo posibilita. Resulta claro que esos instrumentos se enfrentan con un hecho que quieren acotar y contener. Este fenómeno se explica porque la ideología de los Derechos Humanos reconoce raíces muy lejanas, quizá presentes en todo el ‘saber milenar’ de la humanidad, siendo absurdo que tal o cual jusnaturalismo reclame para sí su paternidad, como patrimonio exclusivo.”

Neste sentido, fica mais nítida sua proximidade com as proposições hegemônicas quando analisada passagem similar desenvolvida em outra obra⁵², revelando, também, uma concepção reducionista sobre direitos humanos ao vinculá-los aos tratados e declarações internacionais:

Os Direitos Humanos, tal como se consagram nos instrumentos internacionais, não são uma mera "ideologia instrumental", mas um certo grau de consciência mais ou menos universal, que constituem uma *ideologia programática para toda a humanidade*, contudo um programa é uma antecipação e, portanto, não significa que esteja realizado, mas que *deve realizar-se*, como transformação social e, obviamente, também individual. (ZAFFARONI, 1998, p. 152, tradução nossa)⁵³

Essas posturas pragmáticas são europeizadas e estão desconectadas dos contextos e realidades latino-americanas. Trás um conteúdo metafísico ou fatalista ao mencionar raízes distantes, saberes milenares, consciência universal, etc. Consideram-se estes equívocos, ao menos neste trabalho, decisivos para limitar o potencial crítico e transformador da proposta teórica do “realismo marginal”.

Embora transpareça uma inquietação e uma percepção do potencial transformador de direitos humanos, parece desconhecer, ou sonegar tanto as realidades sociais, os embates humanos, como as lutas para as construções e reconhecimentos de direitos. Na realidade, não que as desconheça ou sonegue, dado o conteúdo de suas proposições, mas não as considera quando procura compreender direitos humanos.

Como visto no final do trecho transcrito, o delineamento de direitos humanos apresentado revela um viés jusnaturalista e estático que é confirmado e assumido pelo autor em outra passagem. Sustenta:

⁵² Embora a edição de “*En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*” utilizada neste trabalho seja de 1998, imperioso ressaltar que foi publicada inicialmente em 1989, enquanto “*Hacia un realismo jurídico penal marginal*” foi publicado em 1993 e é a edição aqui utilizada. Como o livro “*Hacia un [...]*” é a reedição de trabalhos anteriores com alguns textos inéditos, várias passagens são parecidas ---e algumas idênticas--- com trechos de “*En busca [...]*” De qualquer maneira, como perceptível, o autor reafirmar seu posicionamento na obra mais recente.

⁵³ “*Los Derechos Humanos, tal como se consagran en los instrumentos internacionales, no son una mera "ideología instrumental", sino un cierto grado de conciencia más o menos universal, que constituye una ideología programática para toda la humanidad, pero un programa es una anticipación y, por ende, no significa que este realizado, sino que debe realizarse, como transformación social y, por supuesto, también individual.*”

A urgente demanda de uma dogmática jurídico-penal que assuma a deslegitimação do exercício do poder do sistema penal e que paute imediatamente a estratégia das agências judiciais em função da necessidade impostergável de controlar a violência genocida, colocando em jogo o exercício de seu próprio poder, nesse sentido, nos impõem, também, em função de um *imperativo jushumanista*, porque não outra coisa pode resultar desde a perspectiva de uma programação transformadora da humanidade — implicada na ideologia dos Direitos Humanos — e a constatação do poder de fato em uma posição planetária marginal, onde o caminho progressivo para a realização desse programa aparece abrupta e brutalmente interrompido por uma nova revolução técnica que nos ameaça com um tecno-colonialismo de formidável capacidade destrutiva. (ZAFFARONI, 1993b, p. 33, grifo do autor, tradução nossa).⁵⁴

Ao menos nestes pontos específicos (ao explicitar sua compreensão de direitos humanos e o fundamento para a construção, ou até mesmo a legitimidade, de outra dogmática jurídico-penal), a obra de Zaffaroni parece resvalar nos paradigmas científicos e filosóficos do direito natural, o que, talvez, restrinjam sua possibilidade de percepção e consequente abordagem no sentido:

Os paradigmas do direito natural são bem evidentes. No campo dos *paradigmas científicos*, o objeto da teoria jurídica é o “conjunto de normas superiores, eternas, universais”. E como tais normas são reveladas (pelo cosmos, por Deus, pela natureza ou pela razão humanas), a metodologia tem de ser necessariamente de caráter dedutivo, já que a ordem jurídico-positiva também é deduzida das normas eternas e superiores. O *paradigma filosófico*, de matiz racionalista (platônico-cartesiano-kantiano), explica a validade e a legitimidade do direito com um argumento metafísico, isto é, o direito vale porque advém da vontade divina, da natureza humana ou da própria razão. (MACHADO, 2011, p. 25).

Partindo destas ponderações mais abstratas torna-se mais complexo qualquer outra abordagem dos sistemas penais --- e do Direito Penal em particular -- - em relação com os direitos humanos, o que permite compreender, porém não concordar, o argumento, já transcrito acima, da incompatibilidade entre ambos.

⁵⁴ “El urgente reclamo de una dogmática jurídico-penal que se haga cargo de la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal y que paute inmediatamente la estrategia de las agencias judiciales en función de la necesidad impostergable de controlar la violencia genocida, poniendo en juego el ejercicio de su propio poder en ese sentido, se nos impone también en función de un imperativo jushumanista, porque no otra cosa puede resultar desde la perspectiva de una programación transformadora de la humanidad —implicada en la ideología de los Derechos Humanos— y la constatación del hecho de poder en una posición planetaria marginal, donde el camino progresivo hacia la realización de ese programa aparece como abrupta y brutalmente interrumpido por una nueva revolución técnica que nos amenaza con un tecno-colonialismo de formidable capacidad destructiva.”

Além disso, Zaffaroni demonstra sua despreocupação com o fundamento de direitos humanos ao afirmar:

A necessidade de um saber estabelece-se para nós enquanto esse saber resulta útil para que o homem de nossa margem possa desenvolver suas potencialidades humanas. O critério para falar sobre "desenvolvimento" humano nesse sentido são os *direitos humanos*, cujo entendimento é para nós, muito mais unívoco do que se pretende. A equivocidade do conceito pode produzir onde se gera um espaço social para discutir a prioridade entre direitos humanos individuais e sociais, exigíveis e não exigíveis, etc., *mas em uma margem onde nem todos os homens são considerados como pessoas e nem sequer a maioria o são, ou onde não se respeita o elemental direito a vida de um número enorme de pessoas* não há espaço social para uma equivocidade muito grande, ante o primado da necessidade. Diante da grave violação de direitos humanos na periferia, e especialmente a violação do direito ao desenvolvimento humano, é suficiente esta referência, que pode parecer grosseira desde a perspectiva central e quem sabe — e oxalá— sejam, também, para nós no futuro (ZAFFARONI, 1988, p. 14, grifo do autor, tradução nossa).⁵⁵

Como sustentado ao longo do trabalho e melhor desenvolvido no último capítulo, completamente reducionista a concepção de direitos humanos apresentada e, ainda, a nítida despreocupação com uma fundamentação condizente com a relevância da temática e seus respectivos referenciais teóricos.

Eventual discussão sobre validade e finalidade do Direito Penal não deve estar calcada em aspectos ou compreensões metafísicas. O momento da realidade social e o contexto jurídico-político devem ser levados em consideração para que, concretamente, possa-se fazer uso democrático do Direito, sem promover sua prévia deslegitimação discursiva.

Não é suficiente, portanto, o mero reconhecimento de direitos humanos como programa de potencial transformação social, mesmo nas periferias do capitalismo

⁵⁵ “La necesidad de un saber se establece para nosotros en cuanto ese saber resulta útil para que el hombre de nuestro margen pueda desarrollar sus potencialidades humanas. El criterio para hablar de “desarrollo” humano en este sentido son los derechos humanos, cuyo entendimiento es para nosotros mucho más unívoco de lo que se pretende. La equivocidad del concepto puede producirse donde se genera un espacio social para discutir la prioridad entre derechos humanos individuales y sociales, exigibles y no exigibles, etc., pero en un margen donde no todos los hombres son considerados como personas y ni siquiera la mayoría lo son, o donde no se respeta el elemental derecho a la vida de un número ingente de personas no hay espacio social para una equivocidad muy grande, ante lo primario de la necesidad. Por lo burdo de la violación a los derechos humanos en la periferia, y especialmente la violación del derecho al desarrollo humano, es suficiente esta referencia, que puede parecer grosera desde la perspectiva central y que quizá —y ojalá— lo sea también para nosotros en el futuro.”

neoliberal. Como baseado na teoria crítica de direitos humanos, compartilha do entendimento que:

Aqui se sustenta, ao contrário, que *a eficácia jurídica de direitos humanos, a questão cultural, política e social, é inseparável de uma discussão abrangente sobre seu fundamento*. O ‘fundamento’ por sua vez, não aparece como fator causal, mas como matriz. Direitos humanos possuem seu ‘fundamento’, ou seja, sua matriz na conflitividade social inaugurada e implementada pelas formações sociais modernas. (GALLARDO, 2008a, p. 12, grifo do autor, tradução nossa).⁵⁶

Direitos humanos não são mera causalidade ou possibilidades programáticas. São fruto de mortes, sangue, suor e lágrimas de muitas pessoas que, cotidianamente e a partir de suas relações, constroem espaços, anseios e possibilidades de reconhecimentos, vivências e libertações.

1.3.3 Contribuições da criminologia crítica: o centro tangenciando o marginal

De maneira até aparentemente contraditória é uma postura surgida no centro do mundo (ao menos geopoliticamente falando) que indica, com elementos mais apropriados e postura problematizadora, os caminhos para uma compreensão contextualizada dos sistemas penais e sua relação com os direitos humanos.

Neste momento específico do trabalho serão apresentadas as principais reflexões desta vertente criminológica para, no próximo capítulo, abordar pontos específicos e pertinentes para verificar eventual plausibilidade de uma tutela penal de direitos humanos.

Ao longo de todo o Século XX desenvolveram-se diversas maneiras e preocupação sobre novas formas de encarar o crime e suas circunstâncias, contrapondo-se, principalmente, às posturas positivistas e às biológico-patológicas surgidas em séculos anteriores. Alessandro Baratta que começa sua carreira na

⁵⁶ “Aquí se sostiene, en cambio, que la eficacia jurídica de derechos humanos, cuestión cultural, política y social, es inseparable de una discusión comprensiva sobre su fundamento. El ‘fundamento’ a su vez, no aparece como factor causal, sino como matriz. Derechos humanos posee su ‘fundamento’, o sea su matriz en la conflitividad social inaugurada y desplegada por las formaciones sociales modernas.”

Itália, na Universidade de Camerino, e logo depois transfere-se para a Alemanha, participa desse movimento de reposicionamento dos objetivos e finalidades das ciências criminais.

A peculiaridade das suas reflexões e da forma de compreender a realidade através do materialismo histórico-dialético⁵⁷, portanto, sob forte influência do marxismo, possibilitam-lhe visualizar a realidade criminal como parte de toda a sistemática social, o que é essencial no seu intuito de edificar uma política criminal alternativa.

Talvez esse fundamento metodológico específico --- com as contribuições de outros importantes pensadores como, por exemplo, Gramsci --- permita assumir seu trabalho como uma teoria social comprometida, materialista, pois “Na atual fase de desenvolvimento da sociedade capitalista, o *interesse* das classes subalternas é o *ponto de vista* a partir do qual se coloca uma teoria social comprometida [...]” (BARATTA, 2002, p. 158).

De fato, com a globalização e a hegemonização do capitalismo neoliberal e como indica sua preocupação e ponto de vista a partir dos interesses das classes subalternas, suas análises, leituras, conclusões e propostas do fenômeno criminal são contextualizadas e concretas, indicando uma tendência de corresponder, também, às situações encontradas em outras realidades exploradas dentro desse sistema político-econômico.

⁵⁷ Conforme compreendido por Marx e Engels (1998, p. 20-21): “Ao contrário da filosofia alemã, que desce do céu para a terra, aqui é da terra que se sobe ao céu. Em outras palavras, não partimos do que os homens dizem, imaginam e representam, tampouco do que eles são nas palavras, no pensamento, na imaginação e na representação dos outros, para depois se chegar aos homens de carne e osso; mas partimos dos homens em sua atividade real, é a partir de seu processo de vida real que representamos também o desenvolvimento dos reflexos e das repercussões ideológicas desse processo vital. E mesmo as fantasmagorias existentes no cérebro humano são sublimações resultantes necessariamente do processo de sua vida material, que podemos constatar empiricamente e que repousa em bases materiais. Assim, a moral, a religião, a metafísica e todo o restante da ideologia, bem como as formas de consciência a elas correspondentes perdem logo toda a aparência de autonomia. Não têm história, não têm desenvolvimento; ao contrário, são os homens que, desenvolvendo sua produção material e suas relações materiais, transformam, com a realidade que lhes é própria, seu pensamento e também os produtos do seu pensamento. Não é a consciência que determina a vida, mas sim a vida que determina a consciência. Na primeira forma de considerar as coisas, partimos da consciência como sendo o indivíduo vivo; na segunda, que corresponde à vida real, partimos dos próprios indivíduos reais e vivos, e consideramos a consciência unicamente como a sua consciência. [...] É aí que termina a especulação, é na vida real que começa portanto a ciência real, positiva, a análise da atividade prática, do processo, do desenvolvimento prático dos homens. Cessam as frases ocas sobre a consciência, para que um saber real a substitua.”

Portanto, apesar de estarem inseridas no centro político-econômico mundial suas reflexões também são condizentes e pertinentes, em dada medida, para as realidades periféricas do capitalismo global, desde que seus interesses e suas perspectivas sejam da e para classes subalternas.

Ao ostentar um ponto de vista subalterno, contra-hegemônico, coopera para a revelação do mito da neutralidade no campo das ciências jurídicas e sociais, tão propalado e invocado pelo positivismo e tão utilizado para a manutenção do *status quo*.

Atendendo as proposições do trabalho é condizente um detalhamento, mesmo que quase esquemático das contribuições essenciais da “criminologia crítica”. No processo para a formulação dessa criminologia, Baratta estuda profundamente o *labeling approach* e a influência que sofre da psicologia social e sociolingüística de Mead, denominado, também de “interacionismo simbólico” e da sociologia fenomenológica de Alfred Schutz, também denominado de “etnometodologia”. De maneira primorosa, sintetiza:

Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma “construção social”, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e grupos diversos. (BARATTA, 2002, p. 87).

No entanto, formula críticas contundentes⁵⁸, ao analisar a recepção que a teoria do *labeling* teve na Alemanha (2002, p. 101-116) e, principalmente, quando aborda as denominadas teorias do conflito, uma “[...] perspectiva declaradamente macrossociológica, o elemento do conflito como princípio explicativo fundamental dos processos de criminalização, entendidos como processos de definição e de atribuição do *status* do criminoso.” (BARATTA, 2002, p. 119).

⁵⁸ Dentre outros momentos, exemplifica-se: “De resto, pode-se observar, as teorias do *labeling* baseadas sobre a distinção entre desvio primário e desvio secundário, não deixaram de considerar a estigmatização ocasionada pelo desvio primário também como uma *causa*, que tem seus efeitos específicos na identidade social e na autodefinição das pessoas objeto da reação social.” (BARATTA, 2002, p. 91, grifo do autor).

Com os postulados destas perspectivas teóricas, passa-se a pontuar que a criminalização passa a ser um processo socialmente construído, não um dado pré-concebido ou uma construção abstrata. De modo que o desvio é apontado pelo conjunto dos grupos sociais quando formulam suas regras de conduta e quando consideram que determinada pessoa praticou esse desvio.

Nesse sentido é possível visualizar, simploriamente, o momento da criminalização primária (a produção das legislações) e da criminalização secundária (aplicação das legislações através dos organismos estatais).

Com isso, evidencia-se o já mencionado aspecto seletivo do sistema penal ao desvendar esses processos de criminalizações. De modo que facilita a percepção, também, da pouca contundência nas previsões normativas e nas atuações das agências penais na previsão legal e apuração de crimes determinados que estejam inseridos nas realidades das classes detentoras dos poderes econômicos e políticos (lavagem de dinheiro, diversos tipos sobre as corrupções, etc.).

Partindo destas concepções teóricas iniciais (*labeling approach* e teorias do conflito), consegue-se constatar que as diversas contribuições empreendidas no viés da criminologia crítica possuem uma característica comum que as diferenciam das criminologias clássicas, “[...] a nova forma de definir o objeto e os termos mesmo da questão criminal” (BARATTA, 2002, p. 209).⁵⁹

Como reconhecido por Baratta, principalmente pela influência das contribuições do *labeling approach* (2002, p. 109-112) ocorre uma mudança de paradigma na ciência criminológica e desloca-se a preocupação sobre as causas da criminalidade para “os mecanismos institucionais e sociais através dos quais se realiza a definição de certos comportamentos qualificados como ‘criminosos’.” (BARATTA, 2002, p. 209).

Nesses fundamentos peculiares e contra-hegemônicos, com a percepção dos processos de criminalização e com uma crítica aguda da desigualdade do direito penal, parte para a delimitação da sua compreensão de “criminologia crítica”, indicando como objetivos:

⁵⁹ “De fato, as teorias criminológicas da reação social e as compreendidas no movimento da ‘criminologia crítica’ --- como se verá --- deslocaram o foco de análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal e os processos de criminalização que dele fazem parte e, mais em geral, para todo o sistema da reação social ao desvio.” (BARATTA, 2002, p. 49).

Construir uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos *comportamentos socialmente negativos* e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio: estas são as principais tarefas que incumbem aos representantes da criminologia crítica, que partem de um enfoque materialista e estão convencidos de que só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade, tardocapitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio, ou seja, uma “política criminal” das classes atualmente subordinadas. (BARATTA, 2002, p. 197, grifo do autor).

Essa ideia central é repetida em outras passagens (BARATTA, 2002, p. 158 e 159) reforçando a necessidade da elaboração das diretrizes da “política criminal alternativa”, que corresponderia aos anseios das classes subordinadas. A urgência e importância dessa outra política criminal são explicitadas de maneira clara e contundente:

Enquanto a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência na própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade, as classes subalternas ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra os *comportamentos socialmente negativos*, isto é, na superação das condições próprias do sistema sócio-econômico capitalista, às quais a própria sociologia liberal não raramente tem reportado os fenômenos da 'criminalidade'. Elas estão interessadas, ao mesmo tempo, em um decidido deslocamento da atual política criminal, em relação a importantes zonas de nocividade social ainda amplamente deixadas imunes do processo de criminalização e de efetiva penalização (pense-se na criminalidade econômica, na poluição ambiental, na criminalidade política dos detentores do poder, na máfia etc), mas socialmente mais danosas, em muitos casos, do que o desvio criminalizado e perseguido.”(BARATTA, 2002, p. 197-198).

Na elaboração deste intuito, realiza importante distinção entre a “política penal”, que seria a resposta do Estado à questão criminal através dos instrumentos punitivos (como por exemplo, a lei e medidas de segurança) e, a “política criminal”, generalizada com política de transformação social e institucional. (BARATTA, 2002, p. 201).

De modo que, no sentido proposto, essa “política de controle dos *comportamentos socialmente negativos* e das situações problemas” (2002, p. 252), sintetizada como “política criminal alternativa” é profundamente radical⁶⁰:

[...] porque procede de uma teoria que reconhece que a questão penal não está somente ligada a contradições que se exprimem sobre o plano das relações de distribuições, e não é, por isso, resolúvel, atuando apenas sobre estas relações para corrigi-las, mas liga-se, sobretudo, às contradições estruturais que derivam das relações sociais de produção. (BARATTA, 2002, p. 201).

Na promoção e edificação desta proposta faz a indicação de quatro proposições estratégicas (BARATTA, 2002, p. 200-205). A primeira seria, com a introdução da problemática do desvio e da criminalidade dentro da estrutura da sociedade capitalista atual, compreender de maneira distinta os comportamentos socialmente negativos das classes dominantes e das classes subalternas.

Dessa forma, possibilitaria visualizar, já como segundo viés estratégico, o direito penal como estruturalmente desigual, análise possível desde que considerado dois contornos. Inicialmente, assumir o uso alternativo do direito penal, com o direcionamento dos instrumentos jurídico-penais do Estado para confrontar os comportamentos sociais negativos das classes dominantes. Para tanto, pontua a necessidade de ampliação e reforço da tutela penal contra a criminalidade econômica e organizada e em áreas relevantes e essenciais para a vida humana em sociedade, como por exemplo, a saúde, as relações trabalhistas e o meio ambiente. Contudo, faz um providencial alerta:

Ainda na perspectiva de um tal “uso alternativo” do direito penal é preciso resguardar-se de supervalorizar a sua idoneidade e, ao contrário, da a justa

⁶⁰ No mesmo sentido é a proposta da Criminologia Radical: “A abordagem teórica do *autor* (sujeito livre na criminologia clássica, ou sujeito determinado no positivismo biológico), do *ambiente do autor* (limitações e condicionamentos familiares, econômicos, culturais etc., do positivismo sociológico) e das *percepções e atitudes do autor* (interações, reações e rotulações sociais, das fenomenologias do crime) é transposta pela Criminologia Radical para as *relações de classes* na estrutura econômica e nas superestruturas jurídicas e políticas de poder da formação social: o método dialético adotado estuda o crime e o controle social no contexto da base material e das superestruturas ideológica do capitalismo, indicando as *desigualdades econômicas* como determinantes primários do comportamento criminoso, a *posição de classe* como variável decisiva do processo de criminalização e a *necessidade de sobrevivência* animal em condições de privação material como a origem da vinculação do trabalhador no trabalho assalariado e do desempregado no crime.” (SANTOS, 2006, p. 126-127, grifo do autor).

importância, também neste campo, a meios alternativos de controle, não menos rigorosos, que podem se revelar, em muitos casos, mais eficazes. Além disso, é preciso evitar cair em uma política reformista e ao mesmo tempo “pan-penalista”, que consiste em uma simples extensão do direito penal, ou em ajustes secundários de seu alcance, uma política que poderia produzir também uma confirmação da ideologia da defesa social, e uma ulterior legitimação do sistema repressivo tradicional, tomado na sua totalidade. (BARATTA, 2002, p. 202).

Como segundo contorno, dando até maior relevo que o primeiro, sustenta a imperativa promoção de uma profunda despenalização. Porém, privilegiando, por certo, os tipos penais e os mecanismos jurídicos que recaem desmedidamente os sobre os comportamentos das classes subalternas.

Nesse processo seriam incorporadas, também, outras formas de solução das controversas, com processos sociais alternativos de aceitação e do controle dos desvios e, por conseguinte, substituindo as sanções penais por formatos não estigmatizantes.

A terceira proposição estratégica seria a inevitável “abolição da instituição carcerária”, dado seu nítido fracasso no intuito do controle e prevenção da criminalidade e, também, impedimento da reincidência e ressocialização do condenado.

Os fundamentos dessa proposição estariam respaldados num diagnóstico profundo do processo histórico de formação dos cárceres e crítico da situação e problemas atuais.

No entanto, o atingimento da total abolição seria de maneira gradual, processual, com a ampliação das medidas alternativas, das hipóteses de suspensão do processo e da pena, das possibilidades do livramento condicional, da melhora efetiva da execução penal, etc.

A última estratégia da política criminal alternativa seria a revelação e combate, já que atualmente ocultado, dos diversos mecanismos, ideológicos e psicológicos, de reprodução e legitimação desse direito penal desproporcional.

É notório, atualmente, o papel nocivo cumprido pelos meios de comunicação de massa, pelas escolas e pelas religiões ao emanarem a cultural hegemônica sobre o desvio e a criminalidade. Perpetuam a falsa noção do tratamento igualitário pelo direito e, em especial pelo sistema penal; e da necessidade de alteração legislativa,

com recrudescimento das penas, para a segurança da população, argumentando como consequência a minoração da ocorrência de crimes.

Essas proposições estratégicas estão nitidamente inseridas na perspectiva macrossociológica que envolveriam, também, as instâncias executivas e legislativas, derrubando o mito e responsabilização isolada dos sistemas judiciais.

Evidente, também, que as proposições da política criminal alternativa indicam a necessidade de uma profunda transformação político-social, pois

[...] é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregados, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal. (BARATTA, 2002, p. 190).

De modo que, como mencionado, a criminologia crítica é amplamente considerada como a “[...] a crítica final de todas as outras correntes criminológicas, fundamentalmente por recusar assumir este papel tecnocrático de gerenciador do sistema, pois considera o problema criminal insolúvel dentro dos marcos de uma sociedade capitalista.” (SHECAIRA, 2004, p. 332).

Dentro dos postulados da criminologia crítica e do direito penal mínimo, o papel do Estado, através do Direito Penal, não deve ser apenas negativo, garantista, com políticas limitadoras dos seus aspectos seletivista e autoritário, mas também, positivo, possibilitando a atuação, subsidiária, da tutela penal de direitos humanos. Análise possível diante da consideração que:

O conceito de direitos humanos assume, nesse caso, uma dupla função. Em primeiro lugar, uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal. Em segundo lugar, uma função positiva a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal. (BARATTA, 2004, p. 299).

Em outro momento, Baratta assume esse conceito de direitos humanos como histórico-social, mas de maneira reduzida, sem, contudo, aprofundá-lo. Sustenta, porém, a relevância da perspectiva humanista para que o Estado cumpra uma política penal mínima:

Um conceito histórico-social dos direitos humanos permite incluir também aqueles interesses coletivos, como a saúde pública, a ecologia, as condições laborais. Esses objetos abarcam também a tutela das instituições, porém, unicamente, nos casos de essas não serem consideradas como um fim em si mesmo, ou em função da auto-reprodução do sistema social, senão como reflexo das necessidades reais das pessoas. A perspectiva humanística que fundamenta a política da mínima intervenção penal imprime nessa uma direção oposta às das atuais tendências para uma expansão tecnocrática do sistema punitivo para a tutela da “ordem”, em relação ao qual a subjetividade e a diversidade dos indivíduos são considerados como potenciais fatores de perturbação, enquanto que as necessidades reais dos homens estão tautologicamente limitadas aos requerimentos de confiança na ordem institucional. (BARATTA, 2004, p. 299-300).

Embora a obra de Alessandro Baratta tenha condensado e difundido estas propostas, manifestações no mesmo sentido surgiram em diferentes países. Outros teóricos trabalharam a partir dessas perspectivas, desenvolvendo ora seus principais postulados, ora trilhando caminhos próprios.

Apenas a título exemplificativo convém anotar que paralelamente, nos Estados Unidos e na Inglaterra surge a denominada “nova criminologia” através das obras de Ian Taylor, Paul Watson e Jock Young, reverberando, principalmente, após 1973 com “A nova criminologia: para uma teoria social do desvio”, e 1975 com a “Criminologia crítica”.

No Brasil, nesse momento específico e agitado podemos mencionar as obras “Criminologia Dialética”, de 1972, e a “Carta aberta a um jovem criminólogo: teoria, práxis e táticas atuais” de 1979 de Roberto Lyra Filho e “Criminologia Radical”, de 1981, de Juarez Cirino dos Santos.

Apesar do reconhecimento da influência, não há uma incorporação mecânica e sem críticas das contribuições de Alessandro Baratta especialmente nas sociedades latino-americanas. Pelo contrário, diante de uma postura materialista, dialética, a própria visualização como periférico afasta insuspeitas subordinações.

Um claro exemplo desse diálogo múltiplo e contributivo, denotando a relevância das análises da criminologia crítica – pois material e dialética ---, pode ser encontrando na profícua obra de Lola Aniyar de Castro e sua proposta metodológica “para construir uma criminologia latino-americana, isto é, uma *forma de fazer criminologia* na América Latina, e não uma ‘teoria criminológica latino-americana’.” (CASTRO, 2005, p. 105).

Nesse processo, assume serem os intuitos dessa nova criminologia, “converter-se numa teoria crítica de *todo* o controle social, tanto o formal (constituído pelas instituições da sociedade política) como o informal (constituído pelas instituições da sociedade civil)” (CASTRO, 2005, p. 101, grifo do autor).

De maneira concreta, deu substrato à teoria crítica do controle social ao indicar --- como alternativa ao sistema de administração de Justiça da Venezuela ---, como “elementos para uma proposta não formulada”: a Justiça participativa, a abolição do sistema penal e o uso alternativo do direito. (CASTRO, 2005, p. 239-243).

Evidente que, na formulação da criminologia da libertação latino-americana, seguiu, com diferenças pontuais, as diretrizes de Alessandro Baratta (em especial os quatro aspectos estratégicos da política criminal alternativa como visto acima), o que reforça sua irradiação e pertinência para o estudo dos sistemas penais.

Em outro sentido, através do cuidadoso, profundo e crítico estudo de Rosa Del Olmo, constata-se que na América Latina, ao longo do seu desenvolvimento teórico ocorreu uma absorção acrítica da criminologia tradicional, liberal e positiva. Seus postulados foram interpretados como “normas universais” gerando profundas e desastrosas influências nos campos: teórico-político, ideológico e na realidade social.

Esta situação perdurou até nossos dias, o que explica em parte que a criminologia não tenha sofrido na América Latina as mesmas mudanças que nos países desenvolvidos, e que predomine uma forte resistência em relação às novas concepções do problema do delito, afastadas do estudo etiológico do indivíduo delinquente. Na América Latina – salvo poucas exceções – a criminologia continua sendo considerada na atualidade uma “criminologia causal explicativa que estuda o delito através da personalidade do delinquente. (DEL OLMO, 2004, p. 194).

Esse diagnóstico, de significativa importância para reafirmar a validade deste estudo, denota a necessidade de análises e propostas contra-hegemônicas, problematizadoras e contextualizadas, contribuindo, processualmente para a minoração da subserviência teórica e política em que a América Latina sempre transitou.

Com suas reflexões, Rosa Del Olmo chega a indicar, no sentido da criminologia da libertação e da criminologia crítica, como desenvolvido ao longo

deste tópico, a necessidade de transformação contextualizada dos paradigmas político e científicos da ciência penal:

A única alternativa seria negar e substituir o paradigma vigente, enfrentando as estruturas políticas e científicas comprometidas com esse paradigma e abandonando as intenções de “adotar” os diversos conceitos e técnicas que os especialistas dos países hegemônicos impõem no seio dos congressos internacionais. (DEL OLMO, 2004, p. 297).

Com base nestas indicações, serão abordados no próximo capítulo desde fundamentos teóricos e posturas jurídicas e políticas contra-hegemônicas como os processos de criminalização. Pontuando-se, através da preocupação constante com direitos humanos, as funções negativas (limitadora da intervenção penal) e as positivas (definidora do objeto da intervenção) dos instrumentos penais.

Portanto, dentro destes pressupostos, com reflexões críticas e contextualizadas, e principalmente desde os enunciados da criminologia crítica, aventa-se para a possibilidade tática de, na América Latina, mesmo com sistemas penais falidos e Estados Nacionais débeis, promover-se, em última instância e em determinadas circunstâncias, a tutela penal de direitos humanos.

CAPÍTULO 2 TUTELA PENAL DE DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS POSSIBILIDADES TÁTICAS

*“A lição meu irmão esta aí
Nos ataques a bomba
No genocídio em Ruanda
Na pobreza no Haiti
É triste mais eu vi
O clamor materno
Rogando logo o céu o inferno
Ao seu filho subnutrido
[...]
Assassinos sociais é
Os poderosos são demais”
Assassinos sociais - GOG*

*“A vida não é uma fábrica de sentimentos; não se vive como se romanceia” -
Ressurreição - Machado de Assis*

Diante do panorama catastrófico dos sistemas penais, com os aportes críticos indicados, necessária uma análise realista e direcionada, a partir do atual contexto sócio-histórico para o enfrentamento dos problemas inerentes à defesa e ampliação de direitos humanos.

Como apontado, existem formulações teóricas que procuram inviabilizar, afastar ou mesmo declarar a impossibilidade de qualquer tipo de proteção de direitos humanos através de qualquer aparelho penal. Argumentam até pela total incompatibilidade entre eles. Tais posturas, no entanto, ainda hoje, baseiam-se em paradigmas, estudos e propostas formuladas para outras realidades e vivências. Mesmo com um viés crítico, mantêm a importação e incorporação de modelos,

teorias e propostas que não guardam qualquer relação com as estruturas e instituições dos países periféricos.

No mesmo sentido, acusam que a possibilidade do “uso alternativo” do direito penal (BARATTA, 2002, p. 202) (CASTRO, 2005, p. 119, 132, 241)¹ na defesa de direitos humanos teria potencial amplificador das políticas criminais autoritárias e criminalizantes, de cunho conservador, pois conferia-lhes permanente legitimidade. Um equívoco enorme, pois estas políticas criminais conservadoras são potencializadas pelo próprio desenvolvimento do capitalismo e suas políticas excludentes, tornado hegemônico no final do Século passado, com a edificação dos “Estados Penais” e não por qualquer tentativa prática-política ou discursiva de se manejar, democraticamente, os instrumentos jurídico-penais. Há, portanto, uma inversão da visualização jurídico-política da questão com o encobrimento de realidades fáticas e supervalorização de teorias e discursos.

Evidente que todo debate comprometido, crítico e reflexivo, principalmente no âmbito acadêmico, deve ser estimulado e expandido. Nesse sentido, o presente trabalho referencia-se na teoria crítica de direitos humanos para permitir um reposicionamento e contextualização das possibilidades da abordagem da tutela penal de direitos humanos.

Alerta-se que não é intuito do trabalho realizar qualquer apologia criminalizante, de viés punitivista, que forneceria substrato para a alcunha de “esquerda punitiva”, dado seu viés crítico-dialético. Não se almeja o incremento jurídico-penal do Estado, através das inúmeras possibilidades de atuação, principalmente pelas características nefastas apontadas no capítulo anterior.

No entanto, sustenta-se que é imprescindível, em casos restritos e de maneira subsidiária, a utilização do Direito Penal para respaldar e tutelar determinados direitos, diante de uma realidade concreta e contextualizada. Ou, com base apenas em um discurso progressista --- que em muitos casos demonstra-se

¹ No mesmo sentido apresentado, porém de maneira ampliada para a ciência jurídica, o uso alternativo do direito pode ser compreendido conforme: “Assim, a estratégia adotada por esses diferentes “usos do direito” significa, inclusive do ponto de vista epistemológico, a busca de um pluralismo jurídico mais democrático, porquanto procura explorar as fissuras, contradições e ambigüidades do ordenamento jurídico positivo, bem como as chamadas “regras programática” e os princípios gerais de direito, internalizando na estrutura jurídica estatal os interesses das classes populares, historicamente excluídas do processo decisório, sempre na tentativa de conferir uma função efetivamente social e um papel transformador ao direito.” (MACHADO, 2009, p. 28).

irrealista --- o genocídio, a tortura ou as diversas formas de corrupção não deveriam ser tratadas, em última instância, penalmente?

Márcia Domitila Lima de Carvalho em obra basilar, tempos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 já enquadrava os limites do Direito Penal e rebatia críticas nesse sentido, alertando:

Essa explanação tem a finalidade de afastar qualquer preconceito referente à idéia de que a utilização do Direito Penal na implementação dos valores constitucionais, entre eles o valor justiça – que a Constituição atenta ao momento histórico condicionou à realização da erradicação das desigualdades sociais para o assecuramento a todos de uma existência digna (artigos 3º, III, 170 e 193) -, serviria apenas aos fins de um Direito Penal totalitário. (CARVALHO, 1992, p. 31).

O que está em discussão é como utilizar o Estado e seu instrumental jurídico-penal em uma sociedade periférica, imersos em políticas econômicas liberais, com Estados debilitados e valores individualizantes hegemônicos que são proclamados pelos meios difusores de pensamentos, principalmente os organismos de comunicação de massa. Por isso imprescindível o alerta:

[...] o dispositivo estatal não deve ser entendido exclusivamente como esperando que se dêem as condições para promover o desenvolvimento (se é que seja desejável e possível) e com ele avançar em direitos econômicos e sociais, mas a iniciativa estatal poderia desempenhar diferentes papéis, articulando-se inclusive com iniciativas sociais e privadas na criação de condições para este desenvolvimento, seja pela remoção de obstáculos ou pelo empoderamento das pessoas através da educação de qualidade, saúde, bolsas de estudo populares, e etc., e também ajudando a criar um *ethos* favorável aos direitos econômicos e sociais. Uma percepção econômico/social e cultural passiva do Estado equivale deixar o destino e o caráter do desenvolvimento para a lógica do capital; ou seja, é tornar impossível a elevação universal da qualidade e da existência e adiar indefinidamente os "progressivos" direitos econômicos e sociais. (GALLARDO, 2010, p. 237, grifo do autor, tradução nossa).²

² “[...] el dispositivo estatal no debe ser comprendido exclusivamente como esperando que se den las condiciones para promover el desarrollo (si es que éste es deseable y posible) y con él avanzar en derechos económicos y sociales, sino que la iniciativa estatal puede jugar diversos papeles, articulándose incluso con empresas sociales y privadas, en la creación de condiciones para ese desarrollo, ya sea removiendo obstáculos ya sea empoderando a la población mediante educación de calidad, salud, becas populares, etc. Y también contribuyendo a crear un *ethos* favorable a derechos económicos y sociales. Una percepción económico/social y cultural pasiva del Estado equivale a dejar la suerte y carácter del desarrollo a la lógica del capital; es decir a toar imposible la elevación universal de la calidad de la existencia y a postergar indefinidamente los ‘progresivos’ derechos económicos y sociales.”

Há, portanto, uma premente necessidade da existência de uma postura ativa do Estado, através de seus instrumentos comprometidos com a ordem democrática, com os direitos humanos e com interesses e possibilidades que empoderem os sujeitos, suas vivências, realidades, historicamente alijados de qualquer reconhecimento e proteção.

Até porque, caso seja negada qualquer possibilidade de instrumentalização do Direito Penal, para em última instância, como possibilidade derradeira, promover a defesa (até mesmo em um caráter alegórico) de direitos humanos, estar-se-á decretando, também, a falência de diferentes probabilidades de operacionalização do Estado atual e, por consequência, dos aspectos libertários (mesmo que restritos) do direito legal estatal. Esta perspectiva determinista de análise dos fenômenos sociais aproxima-se das leituras estanques dos elementos sócio-jurídicos, descartando-se qualquer utilização não seletiva e opressora do sistema penal.

De maneira sucinta e direta, Antonio Carlos Wolkmer (2003, p. 177), diante de uma profundidade crítica e contextualização histórica, alertando ainda para a inviabilidade de vinculação estrita e exclusiva às normas jurídico-estatais, fornece uma importante visualização sobre outro papel do Direito Penal:

Certamente que o monopólio jurídico do Estado Moderno mantém determinados mitos dogmáticos que desempenham importantes funções ideológicas, tais como a supremacia e sabedoria da lei, a harmonização das relações sociais, a neutralidade e objetividade da ciência jurídica e a completude do ordenamento jurídico. Ora, a dogmática do tipo penal, ainda que venha a ser concebida como instrumento ideológico de “legitimação” do controle social, poderá ser vista também como um sistema “aberto” em defesa da sociedade civil, capaz de incorporar os dados engendrados pela cotidianidade, e atuar, dialeticamente, sobre a mesma realidade.

Evidente que o direito monopolizado pelo Estado e fruto desses mitos construídos tem uma dimensão ideológica e, dada as dificuldades e processos cotidianos, apresenta um aspecto opressor. Porém, esse mesmo Estado e o Direito Penal podem ser utilizados para defender a sociedade civil, não apenas para violentá-la. Sustentado os aspectos críticos e também o conteúdo ideológico do direito:

É interessante observar, a respeito do conteúdo ideológico do direito, que a produção normativa monopolizada pelo Estado, que passa a regulamentar também o monopólio e o exercício de violência (Weber), realiza-se como mecanismo de controle político tendente a assegurar as condições sociais de produção. Para garantir essa produção, e a correspondente acumulação, o Estado, por meio da lei, prevê, controla, desarma e reprime quaisquer possibilidades de resistência e insubmissão das classes trabalhadoras expropriadas do capital. (MACHADO, 2009, p. 19).

Como analisado, os sistemas penais cumpriram um papel importante de controle social para que o atual momento de organização econômico-social fosse atingido. Ainda cumprem, predominantemente, o papel de controle social seletivo e autoritário, no entanto, essa constatação histórica não pode ser encarada com um dado imutável, pois:

Não obstante o fato de que o direito não deve ser tomado como instrumento mecânico da opressão de uma classe pela outra, o reconhecimento dele como instância ideológica que pode, predominantemente, projetar os interesses de uma classe superior em detrimento das inferiores, numa sociedade em que predomina o modo de produção capitalista, é constatação corriqueira tanto no âmbito da sociologia quanto no da ciência política. (MACHADO, 2009, p. 17).

O reconhecimento do aspecto ideológico do direito, sua vinculação com os modos de produção econômica e social, permite aprofundar as análises críticas e a identificar, de maneira concreta e real, seus fundamentos e finalidades. Evita-se, assim, qualquer caracterização absoluta e pré-formatada, típicas de perspectivas que, ainda, são amplamente difundidas entre, principalmente, os espaços tradicionais de visualização, estudo e manejo do fenômeno jurídico.

Numa perspectiva crítico-dialética é impossível visualizar e encarar o Direito Penal e seus mecanismos, apenas, como instrumentos autoritários de manutenção da ordem, de controle classista e seletivo. Dentro de uma sociedade marginal, com instituições com papéis antagônicos, espaços plurais de emanção de vivências e realidades, lutas sociais cotidianas para a incorporação jurídica e reconhecimento legal de anseios populares, reconhece-se diversas possibilidades de utilização desse instrumento jurídico-estatal, assumindo:

Enfim, o direito que dorme nos Códigos e na letra fria da lei não é nada sem a luta, de modo que o direito será exatamente aquilo que fizermos com que ele seja: justo ou injusto, bom ou mau, certo ou errado, instrumento de liberdade ou de opressão, instrumento de repressão ou de libertação humana. O direito é como a vida, tem de ser construído diariamente, com luta, com suor, com dor, com incertezas, com angústias, mas também com justiça, com liberdade, com esperança, e, sobretudo, com a dignidade que é capaz de emancipar o homem. [...] E nesse contexto, poderão utilizar o direito como simples mecanismo de controle ou como instrumento de libertação; como mecanismo de manutenção da ordem injusta ou como instrumento de transformação dessa ordem; como arma que liberta e promove o homem ou como a arma que oprime e mata. (MACHADO, 2012, online).

Os instrumentos jurídico-penais não possuem dados e características estanques e pré-determinados. Apesar dos aspectos denunciados anteriormente, são criados, manejados e modificados por seres humanos, sujeitos concretos com anseios e visões de mundo. O Direito Penal será aquilo com que os seres humanos fizerem com que ele seja, num embate constante e dialético de concepções de mundo e maneiras de utilizá-lo.

De todo modo, aponta-se um possível paradoxo³ entre as características históricas e atuais dos sistemas penais tais como analisados, retratados e denunciados no capítulo anterior e uma possibilidade de tutela penal de direitos humanos. Mas a realidade humana e suas construções são complexas, contraditórias, compostas de retrocessos e avanços. No entanto, as concepções sobre o direito adotadas no presente trabalho “[...] têm visualizado a possibilidade de conceber o direito não apenas como instrumento da ordem e da segurança, mas também como mecanismo de mudança social.” (MACHADO, 2009, p. 28).

Ora, é uma conquista social importante a positivação de direitos humanos, seu reconhecimento pelo Estado e consequente manejo para suas proteções e efetivações. De fato, há um movimento social-popular para que direitos humanos sejam reconhecidos legalmente, sejam institucionalizados e que o Estado, de alguma forma, consiga garanti-los e protegê-los. Como seria possível, em outro espaço jurídico-estatal (o penal) negá-los? Rejeitar-se-ia essa possibilidade pelas

³ A percepção, de maneira geral, do sentido paradoxal do direito é magistralmente apontada e amplamente embasada por Jeferson Fernando Celos (2007, p. 61): “O direito pode desempenhar um papel paradoxal: ele pode ser um instrumento histórico de conservação do *status quo*, mas também pode ser atuado enquanto instrumento de transformação social (CÁRCOVA, 1996; p.46; MACHADO NETO 1987, p. 167; MONREAL, 1988, p. 12; MACHADO, 2005, p. 15; CLÈVE 2001, p. 19; WARAT, 1988, p. 38; SANTOS, 1997, p. 162; LUDWIG, 2001, p. 17).”

características históricas atroz dos sistemas penais que ainda permanecem? Mas os sistemas penais, o Direito Penal, o Estado não são construções humanas e instrumentalizados por indivíduos concretos e grupos sociais definidos?

Antonio Alberto Machado e Marcelo Pedroso Goulart (1992, p. 35) em obra precursora sobre a atuação do Ministério Público após a Constituição de 1988, fizeram constatações e alertas interessantes indicando posturas e atuações desse órgão na defesa do interesses difusos e coletivos e, até, da defesa comunitária através da ação penal. Revelações que podem nortear a atividades outros organismos jurídico-estatais:

Utilizar o novo instrumental jurídico que está à sua disposição para, na defesa do interesses coletivos e difusos, abrir espaços de participação no Judiciário, órgão do aparelho repressivo do Estado, reproduzindo a ideologia da classe dominante, transformando-o 'num *locus* político privilegiado como arena de luta, confronto e negociação de interesses', contribuindo, dessa forma, para a gradativa absorção do Judiciário pela sociedade civil e alargando o acesso à Justiça. Exercer o monopólio social da ação penal pública na perspectiva da defesa comunitária, libertando dos ranços inquisitivos que reduzem, indevidamente, os escopos da jurisdição criminal ao nível da perseguição atomizada de infratores-réus.

A partir das posturas, visões de mundo, anseios e perspectivas dos diversos atores (individuais e políticos) que constroem cotidianamente, dialeticamente, em embates e consenso, o Direito Penal pode ser um mecanismo, também de libertação e, quiçá, de mudança social.

Essa concepção crítico-dialética, referencial do trabalho junto com uma teoria crítica de direitos humanos desenvolvida no próximo capítulo, permite visualizar o Direito como “[...] um fenômeno dinâmico e complexo, pluridimensional, interdisciplinar, que está dentro do processo histórico. Fenômeno como algo que surge, manifesta-se, existe, que é factível e real.” (CELOS, 2007, p. 49).

O Direito Penal, como um dos aspectos do fenômeno “Direito”, está dentro desse processo histórico com probabilidades de utilização contra-hegemônica, pois está, também, em constante “[...] estado de construção, nas salas de aula, nas ruas, nos debates, nas ações e não que ele já esteja pronto nas leis, bastando aplicá-lo, como ocorre no imaginário da maior parte das pessoas.” (CELOS, 2007, p. 49-50).

No entanto, necessárias ressalvas contra determinismos, pois alguns entendimentos e expressões do jurídico-penal podem recair no positivismo estreito, ortodoxo, e, até anarquista, que foi tão profundamente criticado por Lyra Filho (1979, p.22):

Crime é "criação" de direito, que é criação da lei, que é criação do Estado burguês. Eis como pensam estes, cujas posições, tal qual te quis mostrar, estão abaladas. O "positivismo marxista" reduz o jurídico ao jurídico-positivo, o jurídico-positivo à superestrutura garantida pela classe dominante, e acaba chegando, pela via ortodoxa, à conclusão anarquista; acaba o Estado, acaba o direito e não há mais crime. Ai, os conceitos de direito e de crime são fulminados, mecanicisticamente, mas *nunca* dialetizados.

A questão criminal, não deve ser analisada, como vem sendo, em ortodoxa vinculação com leis e com o Estado. Há aberturas para que sejam tencionadas essas relações. O conceito de direito e de crime devem ser rediscutidos, aprofundados e contextualizados evitando-se essas leituras positivistas e pré-concepções que desconsiderariam qualquer abertura.

A particularidade desta visão crítica do direito permite identificar a questão criminal como um processo criminalizador, em que tipos penais são criados através de leis e, a partir daí, os organismos penais concentram todos seus esforços e direcionam suas atuações para que determinados indivíduos sejam responsabilizados penalmente.

Denuncia-se, assim, as caracterizações seletivas e autoritárias na maneira como que o fenômeno criminológico vem sendo desenvolvido, pois, nesse processo:

[...] a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. (BARATTA, 2002, p. 161).

Essa dupla seletividade, que será analisada ao longo deste capítulo, é obra de sujeitos, indivíduos que escolhem determinados valores, bens relevantes e

merecedores de tutela penal e não uma realidade constatada, identificada estaticamente. Partem justamente de concepções sobre o direito e sobre o direito penal oposta das que foram acima expostas, por isso, talvez, conseguem dar fundamento e finalidade para suas atividades prático-teóricas.

Como será desenvolvido, não são todos os direitos, bens e valores que devem ser tutelados pelo Estado através do Direito Penal. Aliás, o esforço prático-filosófico é enorme para revelar o sentido e conteúdo de direitos humanos que merecem, concretamente, proteção, denunciando as desproporções e equívocos das escolhas legislativas e das práticas criminalizantes. Nesse sentido, importante o diagnóstico e o alerta que:

Sabidamente, dispomos de uma obsoleta dogmática jurídica, porquanto viciada na resolução de velhas questões ligadas a uma criminalidade analógica, marcada por conflitos interindividuais, que está sucumbindo à nova criminalidade digitalizada a qual, ofensiva a bens jurídicos coletivos e sociais, não pede passagem no tempo e no espaço. (FELDENS, 2002, p. 252).

Percebe-se, assim, que a tarefa é intrinsecamente tortuosa e revolta. Corre-se o risco a todo o momento, ou de uma absorção silenciosa de aportes teóricos importados e, portanto, desconectados com a realidade da sociedade latino-americana marginal, ou de fornecer substratos para discursos e práticas autoritárias e criminalizantes, mesmo com conteúdo crítico e progressista.

De qualquer forma, há elementos e argumentos, como os tangenciados acima, para a ampliação das visões sobre a tutela, mesmo que penal e em última instância, de direitos humanos com o intuito de reconhecê-los, abarcá-los e, até, expandi-los.

Nesse itinerário, deve-se, constantemente, partir de análises profundas e críticas do sistema penal e, em decorrência, da denúncia das incongruências destes instrumentos e das mazelas dos cárceres, lutar para a edificação de um sistema justo e democrático⁴. Como parte-se de fundamentos críticos-dialéticos, assumem-se os riscos e o aparente paradoxo, pois o Direito Penal e os sistemas penais são, também, construções humanas.

⁴ “Nesse sentido, a luta por um sistema penal mais justo e por um sistema de defesa dos direitos humanos melhor que o atual sistema de justiça criminal é um dos âmbitos da luta pela democracia e pela justiça social.” (BARATTA, 1993, p. 60).

2.1 A constitucionalização do Direito Penal e a criminalização primária

2.1.1 A constitucionalização do Direito Penal e os bens jurídicos

A sociedade humana desenvolveu-se social e politicamente em constante relação e vinculação com as formas de organização dos poderes constituídos. Qualquer tipo de mudança substancial em alguns dos pólos dessa conexão, inexoravelmente produzia mudanças no outro.

Neste sentido, as principais mudanças sociais, que produziram reflexões na forma de organização política ocidental e, por conseguinte, delinearam outro modelo de Estado, foram as Revoluções inglesa (1688), norte-americana (1776) e a francesa (1789) (BARROSO, 2009, p. 75).

Especificamente ao objeto deste estudo, com a configuração do Estado de Direito e a limitação do poder do Soberano, vários foram os benefícios incorporados concretamente nas vidas dos cidadãos, até mesmo dos mais subalternos. Limites foram impostos, determinados direitos proclamados e reconhecidos, certos procedimentos publicizados e fiscalizados. Obviamente que este avanço não ocorreu de forma constante, equânime e sem recuos; inúmeros foram os retrocessos, dificuldades e supressões de conquistas.

Com o desenvolvimento das relações e vivências humanas, projetaram-se os objetivos e anseios populares em determinadas regras, formulando-se as Constituições e os Estados Constitucionais. Da maneira sintética e didática:

O Estado de direito se consolida na Europa ao longo do século XIX, com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de Poderes e proteção dos direitos individuais. Na fase imediatamente anterior prevalecia a configuração pré-moderna do Estado, fundada em premissas teóricas e em fatores reais diversas. E, na seqüência histórica do Estado de Direito tradicional, já na segunda metade do século XX, desenhou-se uma nova formatação estatal, sob o signo das Constituições normativas. É possível identificar, assim, ao longo dos últimos quinhentos anos, três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito. (BARROSO, 2009, p. 243).

As concepções sobre “Constituição” são diversas e permeadas de discussões acadêmicas e implicações práticas, por isso, neste trabalho não serão abordadas e nem desenvolvidas. De qualquer forma, anota-se que a compreensão dos Estados Constitucionais abarca realidades acuradas e repletas de conjunturas peculiares que possibilitam esta denominada identificação.

Atualmente considera-se que, para a formatação destes Estados --- além da limitação do poder e garantia de direitos como visto anteriormente --- são necessárias determinadas situações e a ocorrência de casos específicos que se corporificam em: separação de poderes, supremacia da Constituição, garantia da supremacia da Constituição pelo Poder Judiciário, etc.

Necessária, contudo, uma ponderação crítica e contextualizada sobre as origens e formações dos Estados Nacionais para evitarem-se supervalorizações e equívocos constantes, como verificados em estudos tradicionais que se preocupam com os aspectos que envolvem a relação entre o Direito Penal e os Estados.

Considerações relevantes em função do referencial teórico-metodológico utilizado. Especificamente, na América Latina, historicamente constata-se que:

Nesta área, os Estados *não se configuraram* como *Estados de direito* (império da lei, divisão de poderes, produção de uma identidade nacional, para citar três fatores) e são mais aparatos *patrimoniais ou rentáveis e clientelistas*. [...] A fragilidade do Estado na América Latina, que se evidencia ao visualizar sua legislação, as ações de seus corpos burocráticos e tecnocráticos, sua capacidade para gerar auto-estima nacional, o comportamento de suas elites políticas dirigentes e suas organizações, seus aparelhos clericais ou seus principais meios de comunicação de massa, tem uma relação com a inexistência ou com a desagregação das suas sociedades civis. (GALLARDO, 2010, p. 63-64, grifo do autor, tradução nossa).⁵

Relevante, assim, a constatação, através de uma leitura crítica contundente, que os Estados latino-americanos, de fato, foram constantemente apropriados para interesses espúrios de oligarquias determinadas. Nossas sociedades civis,

⁵ “En esta área los Estados no se han configurado como Estados de derecho (imperio de la ley, división de poderes, producción de una identidad nacional, por citar tres factores) y son más bien maquinarias patrimoniales o rentistas y clientelares. [...] La fragilidad del Estado en América Latina, que se evidencia al mirar su legislación, el accionar de sus cuerpos burocráticos y tecnocráticos, su capacidad para generar autoestima nacional, el comportamiento de sus minorías políticas dirigentes y sus organizaciones, sus aparatos clericales o sus principales medios de comunicación masiva, tiene un correlato en la inexistencia o la tendencia a la desagregación de sus sociedades civiles.”

desestruturadas, objetos das elites dirigentes detentoras dos poderes políticos e econômicos corroboravam para a irrealização dos objetivos e fundamentos incutidos nos movimentos de formação dos Estados Nacionais.

Na realidade todo o aparato que emana ideologicamente, direitos, valores, anseios e desejos, e que moldam, desse modo, as sociedades civis, foram constantemente direcionados para impedir qualquer estruturação substancial das visões de mundo subalternas.

Difícil, assim, qualquer incorporação natural dos ideais e conquistas das revoluções européias e das estruturações, nessas paragens, de Estados e instituições. Da mesma maneira, como já sustentado neste trabalho a respeito do Direito Penal e de direitos humanos.

No Brasil, entretanto, é possível reconhecer importantes mudanças nesse cenário perturbador, tanto em relação à estruturação do Estado quanto da organização da sociedade civil.

Inegável o alcance progressista da Constituição Federal de 1988 em diversos cenários e escopos. Uma singela demonstração do peculiar conteúdo social são suas permanentes mudanças, através de seis emendas constitucionais de revisão e suas sessenta e oito emendas constitucionais em pouco mais de vinte anos de existência⁶, e os constantes debates no Congresso sobre as propostas de realização de “mini-reformas” ou a convocação de nova constituinte. Os parlamentares alteram a Constituição constantemente e querem sua substituição para, obviamente, atender, ainda mais, seus interesses sociais, políticos e econômicos que não refletem, em grande parte, os anseios da população.

Apesar de todas as dificuldades e imperfeições, a luta constante e cotidiana contra o coronelismo, contra a corrupção e a opressão das classes subalternas, o Estado brasileiro e suas instituições jurídico-estatais ganharam, após a batalha pela promulgação da Constituição, instrumentos, mecanismos e possibilidades de tencionar a atual configuração política e social.

⁶ Uma demonstração concreta é a emenda constitucional n. 40, de 29 de Maio de 2003, portanto, durante o primeiro ano do governo de Luis Inácio Lula da Silva, que modificou todo o capítulo que tratava do Sistema Financeiro Nacional, relegando às normas infraconstitucionais toda a previsão e estipulação de sua organização, permitindo, assim, uma maior facilidade na mudança legislativa e o atendimento dos interesses das grandes corporações privadas nacionais e multinacionais.

O Estado estruturado após o fim da ditadura militar é identificado através da ideia do constitucionalismo moderno, sendo decisivo para a minoração da violência perpetrada pelos governos ditatoriais e oligárquicos, minorando, em dada medida, as mazelas e desmandos constantes.

Ocorre que os entendimentos e formulações acerca do Estado, como criticamente apontado, não se encerraram nas atuais e clássicas proposições teóricas e políticas desse constitucionalismo. Com o acirramento das relações humanas foi necessário o desenvolvimento de novas políticas e práticas que podem ser condensadas na ideia e nas posturas do denominado Estado Social e Democrático de Direito.

Essa nova configuração a respeito do Estado só encontra respaldo fático com a ampliação permanente da cidadania e com o apoderamento por diversos setores sociais, através de uma permanente construção de uma democracia substancial, dos espaços, órgãos e instituições com efetivos poderes de gestão e, consequentemente, de transformações concretas das formas e conteúdos jurídico-políticos.

Nesse sentido, mais uma vez decisiva e imprescindível uma visualização lúcida e sócio-histórica, que indica alguns conteúdos para essa nova estruturação, quando afirma:

[...] o Estado não está acima da sociedade que administra e que a ela confere características, mas *forma parte dela*. É uma produção humana, tal como a família, a propriedade ou a fala. Entretanto, produção humana nas sociedades conflitantes e com princípios de dominação não é 'neutra' ou 'universal' e nem são suas leis. Para que 'avance' até esta desejada universalidade (não discutiremos aqui sua possibilidade) o Estado deveria estar *irmanado* (controlado) pela cidadania e pelos diversos setores sociais, em especial por aqueles os quais 'a' sociedade (e sua racionalidade) produz como mais *vulneráveis*. Se o Estado, ao invés de apoderar a produção desta vinculação ou controle cidadão e social, se ergue como um poder acima da sociedade que constitui, aí não é nem universal (geral) nem suas normas são legitimamente vinculantes para todos os cidadãos. (GALLARDO, 2010, p. 61, grifo do autor, tradução nossa).⁷

⁷ “[...] el Estado no está por encima de la sociedad que administra y a la que confiere identificaciones, sino que forma parte de ella. Es una producción humana, tal como la familia, la propiedad o el habla. En tanto producción humana en sociedades conflictivas y con principios de dominación no es ‘neutral’ o ‘universal’ ni tampoco lo son sus leyes. Para que ‘avance’ hacia esta universalidad deseada (no discutiremos aquí su factibilidad) el Estado debería estar tensionado (controlado) por la ciudadanía y por los diversos sectores sociales, en especial por aquellos a los que ‘la’ sociedad (y su racionalidad) produce como más vulnerables. Si el Estado, en lugar de apoderar la producción de esta tensión o control ciudadano y social, se erige como un poder por encima de la sociedad que lo constituye, entonces ni es universal (general) ni sus normas son legítimamente vinculantes de la misma manera para todos los ciudadanos.”

A constatação e promoção desta nova roupagem foram esboçadas durante o Século XX em diversos países e constituições. Na América Latina, considera-se a Constituição brasileira de 1988 e a colombiana de 1991, como integrantes do primeiro ciclo social insurgente e descentralizador das Constituições e dos Estados (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 403).

Os segundo (O constitucionalismo participativo popular e pluralista da Constituição Venezuelana de 1999) e terceiro ciclo (A Constituição do Equador de 2008 e a da Bolívia de 2009), dão substrato para sustentar que, atualmente, emerge nas margens latinas um “Constitucionalismo Pluralista Intercultural” (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 403).

De fato, atualmente, parece estar ocorrendo um movimento no sentido de abertura política e constitucional --- tanto nos processos constituintes quanto nos encaminhamentos e discussões posteriores --- para aqueles que a sociedade “produz como mais vulneráveis”. Possível assim identificar esta nova ressignificação para o Estado, através da constatação que:

A construção política do Estado e de seus aparatos jurídicos, antes um privilégio de setor social abastado e imposto ao povo, no atual momento inverte o percurso e brota do seio popular; a constituição deixa de nascer no âmbito exclusivista das minorias hegemônicas para atender ao chamado de outra forma de poder, multifacetado, diversificado, plural. (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 385).

Dentro desse processo de redimensionamento da participação e soberania popular, além do importante realce normativo e o reconhecimento da supremacia da Constituição, sustenta-se, também, o seu caráter jurídico-político central na organização social e institucional, deixando aos poucos a percepção de mera carta de intenções, de conteúdos programáticos.

A assunção desses posicionamentos políticos e filosóficos produziu reflexões infundáveis em diversos ramos jurídico-sociais. Para o desenvolvimento e solidificação deste Estado contemporâneo, foram necessárias transformações substâncias dentro da Ciência do Direito, gerando algumas novas formulações teóricas, como: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (incidindo-os na relação entre particulares); filtragem constitucional (as diversas técnicas de

hermenêutica constitucional --- por exemplo, a ponderação entre princípios --- a compreensão dos princípios como norma, etc.); rematerialização da constituição (ampliação do conteúdo da constituição e, portanto, o reconhecimento de novos direitos fundamentais, alguns até fora da própria Constituição⁸); centralidade dos direitos fundamentais; fortalecimento do Poder Judiciário (conhecido também como judicialização de questões sob a ótica Constitucional), etc.

Contudo, apesar de importantes construções doutrinárias, não se deve superdimensioná-las e suplantar os aspectos sociais e a possibilidade de apoderamento por parte das classes subalternas do conteúdo dessas constituições.

Os conselhos populares, os mecanismos da democracia semidireta, a participação popular nos processos legislativos, dentre outros, são importantes instrumentos que foram conquistados e normatizados na Constituição brasileira, através de muita luta, e indicam, também, seu conteúdo social e cidadão.

Dentre esses sentidos, é possível reconhecer o fenômeno peculiar denominado de “constitucionalização do direito” (BARROSO, 2009, p. 86) embora antigo e ampliado em outros países, só iniciou-se no Brasil com o fim da ditadura militar e a promulgação da Constituição de 1988. Com isso, possibilitaram-se importantes reflexões sobre as necessidades de transformação na atividade jurídica brasileira.

A maioria da doutrina apreende-se a estas nuances progressistas da constitucionalização e, ao invés de ampliar suas perspectivas de análises e possibilidades práticas, restringe-se e entra numa espiral egocêntrica construindo infundáveis categorias estéreis e técnicas discursivas que aprisionam o potencial transformador de direitos humanos. De maneira compreensível, dado seus fundamentos teóricos, porém, insuficientemente, essas teorias tradicionais acabam superdimensionando a constitucionalização de direitos e renegam a emanção, existência, e difusão de direitos para além dos restritos limites do Estado.

Especificamente em relação ao Direito Penal, podemos verificar que, junto com formulação e manutenção dos limites constitucionais ao direito de punir do

⁸ Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Estado (substancial contribuição do garantismo⁹) surgiram novas fontes e novas possibilidades para sua fundamentação que serão desenvolvidas em seguida.

A análise inicial e crítica do Estado e da constitucionalização do Direito vinculam-se à própria finalidade e identidade do Direito Penal, pois:

Há marcante congruência entre os fins do Estado e os fins do direito penal, de tal sorte que o conhecimento dos primeiros, não através de fórmulas vagas e ilusórias, como sói figurar nos livros jurídicos, mas através do exame de suas reais e concretas funções históricas, econômicas e sociais, é fundamental para a compreensão dos últimos. (BASTISTA, 2007, p. 22-23).

De fato, a constatação e reconhecimento da constitucionalização do Direito Penal indicam que seus intrínsecos fundamentos de validade não restam encastelados na percepção tradicional, ou seja, isoladamente na lei ou na dogmática penal. De modo que:

[...] em um modelo de Estado constitucional de Direito a exemplo do nosso (Estado Social e Democrático de Direito), a ciência jurídico-penal (aqui entendidas, essencialmente, a política criminal e a dogmática jurídico-penal) não desfruta de existência autônoma em face da Constituição, senão que tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação. (FELDENS, 2005, p. 43).

Assim sendo, distante das leituras ortodoxas do jusnaturalismo (que vinculava o Direito a uma ordem transcendente de valores) e do positivismo (que submetia o Direito a qualquer lei), fundamenta-se e limita-se o Direito Penal na ordem jurídico-constitucional democrática vigente e em sua consequente concepção de Estado. De outra forma, o Estado Social e Democrático de Direito modula, fundamenta e edifica

⁹ “O objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: da força do réu, no primeiro caso. Da força do ofendido, no segundo. E, em ambos os casos, a força é arbitrária e incontrolada não apenas, como é obvio, na ofensa, mas, também, na vingança, que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e, às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada para minimizar esta violência dupla, prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam.” (FERRAJOLI, 2010, p. 311).

um Direito Penal Democrático (BORGES, 2005, p. 48) e relaciona-se permanentemente com ele.

O aspecto democrático do Direito Penal, o que substancialmente o diferencia do Direito Penal clássico e autoritário, é inseparável da noção de liberdade, permitindo anunciar que:

A diferença, entre o Direito Penal totalitário e o Direito Penal democrático, reside no tratamento que é dado ao valor liberdade, como reflexo da dignidade humana, e não na utilização do Direito para a implementação de uma ordem sócio-econômica e cultural mais justa, mais humana e, por isso mesmo, mais digna. (CARVALHO, 1992, p. 31).

Percebe-se, indo além, que o conteúdo peculiar do Direito Penal não se restringe ao valor liberdade, devendo-se ponderá-lo perante o ideal de igualdade e, a partir daí equalizá-los perante o direito à segurança. Reconhece-se:

Por conseguinte, no Estado Democrático de Direito, o equilíbrio necessário entre a liberdade e a igualdade, diante do direito à segurança, é que propiciará o perfil do Direito penal como sendo democrático, posto que consentâneo com a dignidade da pessoa humana. (BORGES, 2005, p. 51-52).

Evidentemente que o Direito Penal existente está produzindo cotidianamente interpretações, realidades e situações longe de aspectos humanitários e do equilíbrio entre igualdade e liberdade diante do direito à segurança. Para além da denúncia de seus aspectos autoritários e seletivos, projeta-se a necessidade de fundamentá-lo e utilizá-lo em outras bases, como dito, num viés democrático-constitucional.

Em toda situação concreta, ao operacionalizar o Direito Penal, almejando-se conferir-lhe validade e fundamento deve-se vinculá-lo materialmente à Constituição sob o risco de esvaziá-lo de sentido e concretude, além de perpetuar suas características nefastas e os aspectos autoritários, opressores e seletivos dos sistemas penais.

Nesse esforço de constitucionalização material, indubitavelmente estar-se-á diante dos questionamentos acerca de quais interesses mereceriam a tutela do Direito Penal e, paralelamente, quais seriam suas funções.

Para a edificação de uma organização político-social, certos valores, direitos ou situações merecem maior respaldo institucional e efetiva proteção. Assim, em função de questões políticas, econômicas e sociais, alguns são eleitos pelos integrantes da sociedade e constituídos numa formulação jurídica, numa previsão legal-normativa.

Ressalta-se que esta escolha não é compartimentada, aleatória ou despolitizada. Como todo fazer humano, é carregado de sentido, objetivos e anseios, pois atrelada às formas de organização de específico segmento social hegemônico em determinada sociedade. Há, portanto, o privilégio de determinados bens e valores em detrimento de outros.

Dada a pretensa relevância desses objetos para o desenvolvimento humano e a configuração social, mereceriam, alguns, contundente proteção o que permite a doutrina, ainda hoje, considerar que o Direito Penal seria responsável pela proteção desses valores, bens ou interesses, denominados de bens jurídicos.

Sob essa perspectiva, nesse processo de proteção aos bens jurídicos, devem-se utilizar os instrumentos estatais mais contundentes, pois, em muitas situações, quando diante de alguma violação ou perigo de violação, colocam-se anseios sociais e populares em risco.

Essa caracterização tradicional e irrestrita da função e justificação do Direito Penal como protetor de bens jurídicos relevantes acaba, com as concepções críticas já apontadas, escamoteando sua real e tradicional atuação como instância de controle social de maneira seletiva e autoritária. De forma ampliada argumentam que os bens jurídico-penais também podem fornecer fundamentos e limites ao Direito Penal para além dessa busca por justificação:

Em um Estado Democrático de Direito, a noção de bem jurídico desempenha um papel inquestionavelmente preponderante, operando como um fator decisivo na definição da função do Direito Penal, clarificando as fontes e os limites do *jus puniendi* e conferindo, demais disso, legitimidade ao Direito Penal. (FELDENS, 2002, p. 49).

Mesmo com essa perspectiva incomum, resta aparente insuficiência na visualização e desenvolvimento dos limites, fundamentos e justificação do Direito Penal. Assim, de maneira crítica e profunda, é imprescindível elastecer e aprofundar

a compreensão sobre bem jurídico e, até da própria função do Direito Penal. Nilo Batista (2007, p. 96), nesse sentido, pontua:

O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta), e sua substancia guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador. [...] Numa sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.

Mesmo com o nítido caráter contra-hegemônico, soa estranha essa postura hermética e aparentemente irrestrita¹⁰ de Nilo Batista, dado seu indiscutível gabarito teórico, além da profunda e própria perspectiva crítica que permeiam suas reflexões. No entanto, em outro momento e com base em diversos autores parece que ele flexiona sua postura e apresenta uma tipologia com as funções de bens jurídicos com certo aspecto crítico, como pontuado logo mais.

Como assumido e denunciado os riscos de incorporações dogmáticas entre lei e o Estado, necessário a verificações de possibilidades concretas sobre a utilização democrática do conceito de bem jurídico. Para corroborar essa sustentação:

Seria aferrar-se a uma postura ingenuamente voluntarista, porém, sustentar que o Estado protege formal ou substancialmente apenas os interesses da classe dominante. Uma simples olhada nos textos normativos demonstra que, em maior ou menor grau, aparece neles a imagem de um Estado que assegura também direitos sociais. Isso leva a apontar incoerências o que não é mais que uma resposta a complexos mecanismos de manutenção de consenso e paz social; mais precisamente, contradições que se produzem no seio do direito e de sua real aplicação, por ser um cenário privilegiado dos antagonismos de classes. (CASTRO, 2005, p. 95).

¹⁰ No mesmo sentido: “Podemos, assim, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de “missão secreta” do direito penal.” (BATISTA, 2007, p. 116).

Nesse sentido, soa incongruente a vinculação estreita, irrefutável e exclusiva dos bens jurídicos com os interesses, apenas, das classes dominantes, que incorporariam seus anseios nas leis e selecioná-los-iam de maneira arbitrária. Há componentes que merecem melhor desenvolvimento e, até mesmo, uma necessária disputa na incorporação desses anseios.

Neste trabalho, como dentro das concepções crítico-dialética do Direito, e, em especial do Direito Penal Democrático, é inegável a vinculação do conceito de bens jurídicos à ordem constitucional.

Nesse contexto, dentre outras possibilidades, bens jurídicos devem ser considerados não de forma isolada, estanques, mas são ao mesmo tempo bem individual e bem social e que encontram na ordem constitucional seu conteúdo e sua extensão (CARVALHO, 1992, p. 100).

Este aspecto está dentro, ainda, da classificação apresentada por Nilo Batista, demonstrando a existência de espaços para ponderações sobre os conteúdos dos bens jurídicos:

O bem jurídico cumpre, no direito penal, cinco funções: 1ª *axiológica* (indicadora das valorações que presidiram a seleção do legislador); 2ª *sistemático-classificatória* (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do direito penal e como o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado por nosso código penal); 3ª *exegética* (ainda que não circunscrito a ela, é inegável que o bem jurídico, como disse Aníbal Bruno, é "o elemento central do preceito", constituindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais); 4ª *dogmática* (em inúmeros momentos, o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo, etc); 5ª *crítica* (a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador, criando, nas palavras de Bustos, oportunidade para "a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão"). (BATISTA, 2007, p. 96-97, grifo do autor).

Embora apontado os aspectos críticos e as possibilidades a respeito dos bens jurídicos, evidente que o reconhecimento e legislação de determinados interesses e a responsabilização criminal de determinados indivíduos não ocorre de maneira equânime o que transforma o Direito Penal num "[...] direito da desigual proteção de bens jurídicos e da desigual distribuição social da criminalização." (BARATTA, 2002, p. 15). Constatação possível, pois:

[...] o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentários; [...] a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos [...] (BARATTA, 2002, p. 162).

Talvez esta percepção tão acurada de Alessandro Baratta possa ter inebriado as concepções críticas sobre bens jurídicos e sobre o Direito Penal, empurrando-as para posturas com nuances determinísticas.

De fato, bens jurídicos são protegidos desproporcionalmente, o que gera uma criminalização seletiva e desigual. A constatação destas incongruências é evidente tanto pela análise detida e isolada da legislação penal com as previsões de crimes e penas, quanto pelos resultados da persecução penal, do processo penal e da execução criminal. Deste modo, denuncia-se:

Para deixar um pouco mais clara a reflexão, atém-se ao seguinte fato: se um criminoso, sem a intenção de matar, furar os dois olhos de uma pessoa e, ainda, deixá-la tetraplégica, poderá receber uma pena de 2 a 8 anos de reclusão, mas, se ousar a roubar o relógio de uma pessoa, ameaçando-a com uma arma de brinquedo, sem lhe produzir qualquer lesão física, estará sujeito a uma pena de 4 a 10 anos de reclusão. (ANDRADE, 2009, p. 27).

Completamente descabido o exemplo transcrito acima, como diversos outros exemplos encontrados tanto na parte especial do Código Penal quanto na legislação especial. Há nitidamente uma proteção legal desproporcional de diferentes bens jurídicos.

Essa desigualdade ocorre, pois em uma sociedade capitalista, dividida em classe há certa prevalência de interesses e valores das classes detentoras do poder econômico. Por isso necessária a flexibilização e problematização do conteúdo das previsões legislativas sobre a estipulação de crimes e o preenchimento, social e democrático dos conceitos de bens jurídico-penais, no sentido crítico como apontado acima quando relatado suas diversas funções. No mesmo sentido, Roberto Lyra Filho (1972, p. 22-23), constata essas discrepâncias criticamente:

[...] até numa sociedade dividida em classes e com o domínio de minorias privilegiadas, há crimes de perigo e dano comuns. Mas essa distinção válida tornou-se necessária, justamente porque a invocação, *em abstrato*, da defesa

social dissimula a existência de “crimes” que resguardam privilégios, bem como o afeiçoamento de todo o sistema normativo aos interesses fundamentais dos melhor aquinhoados. [...] Ora, nem toda definição formal de ilicitude penal apresenta *eo ipso* a chancela de legitimidade. E, além disso, no âmbito processual, as garantias judiciárias do *fair trial* só amparam, a bem dizer, aqueles que podem movimentá-las, em seu proveito.

A criminalização primária reflete, em ponderados aspectos, primordialmente os valores e interesses de certos grupos sociais reinantes em determinada organização social e em dado momento histórico.

Mesmo com uma Constituição considerada progressista em muitos aspectos, que pode indicar limites, fundamentos e até possibilidades para o Direito Penal, estamos diante, ainda, de um Código Penal de 1940 e de legislações extravagantes insuficientes¹¹, que indicam a existência de uma sociedade individualista, machista e patrimonialista.

Mesmo com os avanços doutrinários sobre a constitucionalização do Direito Penal, o reconhecimento dos bens jurídico-penais constitucionais não foi suficiente para uma alteração significativa destas previsões legislativas esdrúxulas.

2.1.2 A criminalização primária e os mandamentos expressos e implícitos de criminalização

Sob a perspectiva crítico-dialética e desde os postulados da criminologia crítica e do Direito Penal Mínimo é possível reconhecer e identificar que o fenômeno criminógeno é um processo de criminalização, com a estipulação de certos comportamentos como violadores de seletos bens jurídicos e uma posterior escolha e estigmatização de determinados indivíduos que teriam realizados esses comportamentos violadores.

De fato, esse aspecto crítico decorre da ampliação do enfoque do problema para uma percepção macro-sociológica da questão, não restrita, apenas, aos tipos,

¹¹ Como por exemplo, a Lei n. 9.613/98 (Lei sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens) que parece ter sido feito sob encomenda dada a suas omissões e ambigüidades que permitem, ainda hoje, eternas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da necessidade da condenação ou não pelos crimes antecedentes.

teorias e discursos contidos e difundidos através da dogmática penal. Nesse viés é possível, também, dar outro sentido ao Direito Penal:

O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção das normas (criminalização primária), o mecanismo da aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança. (BARATTA, 2002, p. 161).

Necessária, portanto, a percepção dos diferentes mecanismos que fornecem outras perspectivas ao Direito Penal, revelando, assim, outras funções. No mesmo viés, porém ampliando a análise e implicações a partir da compreensão de controle social¹² e sua atuação, Lola Aniyar de Castro (2005, p. 238, grifo do autor), faz uma constatação esquemática crítica que facilita a compreensão desse processo criminalizante e das funções do Direito Penal:

1. O controle social cria o *delito* ao defini-lo (sentido legislativo). 2. O controle social cria o *delinquente* ao assinalar uma pessoa em vez de outra que praticou conduta similar (nível policial-judiciário). 3. O controle social cria a *delinqüência* ao definir o delito e selecionar os casos incluídos nos registros oficiais, que pretendem indicar a realidade delitiva de um país. E cria, inversamente, a chamada cifra negra da delinqüência, ao abandonar outros casos semelhantes (níveis legislativo, policial, judiciário e de execução penal).

A análise engendrada neste momento do trabalho parte do controle social formal e neste tópico específico sobre o sentido legislativo desse controle. Essa “criação do delito” é na realidade, também, uma opção dos indivíduos e grupos detentores dessa possibilidade, calcada em seus valores, visões de mundos e anseios específicos.

A criminalização primária, o primeiro aspecto do processo de criminalização, cria e define o delito nos Poderes Legislativos através das proposições legislativas, discussões e emendas ao texto e eventuais aprovações. Momento peculiar e

¹² “Há um controle social que é formal, como dissemos: direito e instituições de repressão e tratamento – polícias, tribunais, prisões, instituições para menores. E outro, não formal ou extra-penal: religião, família, escola, meios de comunicação, partidos, opinião pública, etc.” (CASTRO, 2005, p. 237).

específico que está sujeito às inúmeras implicações de ordem política e também econômica.

No Brasil, ressalta-se que a substancial previsão legislativa dos tipos penais¹³ encontra-se no Código Penal de 1940. Contudo, o Congresso Nacional produziu e produz modificações e, constantemente, oferece proposições tanto para a alteração ou criação de tipos penais neste texto quanto para a criação de leis específicas, denominadas de extravagantes.

Esse espaço importante para a democracia nacional é composto por grupos representantes de inúmeros interesses, que nem sempre condizem com os anseios sociais e populares e com os fundamentos, objetivos e princípios constitucionais. Importante, logo de início, anunciar essa constatação para problematizar o evidente conteúdo ideológico e classista deste primeiro momento da criminalização:

Em suma, a melhor perspectiva para se observar a dimensão ideológica do direito é mesmo o momento de sua produção, quer pelo fato evidente de que a ideologia liberal burguesa é aquela que predomina hegemonicamente nos parlamentos de formação capitalista; quer pelo fato, também evidente, de que as relações sociais e econômicas de produção condicionam toda a produção normativa do Estado liberal burguês. (MACHADO, 2009, p. 20).

Há, com necessárias ressalvas e ponderações, uma estreita vinculação do processo de criminalização primária e os interesses dos indivíduos e grupos sociais que compõem o Congresso e possuem o poder de editar as leis. Assim, abre-se até mesmo a percepções crítica sobre o processo legislativo, constatando e revelando o conflito de poder inerente nesse processo. De modo que, denuncia e desmascara qualquer teoria ou técnica discursiva sobre os anseios ou caráter do “Legislador” e também qualquer possibilidade de identificar a essência dos tipos penais:

Se dominantes e dominados, sujeito *do* e sujeito *ao* poder, são os dois grupos entre os quais se desenvolve o conflito, então o conflito é, sempre, um conflito de poder. No âmbito deste conflito, *as autoridades* agem mediante a criação (ou a recepção), a interpretação e a aplicação coativa de normas. (BARATTA, 2002, p. 133, grifo do autor).

¹³ Conforme o SISPENAS vinculado à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (2012, online), existem 1.688 tipos penais no ordenamento jurídico brasileiro.

Infelizmente, não é percebido e denunciado esse embate político processual e nem ocorre necessária ponderação e restrição da liberdade desse poder legislativo (que está em disputa!), com sua adequação aos ditames constitucionais, em sua tarefa de estipular determinados bens que mereceriam proteção jurídico-penal. Para tanto, relevante:

Uma primeira aproximação entre as funções da Constituição e as finalidades do Direito Penal nos permitirá afirmar que o legislador penal se encontra materialmente vinculado à Constituição precisamente naquilo que diz respeito ao epicentro dessa anunciada relação entre a ordem constitucional e o Direito Penal: a tutela de direitos fundamentais. (FELDENS, 2005, p. 39).

Nesse vínculo com o texto constitucional, seria necessário e condizente um processo legislativo mais democrático, com respaldo nas aspirações populares, e respeito aos anseios sociais, incorporado, assim, de maneira cotidiana e permanente, outros interesses que não estão representados nos parlamentos, mas que são também legítimos:

Cremos, pois, que o papel democrático e legítimo por parte dos órgãos burocráticos ou agentes administrativos do Estado será internalizar na estrutura jurídica oficial os valores emergentes da estrutura sócio-econômica voltados para a emancipação das classes dominadas, historicamente excluídas do processo político de criação do direito. (MACHADO; GOULART, 1992, p. 41).

No Brasil, há uma supervalorização do simbólico sobre o real. Acreditam, piamente, que para a solução de qualquer conflito --- até mesmo problemas sociais graves --- deve-se criar leis e penas para que os aparatos policiais confirmem segurança aos cidadãos. Almejam que qualquer “fato policial” com repercussão social difundida deve ter uma reação contundente das autoridades políticas, desconsiderando, em muitos casos, o necessário vínculo com a Constituição e seu conteúdo.

Os poderes de comunicação de massa constantemente contribuem para a difusão dessa falsa percepção com notícias, programas e ‘especialistas’ que atestam a validade e necessidade de expansão penal através da ampliação das previsões legislativas sobre crimes e aumento de penas.

No entanto, de maneira paradoxal, os processos legislativos e os âmbitos sociais de difusão cultural sonegam anseios populares, democráticos, inerentes a grupos sociais que manifestam concepções e valores diferentes.

Em virtude disso, é importante a denuncia do poder autoritário e seletivo dos sistemas penais, dos processos desiguais de produção legislativa e da atuação das agências jurídicas. O que indica, também, o sentido inibitório que a Constituição deve possuir perante o legislador infraconstitucional na seleção dos bens jurídico-penais:

Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se a disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador). (BATISTA, 2007, p. 96).

Porém, não basta! Imprescindível dar outro sentido, também, ao próprio poder legislativo, pois no atual processo legislativo desvinculado da Constituição, domesticado por valores e interesses específicos, percebem-se incoerências nas legislações penais e passa-se a questionar não apenas seu conteúdo, mas também o seu não-conteúdo. Essa reflexão incide também na discussão da real existência e eficiência do aspecto fragmentário do Direito Penal, porque são constatadas “[...] zonas de imunização para comportamento cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas”. (BARATTA, 2002, p. 176).

Para os grupos beneficiados não é interessante e relevante ter uma eficiente, clara (para se evitar as diversas abstrações teórico-dogmáticas) e atualizada (dada a constante e permanente alteração das formas de ocultação ilícita de bens e valores)¹⁴ leis contra lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98).

Apesar da humanidade aparentemente trilhar uma “marcha para o abismo”,¹⁵ uma lei funcional, que regule não apenas penalmente a questão, mas que crie efetivos mecanismos, instrumentos e estruturas para a proteção do meio ambiente,

¹⁴ O livro “Privataria Tucana” (Editora Geração), de Amaury Ribeiro Junior, ao detalhar com minúcias e farta prova documental legal como ocorreram as privatizações no governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), demonstra a constante alteração nos mecanismos para a ocultação de bens e valores com a criação infundável de inúmeros procedimentos para dificultar a fiscalização e constatação dessas práticas.

¹⁵ Como magistralmente retratado em “El marcha hacia habismo” de Fidel Castro Ruz (2012, online).

não é necessária no atual contexto histórico. Pelo contrário, o Congresso Brasileiro já aprovou inúmeras mudanças no Código Florestal (Lei n. 4.771/65)¹⁶ para justamente flexibilizar os mecanismos jurídico-estatais de proteção, principalmente, das reservas legais e áreas de preservação permanente. Nosso sistema democrático vai possibilitar que produtores rurais não só desmatem mais florestas, assorearem mais rios, como, também, consigam ganhar dinheiro com isso.

Importante, por outro lado, existirem as previsões de numerosos benefícios e facilidades especificamente para determinados crimes que, teoricamente, não seriam cometidos por grupos sociais subalternos¹⁷. Diferenciando-se, portanto, a maneira pela qual o Estado, através das leis permissivas ou concessivas de alternativas ao cárcere, tratada determinados bens, valores e condutas.

Inúmeros seriam os exemplos que poderíamos encontrar na legislação penal brasileira sobre seus conteúdos e os não-conteúdos gerando inúmeras discussões que acabariam corroborando toda a argumentação exposta. De fato, portanto, também necessária uma discussão profunda e o estabelecimento claro do direcionamento e dos (não)conteúdos jurídico-penal.

Nesse momento, relevante relembrar os importantes conceitos críticos sobre bens jurídico-penais e sua imprescindível busca em cumprir aos anseios constitucionalmente previstos. O que, talvez, possa indicar algum caminho entre as previsões legislativas e atuação incisiva e opressora do Estado, através do Direito Penal, contra determinados grupos sociais, e a ausência de leis penais e não atuação desse mesmo Estado contra determinados comportamentos danosos contra a coletividade e contra as classes subalternas.

Dessa forma, tendo em perspectiva as discrepâncias dentro das previsões legais e as atuações dos órgãos estatais, para revelar essa situação necessária manter a relação entre o Direito Penal e a Constituição:

Assim, voltando ao Direito Penal, a sua relação com a Constituição se verifica quando se depreende que a essência do delito se alicerça em uma infração ao direito, e o conceito do que é direito tem que ser deduzido do

¹⁶ O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 30/2011, após discussões, substitutivos e votações no Senado, encontra-se na Câmara e é previsto que terá sua votação final no ano de 2012.

¹⁷ Como, por exemplo, nos a previsão da extinção da punibilidade na apropriação indébita previdenciária (art. 168-A) e na sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A), ambos do Código Penal.

que se encontra concentrado como tal, como idéia de justiça, expresso no ordenamento constitucional. [...] Portanto, é preciso buscar na Constituição a gênese e função social do bem jurídico [...] Logo, toda perquirição do bem jurídico tem, evidentemente, de levar em consideração a investigação da relação social concreta: da posição que nela ocupam os indivíduos e da interação sofrida por eles em relação aos outros entes existentes no meio social. (CARVALHO, 1992, p. 37).

As forças populares e democráticas devem disputar esses espaços¹⁸, estes campos e aberturas para poder tencionar e retrain os processos de expansão criminal e não apenas, romanticamente, denunciar as mazelas dos cárceres, das leis e sistemas penais que oprimem e maltratam há séculos os “inimigos” do direito penal. Deve-se ir além, ampliar as perspectivas de análise do fenômeno criminológico e não ficar refém das concepções liberais que apenas tratam do aspecto ‘negativo’ do direito penal.

Há a possibilidade, nos limites e fundamentos da Constituição, da compreensão de um Direito Penal não só num aspecto negativo, com vinculação determinística e respeito incondicional às liberdades e garantias individuais --- que é a perspectiva hegemônica das posturas críticas que acabam resvalando para o liberalismo político no sentido da crítica já formulada sobre o garantismo penal --- como também num imperioso papel positivo, reconhecendo, promovendo e tutelando os anseios e direitos construídos nas lutas sociais populares. Explicita-se esse duplo aspecto do Estado e da Constituição:

Ela contém princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estatal – os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão/Estado (herdando, desenvolvida e aprofundada, da época liberal --- da própria origem do constitucionalismo). Mas, por outro lado, preocupada com a defesa activa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais, para seres efectivamente tutelados, podem não se bastar com a mera omissão estadual, mas também face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma actuação estadual no sentido

¹⁸ No sentido: “A partir de uma perspectiva crítica serão defendidos os usos e as políticas do direito desde as maiorias populares e dos grupos discriminados ou excluídos. Assim, uma perspectiva *ex part populi*, uma estratégia de enfrentamento contra o que se considera uma inércia conservadora por parte das práticas jurídicas dominantes, quando não suave e levemente ‘catro centricas’, ou seja, instrumentalizadoras do direito a favor dos centros de poder político e econômico.” (MÉDICI, 2011, p. 25, grifo do autor, tradução nossa.) “A partir de una perspectiva crítica se defenderán los usos y las políticas del derecho desde las mayorías populares y los grupos discriminados o excluidos. Es decir, una perspectiva *ex part populi*, una estrategia de confrontación contra lo que se considera una inercia conservadora por parte de las prácticas jurídicas dominantes, cuando no lisa y llanamente ‘crato céntricas’, es decir, instrumentalizadoras del derecho a favor de los centros de poder político y económico.”

protector dos valores fundamentais (os valores que ela, por essência, consagra). Digamos que se deixa de encarar o Estado sempre na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, para se passar a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento ou, numa outra expressão desta mesma ideia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos *através* do Estado. (CUNHA, 1995, p. 273-274, grifo da autora).

De modo que, qualquer repercussão jurídica penal, qualquer discussão sobre a criação de normas criminalizantes ou fundamentos para a atuação das agências penais, deve passar pela Constituição e pelo reconhecimento que é possível reconhecer e proteger direitos “também através do Estado”.

Nesse sentido que doutrina gabaritada e atualizada aduz sobre a existência nas Constituições dos mandados de criminalização que “[...] são ordens para que o legislador ordinário edite leis considerando crimes as condutas que menciona.” (GONÇALVES, 2007, p. 162) assim, “[...] é a Constituição e não o legislador ordinário, quem fixa a necessidade de edição das leis penais correspondentes” (GONÇALVES, 2007, p. 307).

Nesse sentido, através dessas específicas e determinadas previsões a Constituição atuaria como fundamento do Direito Penal:

Ademais de legitimar a atividade do legislador penal, em determinados casos a Constituição *exige* sua intervenção por meio de normas que designamos *mandados constitucionais de tutela penal* (criminalização). A constituição funciona, aqui, como fundamento normativo do Direito Penal, transmitindo um *signal verde* ao legislador, o qual, diante da normatividade da disposição constitucional que o vincula [...] não poderá recusar-lhe passagem. (FELDENS, 2008, p. 42, grifo do autor)

A previsão legal de determinados crimes, com respaldo e subordinação constitucional, possibilitaria ao menos um aspecto proporcional e democrático na estipulação de tipos penais, restringindo a seletividade da criminalização primária.

As discussões sobre a temática são tão aprofundadas que há estudos que sustentam a possibilidade de mandamentos de criminalização advindos de

Convenções e Tratados Internacionais aprovados nos termos do §3º¹⁹ no art. 5º, incluído após a Emenda Constitucional n. 45/2004²⁰. Outros, indo mais longe, sustentam até a desnecessidade da aprovação através do procedimento previsto, em função do §2º²¹ do mesmo art. 5º.

De fato, a maior parte dos estudiosos, que reconhecem essas ordens constitucionais criminais restringe-as e fundamenta-as apenas em ordens jurídicas reconhecidamente democráticas:

Os mandamentos se justificam num regime de normalidade institucional e democrática, própria dos Estados de Direito, ou Democrático de Direito, nos quais há distinção entre normas constitucionais e leis ordinárias e entre os exercentes dos poderes legislativos e executivo. (GONÇALVES, 2007, p. 154).

Quando se estuda a temática deve-se fazer, ainda, uma distinção. Existem mandamentos de criminalização explícitos e os implícitos.

Dado seu aspecto pouco objetivo, mais fragmentado, o tema dos mandamentos implícitos tem gerado infindáveis discussões e pouca repercussão prática. Consideram evidente que a Constituição protege a vida e a tutela penalmente, embora não faça qualquer menção expressa quanto a isso. Na defesa das ordens implícitas argumenta-se que podem ser racionalmente deduzidas da ordem jurídico-constitucional, fundada no Estado Democrático de Direito, em respeito aos seus preceitos fundantes e à dignidade da pessoa humana. Além de colocações acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade quando das obrigações tácitas de criminalização.

No entanto, possível fazer uma argumentação crítica nos mandamentos implícitos que podem gerar repercussão e debates produtivos. Como os estudiosos da temática fazem a clássica diferenciação entre direitos fundamentais e direitos

¹⁹ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²⁰ Atualmente o Brasil aprovou apenas a “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo” de 2007, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição, através do Decreto n. 6.949/2009. Como há apenas essa Convenção e, ainda, sem estipulação de crime, talvez, seja a defesa e fundamento dessa proposição teórica.

²¹ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

humanos²², dada ao carácter e fundamentos dos mandamentos implícitos, poder-se-ia aduzir que os mandamentos implícitos tutelariam direitos humanos? Ou seja, os direitos humanos, embora não previstos em normas constitucionais, poderiam ser protegidos penalmente dentro dessa concepção sobre os mandamentos implícitos?

Talvez, o conceito restritivo e clássico de direitos fundamentais, com suas irradiações, normas de alcance, modelos de normas, contextos das normas, âmbitos de proteção das normas, suportes fáticos e etc., sejam também restritos aos aspectos normativo-positivos e, portanto, insuficientes para a discussão dos mandamentos.

No mesmo sentido, deve-se ampliar a reflexão para uma profunda compreensão sobre o que seriam direitos humanos, como eles seriam construídos e, consequentemente, tutelados, além da constatação de quais eventuais instrumentos jurídico-estatais dariam suporte a esses anseios. Por certo que não estariam restritos a leis, normas e Tratados, pois como será analisado, o aspecto jurídico-institucional é apenas uma dentre outras dimensões de direitos humanos.

Continuando a discussão sobre os mandamentos de criminalização, já os mandamentos explícitos são abordados e reconhecimentos de maneira ampla ou mais restritiva.

A corrente restritiva “nega reconhecimento da natureza de mandados de criminalização àquelas menções constitucionais ‘às penas da lei’, sem outros elementos que tornem inequívoca a opção pelo instrumental das sanções penais.” (GONÇALVES, 2007, p. 156).

²² Como por exemplo: “Nesse sentido, notadamente em virtude de sua relevância para a presente abordagem e a despeito de outros critérios que possam ser identificados como idôneos, a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais se revela adequada quando se parte da noção de que direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e tutelados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” diz respeito aos documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional). [...] determinar a diferenciação entre ambas as categorias, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu carácter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.” (SARLET, 2010, p. 239).

Dentre dessa compreensão restritiva, consideram ser ordens de criminalização apenas:

Art. 5º.

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Art. 7º, X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Art. 225, § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 227, § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Art. 243, Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Porém, a corrente ampla, além desses mandados considerados pela corrente restrita, chega a argumentar para a existência de certas indicações, possibilidades ou responsabilizações que teriam outras implicações jurídicas. Na maior parte delas referem-se aos chamados crimes de responsabilidade que envolve calorosa discussão sobre sua natureza.

Sustentam que, o art. 29-A, §2º²³, com a estipulação de crimes de responsabilidades do Prefeito Municipal, e o §3º²⁴, com os de responsabilidade do Presidente da Câmara dos Vereadores, também seriam ordens de criminalização.

²³ § 2º Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal: I - efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo; II - não enviar o repasse até o dia 20 de cada mês; ou III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

²⁴ § 3º Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1º deste artigo.

Outras previsões, no mesmo sentido, são encontradas nos: art. 37, §2º²⁵, que indica a responsabilização de agentes públicos por ato de improbidade administrativa; o art. 50²⁶ prevê os crimes de responsabilidade de Ministros ou titulares de órgãos subordinados à Presidência da República; art. 85²⁷ enumera os crimes de responsabilidade do Presidente da República; art. 100, §7º²⁸, com a redação da Emenda Constitucional 62/2009, indica o crime de responsabilidade de Presidente de Tribunal; o art. 167, §1º²⁹ estipula o crime de responsabilidade do gestor público; e o art. 236, §1º³⁰ prevê expressamente a necessidade de lei para a responsabilização criminal dos notários, oficiais de registro e prepostos.

Essas duas posturas, restritiva ou ampliativa, desencadeiam debates teóricos acaloradas, envolvendo discussões sobre conceito de bem jurídico-penal, limites e fundamentos da tutela penal, etc.; e inúmeras situações práticas, pois envolvem discussões sobre o conteúdo das leis penais, as vinculações do legislador infraconstitucional e a própria legitimidade da atuação das agências estatais.

Um efeito interessante destas ordens constitucionais de criminalização está na impossibilidade de revogação de lei ou artigo de lei que preveja um crime de acordo com os mandamentos. Por certo, poderão ser alterados estes tipos,

²⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; [...] § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

²⁶ Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.

²⁷ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

²⁸ § 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

²⁹ § 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

³⁰ § 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

modificando-se penas ou circunscrevendo especificidades, porém, “[...] obrigação de criminalizar implica a proibição de descriminalizar” (GONÇALVES, 2007, p. 166). Dessa maneira, seria inviável uma tentativa de revogar, por exemplo, as leis que prevêm os crimes de genocídio ou racismo.

Outra questão que merece menção neste trabalho, pois, talvez, teria alguma implicação prática com repercussão judicial, diz respeito à discussão da omissão do legislador em cumprir esses mandamentos de criminalização, dada a indicação da proibição de discriminar.

O debate é farto e profundo, sem, contudo, ser possível identificar a prevalência de alguma posição. As posições que descartam qualquer possibilidade da omissão legislativa repercutir e ser solucionada no Judiciário argumentam:

Caso a omissão legislativa se prolongue no tempo, o único efeito que dela resulta parece ser aquele que se faz inerente à *responsabilidade política* do Parlamento pelas conseqüências de sua inação [...] não sendo desarrazoado sustentar-se que a ausência da norma aplicável pode gerar lesões a direitos individuais. (FELDES, 2005, p. 79).

Essa perspectiva está sustentada na prevalência do princípio da legalidade, que inviabilizaria o socorro ao judiciário para se manifestar sobre a omissão legislativa, pois estaria suplantando, também, a separação entre os poderes. Outro embasamento sobre a omissão, que vai até além da posição anterior, atesta sobre a responsabilidade internacional do Estado:

[...] no caso de a omissão se prolongar no tempo (o que nos afigura tenha ocorrido apenas em relação à criminalização do terrorismo), o único efeito que dela resulta é aquele atinente à responsabilidade *política* do Parlamento pela sua inação, presente a constatação de que à luz da ordem jurídica internacional, o Estado pode ser responsabilizado pelo não-cumprimento de um dever de proteção. (FELDES, 2008, p. 47, grifo do autor).

Todavia, outra abordagem entende ser possível, diante de todos os argumentos da teoria dos mandamentos de criminalização, o encaminhamento ao judiciário das questões decorrentes da inércia do poder legislativo em atender ao estipulado nos comandos criminalizantes. Para tanto, sustentam:

Entendemos que a regra hermenêutica da máxima efetividade dos direitos fundamentais, bem como o princípio da universalidade da jurisdição, permite que não apenas as ações legislativas, mas também as omissões possam ser levadas ao Poder Judiciário. (GONÇALVES, 2007, p. 137).

Esse controle judicial seria possível através do mandado de injunção³¹, da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais³² e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão³³.

E, de maneira peremptória, indicam que seria possível, no atual ordenamento jurídico brasileiro, sanar as omissões em relação aos deveres de legislar criminalmente sobre a:

[...] adequada definição do crime de terrorismo e da ação de grupos armados civis e militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, bem como a criminalização de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, como a discriminação em razão de orientação sexual. (GONÇALVES, 2007, p. 309).

Contudo, são sempre salutares alertas e ponderações, pois, embora as carências de observância aos postulados nos mandamentos “[...] embora legitimem e exijam até o seu controle constitucional, não fazem com que o Tribunal Constitucional se substitua ao legislador penal --- deixam ainda ampla margem de decisão legislativa.” (CUNHA, 1995, p. 293).

Mandamentos de criminalização serviriam, assim, para dar substrato para instrumental jurídico-político nas realizações das importantes conquistas previstas nas Constituições. Entretanto, não podem e não devem ser perquiridas apenas através de mandamentos de criminalização. O Estado brasileiro tem obrigação de fornecer diversos meios para que sejam respeitados --- coibindo-se eventuais violações --- a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político (art. 5º, III, IV e V da Constituição). Do mesmo modo, construir

³¹ Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

³² Art. 102, § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

³³ Art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

mecanismos e estruturas para atingir os objetivos fundamentais da República, edificando uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais sem qualquer preconceito ou discriminação (art. 3).

Ocorre também, dada a riqueza da temática, que para além da existência de obrigações de criminalizações, existiriam deveres de abstenções constitucionais na seara penal, desencadeando outras situações com repercussões até na aplicabilidade das leis penais:

Portanto, a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na *descriminalização* ou não aplicação da norma penal. (CARVALHO, 2002, p. 23, grifo do autor).

Como analisado, em alguns casos é inviável a descriminalização, aqui, agora, aponta-se para a obrigação dessa descriminalização. De modo que a ausência de fundamentos constitucionais em uma norma penal deveria gerar sua imediata revogação. No entanto, como isso raramente acontece, deve ser considerada inaplicável pelos órgãos jurídico-penais, não produzindo qualquer efeito jurídico ou social. A Constituição funcionaria, neste sentido, como um verdadeiro anteparo, não só à atividade legislativa, como também, à atuação das agências penais.

Algumas situações no campo jurídico nacional dão a indicação da necessidade dessa descriminalização ou não aplicabilidade da lei, ou, aos menos, permitem profícuas discussões com imensuráveis repercussões sociais.

Exemplificando-se, recorda-se que o crime de adultério (art. 240 do Código Penal) foi revogado apenas em 2005 e, ainda hoje, há a previsão dos delitos de casa de prostituição (art. 229)³⁴, ato obsceno (art. 233)³⁵ e de bigamia (art. 235)³⁶ em total descompasso com os ditames constitucionais.

Um disparate maior ainda, e que também revela, como já denunciado neste trabalho, os interesses e valores dos indivíduos e dos grupos sociais que compõem

³⁴ Que foi alterado em 2009 na tentativa de apurar o tipo caracterizando a criminalização da exploração sexual. Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

³⁵ Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:

³⁶ Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

o Poder Legislativo, é a manutenção, ainda, da contravenção de vadiagem (Art. 59³⁷, Decreto-Lei n. 3.688/41), mesmo após a revogação da mendicância (art. 60) em 2009. Ora, haveria algum fundamento constitucional para a existência dessas contravenções? A própria existência da lei de contravenções é controversa na doutrina jurídica nacional, em razão das circunstâncias sociais específicas do país e dos conteúdos e efeitos de algumas previsões.

Ampliando-se a abordagem dessas questões polêmicas, salienta-se que a Constituição não determina a criminalização do consumo de drogas. Assim, o art. 28³⁸ da Lei de Drogas --- para os adeptos de que realmente estipule um tipo penal³⁹ ---, seria inconstitucional e o Estado estaria obrigado a descriminalizá-lo?

Parece que a Constituição vai além da descriminalização do consumo, pois, com as alterações da Emenda Constitucional n. 65/2010, indica, através do art. 227. §3º, VII⁴⁰, que é um dever do Estado, da família e da sociedade, com absoluta prioridade proteger a criança, o adolescente e o jovem, criando programas de prevenção e atendimento especializado para os que forem dependentes de drogas.⁴¹

Outra discussão interesse e que gera muito debate envolve as diversas situações em que a pessoa vive em circunstâncias degradantes e anseia com sua morte. A questão envolve a autodeterminação da pessoa que se considera vivendo, de algum modo, indignamente.

³⁷ Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

³⁸ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

³⁹ Há certa discussão sobre natureza desse artigo 28, com posicionamentos sustentando a existência de crime, outros de infração penal peculiar e, ainda, de mera infração administrativa.

⁴⁰ O Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

⁴¹ Parece não ser essa a interpretação do Governo do Estado e da Prefeitura de São Paulo, pois, no início do ano de 2012, desencadearam na denominada "Cracolândia" (no Centro da Cidade de São Paulo), uma operação contínua capitaneada pela Polícia Militar que, apenas depois de muitas críticas e pressão popular, incorporou assistentes sociais, psicólogos, defensores públicos, etc. O imaginário jurídico-político brasileiro entende que problema de saúde pública deve ser tratado como caso de política.

Devido grande repercussão de alguns casos notórios, muitos trabalhos foram produzidos a respeito do suicídio assistido e da eutanásia⁴², com alguns sustentando que essas condutas poderiam ser enquadradas no art. 122⁴³ do Código Penal. Porém, outros estudos e posturas ponderam que a Constituição tutela, protege a vida digna e não a vida indigna. A pessoa que se considerando vivendo indignamente poderia solicitar auxílio em seu suicídio e, nestas condições, a conduta do colaborador não caracterizaria um delito?

A questão do aborto de fetos anencéfalos⁴⁴ também tangencia essa seara. Os profissionais ou os pais de uma criança anencéfala cometeriam crime ao realizarem o abortamento de um feto que não terá vida? A Constituição impediria ou, mais adiante, ela determinaria essa descriminalização?

Discussões polêmicas e interesses que colaboram para circunscrever a ideia dos mandamentos de criminalização e a criminalização primária. Para demonstrar a vinculação da discussão entre a obrigatoriedade constitucional da penalização ou da despenalização necessário perceber nitidamente os meandros do texto constitucional. Assim, evidente que, pelos argumentos e exemplos acima:

A lei penal necessita ficar circunscrita dentro dos limites bem definidos do texto constitucional. O resultado disso é que, [...] capta-se a necessidade da realização de um processo despenalizador, e de outro processo de penalização, realizados, ambos, a partir de premissas constitucionais. Despenalização com referência a infrações, abrigadas nas leis penais, mas que não ofendem, significativamente, os novos interesses tutelados pela Constituição, perdendo a sua razão de ser, a sua relevância social. (CARVALHO, 1992, p. 38).

Como indicado, a partir dos fundamentos constitucionais, específicos bens jurídico-penais devem ser reconhecidos e circunscritos em disposições legais, ocorrendo, assim, pelos detentores do poder de legislar ordinariamente, uma seleção prévia de condutas que são consideradas lesivas aos bens jurídicos. Porém, a liberdade para as estimulações nas leis penais infraconstitucional não é absoluta,

⁴² Há grande discussão sobre as terminologias e conceituações dessas (eutanásia ativa, eutanásia passiva, ortotanásia, etc.) e de outras condutas nessas situações. Contudo, a grosso modo, pode-se compreender que o suicídio assistido ocorre quando um indivíduo fornece elementos para outra se matar (auxílio). Já a eutanásia ocorreria quando o indivíduo vai atenuando os efeitos degradantes em que a pessoa vive e acaba provocando sua morte.

⁴³ Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

⁴⁴ Tramita no Supremo Tribunal a Ação de Descumprimento Fundamental n. 54 sobre a questão do abortamento de fetos anencéfalos e que deverá ser julgada no ano de 2012.

tendo que buscar na Constituição seu fundamento não só para a penalização, mas também para a descriminalização de algumas condutas. A necessidade de vinculação e observância das previsões Constitucionais deve circunscrever, também, os demais organismos do sistema penal.

No entanto, geralmente, as agências jurídico-penais não se vinculam estritamente aos mandamentos criminalizantes ou despenalizadores mantendo os aspectos da seletividade e do autoritarismo do sistema penal, acarretando na seletividade, também, na criminalização secundária.

2.2 A criminalização secundária e o direito penal mínimo

Para uma compreensão detalhada do processo de criminalização inviável ficar adstrito apenas às questões que envolvam a criminalização primária, aos conceitos e escolhas dos bens jurídico-penais, à busca pelos fundamentos e limites da tutela penal, bem como à discussão sobre obrigações constitucionais de criminalização ou descriminação.

Como imerso em concreto momento histórico, em dialética transformação, a percepção contextualizada do fenômeno criminógeno é a alternativa mais admissível para um diagnóstico apurado e apontamentos plausíveis para a minoração dos problemas gerados. Nesse processo, insere-se a indispensabilidade do estudo da criminalização secundária, evitando-se o aprisionamento em dogmas, técnicas interpretativas ou elucubrações discursivas.

A criminalização secundária é responsável pelo fecho na formação da criminalização ao circunscrever a seleção, agora, não de bens, mas de pessoas⁴⁵.

⁴⁵ “Sabemos que a realização de todos os princípios garantidores do direito penal é, em definitivo, uma ilusão, porque a operatividade do sistema penal viola a todos. Basta pensar na enorme seletividade do sistema penal que derruba a legalidade e o direito penal do fato, pois é notório que seleciona em razão da pessoa (outros que não correspondam ao estereótipo ou não são vulneráveis, não são criminalizados).” (ZAFFARONI, 1993b, p. 29, tradução nossa). “*Sabemos que la realización de todos los principios garantizadores del derecho penal es, en definitiva, una ilusión, porque la operatividad del sistema penal los viola a todos. Basta pensar en la enorme selectividad del sistema penal que echa por tierra la legalidad y el derecho penal de acto, puesto que es notorio que selecciona en razón de la persona (otros que no dan en el estereotipo o que no son vulnerables, no resultan criminalizados).*”

Só diante dessa observação seria suficiente para demonstrar a relevância da questão e as implicações, concretas, sobre os direitos dos criminalizados.

Esse momento peculiar da questão criminal é que acaba estabelecendo a estigmatização de alguns sujeitos, dentro do controle social como um todo, pois famílias, sociedade civil, imprensa etc., acabam sendo parte dessas situações. Ao passar pelo crivo das agências penais o cidadão se torna delinquente, recebendo, a partir daí a alcunha de criminoso. Nesses termos, nítido que:

[...] o *status* social de delinquência pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instancias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”. (BARATTA, 2002, p. 86, grifo do autor)

A assunção a esse status de criminoso revela e escancara, de maneira cabal, a desigualdade dos sistemas penais. Em nenhuma outra ocasião é permitido constatar concretamente, sem margens para divagações, que efetivamente os instrumentos jurídico-penais tratam pessoas de forma diferente, uns com extremo autoritarismo e opressão, outros com condescendência e privilégios.

Dado o rol extenso de crimes penais no Brasil (como citado são 1.688), é quase impossível não identificar uma pessoa que não tenha cometido, em sua vida, um delito. Os dogmáticos deveriam reconhecer essa obviedade, a seletividade⁴⁶ do sistema penal, e abandonar qualquer pretensa neutralidade ou imparcialidade no tratamento da questão criminal. Não há elementos para digressões abstratas diante da realidade. De maneira primorosa e provocativa:

Há de se ter presente a grande diferença entre praticar crime e ser criminalizado. Dificilmente existe uma pessoa maior de idade, no Brasil, que não tenha consumado um delito. Consideram-se as práticas corriqueiras de fotocopiar livros, usar programas de computador “piratas”, apostar no jogo do bicho, dirigir embriagado, comprar produtos vindos do Paraguai, utilizar

⁴⁶ Até porque: “Esta é uma característica de todos os sistemas penais. Há uma enorme disparidade entre o número de situações em que o sistema penal é chamado a intervir e efetivamente intervém. O sistema de justiça penal está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, seguramente inferior a 10%. 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.” (BARATTA, 1993, p. 49).

bens de repartição pública para benefício particular: corrupção em todas as suas modalidades, entre tantas outras. (ANDRADE, 2009, p. 69).

Essas práticas cotidianas, dentre outras dezenas, que são consideradas infrações penais e que não chegam a abalar o sistema democrático e a ordem jurídica, não sofrem, em quase todos os casos, qualquer persecução por parte do Estado. Na realidade, as agências penais não chegam nem a ser provocadas podendo gerar o que a doutrina denomina de cifras ocultas da criminalidade⁴⁷.

Situação inquietante que nos leva para uma série de reflexões e ponderações. O que diferencia, dessa forma, um criminoso de um criminalizado? Qual a razão de duas pessoas que cometem crimes em situações semelhantes serem diferentemente tratadas pelo Estado? Qual o fundamento para que determinados crimes sejam apurados e coibidos, enquanto outros não?

De fato é que, como constatado no caso da criminalização primária, o componente social também tem um papel relevante na caracterização dessas situações discrepantes. Outras circunstâncias também podem influenciar essas incoerências, porém, pertencer a determinado grupo social pode ser determinante. A questão é tão profunda e nítida que a percepção popular, as pesquisas comprometidas com a realidade social, os trabalhos criteriosos, indicam que, talvez Brasil se escreva com P, pois “preferencialmente preto pobre prostituta”⁴⁸ são as alvos corriqueiros desse sistema. Impossível esconder a realidade.

De forma crítica e incisiva Ela Wiecko (CASTILHO, 1998, p. 45), denunciado os posicionamentos tradicionais, também sustenta esse aspecto no processo criminalizante:

A seleção é um fato inquestionável, tanto na criminalização primária quanto na secundária. Nesta última, os estudos evidenciam que a variável independente mais importante é a posição ocupada pelos indivíduos na escala social. Assim, as probabilidades maiores de ser selecionado como criminoso são daquelas pessoas com posição precária no mercado de

⁴⁷ A maioria da doutrina denomina esse fenômeno de cifra negra. Assim, compreendem que: “[...] a cifra negra representa a diferença entre aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sobre pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social” (SANTOS, 2006, p. 13).

⁴⁸ Trecho da música “Brasil com P” de GOG.

trabalho (desemprego, subemprego, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar – características das classes mais baixas, que, na Criminologia positivas e em boa parte da Criminologia liberal contemporânea, são estudadas como causas da criminalidade.

A precarização do trabalho humano, as inversões de valores, a supervalorização de superficialidades contribuem para a desagregação de modos de vivência que são menosprezados pela ordem hegemônica. Pessoas nessas situações peculiares, excluídas dos poderes econômicos e políticos, com suas liberdades condicionadas, distanciadas da possibilidade de auto-realizar seus sonhos, impedidas de desenvolverem-se livremente, estão mais sujeitas ao filtro das agências penais:

As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentrados nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positiva e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* é atribuído. (BARATTA, 2002, p. 165, grifo do autor).

As características principais e a incisiva seletividade da criminalização secundária com a produção de suas conseqüências ocorrem, sobretudo, dentro dos sistemas penais⁴⁹, através basicamente da atuação da Polícia, do Ministério Público, do Judiciário e do Poder Executivo.

De fato, a atuação desses organismos, com seus rituais, poderes mitificados, posturas endeusadas, padrões absolutizados e carga valorativa peculiar, revelam a opacidade⁵⁰ do direito, dificultam a compreensão total das situações jurídico-sociais e potencializam a seletividade do sistema penal oriundo da criminalização primária:

⁴⁹ Para facilitar a compreensão repete-se aqui a definição utilizada no capítulo primeiro: “Vimos a sucessiva intervenção, em três nítidos estágios, de três instituições: a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária. A esse grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar direito penal, chamamos sistema penal.” (BATISTA, 2007, p. 25).

⁵⁰ De acordo com o entendimento de Carlos Maria Cárcova (1998, p. 14): “Existe, pois, uma opacidade do jurídico. O direito, que atua como lógica da vida social, como um livreto, como uma partitura, paradoxalmente não é conhecido, ou não é compreendido, pelos atores em cena. Estes realizam certos rituais, imitam condutas, reproduzem certos gestos, com pouca ou nenhuma percepção de seus significados e alcances.”

Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. Têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, [...] a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é *normal* esperá-la. (BARATTA, 2002, p. 176-177, grifo do autor).

Quando da análise da criminalização primária, dado ao embate político entre grupos sociais distintos com seus respectivos anseios, alertou-se para a identificação dos “não-conteúdos” de algumas leis penais e as “zonas de imunização”. Os interesses das classes hegemônicas, portanto, determina tanto os conteúdos quanto os “não-conteúdos” da norma penal.

Na criminalização secundária, os órgãos e agências penais com respectivas características apontadas, acabam produzindo, também, zonas de “imunização” (BARATTA, 2002, p. 248). Ou seja, Polícias, Ministérios Públicos, Poderes Judiciários e Executivos deixam de atuar contra certos setores sociais, passam a relevar determinadas condutas e, até, não investigam crimes cometidos por sujeitos integrantes desses espaços.

Assim, além de uma atuação seletiva, com uma postura ativa em determinadas direções, acabam assumindo um papel negativo, liberalizando e, em alguns casos, colaborando com comportamentos e práticas corriqueiras nos estratos sociais mais elevados.

No desenvolvimento da análise dessas instâncias estatais é possível identificar outras incoerências e especificidades. Os integrantes das agências policiais estão sujeitos a uma série de complicações, dentre os mais significativos estão: as problemáticas condições de trabalho; quantidade excessiva de horas trabalhadas; alto estresse; poucos recursos para desempenhar suas atividades; e os baixos salários, que acabam colaborando para a precarização do trabalho e, em certa medida, corrupção desses agentes.

Prudente essas ponderações iniciais para não se romancear a análise crítica. Porém, embora contextualizadas, há uma problematização maior quando estão desempenhando suas funções. São inúmeros e constantemente os relatos, denúncias, estudos e comprovações que as polícias, de forma geral, agem com

brutalidade, em desrespeito às realidades comunitárias, em profunda violação de direitos humanos.⁵¹

Seria exaustivo, cansativo e não produtor para os fins deste trabalho, relatar, enumerar e trazer todos os dados e pesquisas que corroboram essa triste realidade. É notório e cotidiano que há uma violência institucional exagerada e corriqueira.

Parece intrínseco a essas corporações uma ideologia autoritária, violenta e repressora, pois evidente que existem aspectos nebulosos por trás dessas práticas⁵².

O Brasil é, ainda, um dos poucos países da América Latina que ainda não puniu, dentro dos parâmetros constitucionais e dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, os agentes públicos que praticaram atrocidades durante a ditadura militar (1964-1985). Há todo um movimento político-midiático para impedir a discussão da lei da anistia, a abertura dos arquivos desse período histórico, em promover responsabilizações e amenização dos danos causados. Parece ser impossível qualquer tentativa de reparação das atrocidades ocorridas nessa época.

A mídia brasileira cumpre um papel essencial nesse processo, já que induz a sociedade civil a todo tempo sobre os riscos que a averiguação dessas barbaridades poderia causar na evidente paz social do país.

No âmbito do Poder Judiciário, o processo de criminalização também é nítido e grave. Existem inúmeras práticas que são engendradas para a manutenção dos estigmas e das opressões. Os aparatos burocráticos, a linguagem jurídica, a maneira como são lidados os criminalizados, tudo isso colabora para a manutenção desse processo seletivo e criminalizante.

⁵¹ As violências são tão absurdas que, segundo o Estudo Global sobre Homicídios de 2011, produzido pela ONU através do Departamento de Drogas e Crimes (UNODC) (2011, online), dentre todas as 207 nações pesquisadas, o Brasil, em 2009, foi a nação com o maior número absoluto de homicídios anuais, alarmantes 43.909. Ainda, para referenciar de maneira ampliada, portanto, não conclusiva, qual seria o peso da violência policial dentre esses números, recorre-se a outro estudo. Segundo uma pesquisa divulgada com base nos dados da Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo, portanto, passível de parcialidade, no ano de 2011 dos 1.299 assassinatos na cidade, 22,3% das vítimas foram atingidas por Polícias Militares (UM ..., 2012, online).

⁵² Um triste exemplo era encontrado no site da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Numa parte sobre a história da Secretaria, tratava o golpe cívico-militar de 1964, como "revolução". Após inúmeras críticas e manifestações esse aspecto foi retirado da página. (SECRETARIA ..., 2012, online).

Uma questão interessante, que problematiza o aspecto seletivo, embora seja refutado pela maioria da doutrina, diz respeito aos integrantes desse poder. O processo educacional é complexo e, dada medida, também opressor e seletivo. Para conquistar qualquer fatia do poder estatal, os indivíduos devem antes passar por toda uma trajetória que, muitas vezes, não é equivalente entre todos os grupos sociais.

Alessandro Baratta, partindo dos estudos de Dahrendorf sobre a “sociedade dividida” e aprofundando a polêmica discussão sobre a existência de uma “justiça de classe” no momento atual do capitalismo global, chega a refletir:

Têm sido colocadas em evidência as condições particularmente desfavoráveis em que se encontra, no processo, o acusado proveniente de grupos marginalizados, em face de acusados provenientes de estratos superiores da sociedade. A distância lingüística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiosos, desfavorecem os indivíduos socialmente mais débeis. (BARATTA, 2002, p. 177).

Diante dessas constatações chega-se até a discutir sobre eventual violação do princípio do juiz natural, pois “o fato é que as minorias étnicas, religiosas, sexuais ou de qualquer outra índole não gozam da substância desse princípio. [...] É claro que tampouco são julgados por seus juízes ‘naturais’ os marginais” (CASTRO, 2005, p. 132).

No Brasil, há pouca reverberação dessa discussão, o que, talvez sirva para reforçar sua pertinência. De todo modo, é nítido, ao menos por estas margens que quem julga, em quase totalidade dos casos, não pertence ou não pertenceu aos grupos sociais, e respectivas manifestações culturais, de quem é julgado.⁵³

No momento da atuação do Poder Executivo na criminalização secundária o problema tem realço seu tamanho. A situação carcerária em nosso país, como na América Latina como um todo, é de uma verdadeira barbárie.

Os estabelecimentos penais são superlotados, pessimamente conservados, a Lei de Execuções Penais, infelizmente, é permanente desrespeitada, poucos desses

⁵³ Apesar das constatações terem sido oriundas da Venezuela, no Brasil a tese de doutorado “A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil” de Frederico Normanha Ribeiro de Almeida demonstra que a situação não é diferente, podendo gerar infindáveis questionamentos e problemas.

espaços públicos respeitam a dignidade dos presos, pois quase a totalidade deles está assolada e acabam degradam o cotidiano dos indivíduos que são criminalizados.

A população carcerária vem crescendo de maneira absurda e discrepante⁵⁴. O Sistema do Departamento Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça já mencionado (InfoPen), informa que em junho de 2011 a população brasileira estava estimada em 190.732.694 de habitantes e a população carcerária era de 513.802 pessoas. Dessa forma, a proporção entre pessoas presas por 100.000 habitantes era de 269,38, um dos maiores números do mundo.

Além dessa quantidade alarmante e em progressão, os números desse sistema podem indicar --- pois qualquer incorporação fria e absoluta soaria antidialético --- mais uma vez, as incoerências e as seletividades dos sistemas penais.

Outras questões tão graves demonstram a inserção e profundidade do problema. No Brasil, em junho de 2011 existiam apenas 62 pessoas presas pelo delito de apropriação indébita previdenciária (Art. 168-A), crime que não é, normalmente, praticado por pessoas pertencentes aos grupos sociais subalternos. Dando o mesmo sentido das críticas apontadas, os presos por crimes contra o meio ambiente totalizavam 120 pessoas e contra a Administração Pública são 536 pessoas presas.

Agora, de maneira desproporcional, 117.143 pessoas estavam presas por delitos que envolviam as previsões legislativas sobre entorpecentes e drogas (Lei n. 6.368/76 e Lei n. 11.343/06) e, como já mencionado no capítulo anterior, 233.926 pessoas (49,35% do total) em razão de crimes contra o patrimônio.

De modo que, eram 351.069 (74,03% do total de crimes tentados ou consumados) pessoas presas por crimes contra o patrimônio ou previstos nas leis de drogas. Há, mais uma vez, uma total discrepância entre a realidade e os sistemas penais, reforçando seu caráter seletivo e classista.

⁵⁴ Segundo pesquisa do IPC-LFG, a população carcerária brasileira irá se tornar a maior do mundo em 2034, passando a população dos EUA, pois nos últimos 20 anos aumentou 450%, enquanto a norte-americana 77%. (POPULAÇÃO ..., 2012, online).

Notório, mais uma vez, o aspecto patrimonialista e seletivo do sistema penal brasileira, através agora não apenas das previsões do Código Penal, o que evidencia a problemática apontada e reforça a urgência de mudanças.

Diversos outros estudos, fotos, relatos, pesquisas e depoimentos corroboram essas constatações e clamam para a emergência de mudanças. Lola Aniyar de Castro (2005, p. 130-132), em estudo aprofundado e paradigmático sobre este processo de criminalização procurou desvendar algumas dessas situações preocupantes, condensando suas reflexões em algumas constatações: a) a condenação formal como parte da criminalização secundária produz também os estigmas e vitimiza os criminalizados; b) a manutenção da marginalidade social, privando parte da população de seus direitos individuais e sociais, acaba sendo um fator importante na criminalização; c) as violações à presunção de não-culpabilidade, comumente, principalmente pelo instituto da prisão preventiva; d) ampliação da reação social e judicial, o que modula uma carreira delitiva para os indivíduos que possuem antecedentes criminais, acarretando em mecanismos psicossociais de etiquetamento internos, produzidos pelo próprio indivíduo; e) procedimentos diferenciados para determinados delitos, sujeitando indivíduos pertencentes a classes subalternas; f) o problema das diferenças sociais entre julgadores e julgados, o que contribui para a criminalização de grupos não hegemônicos, g) mitigação do direito de defesa, em razão da dificuldade do exercício da ampla defesa por causa das prisões provisórias e do sucateamento das defensorias públicas.

Infelizmente, essa realidade é cotidiana e notória. Pouco é feito para reverter essa situação catastrófica, o que demonstra a emergência de práticas jurídico-penais, não apenas discursos ou teorias, com o intuito de amenizar e, quem sabe, modificar essa realidade.

Embora não seja um dado natural e acabado, os órgãos jurídico-penais, além de tudo que já foi apontado, têm vitimizado os criminalizados⁵⁵. Em função das estruturas arcaicas e dos instrumentos jurídicos desproporcionais, muitas situações transformam os indivíduos criminalizados em vítimas.

⁵⁵ Sobre o tema conferir (FREITAS; FALEIROS JÚNIOR, 2011).

O Direito Penal e os sistemas penais não possuem uma essência, um dado pré-moldado ou normas metafísicas que determinam suas características. Eles são instrumentalizados e compostos por indivíduos que realizam suas práticas, através de suas experiências e visões de mundo, e fazem deles exatamente o que são hoje.

Para problematizar essa questão e afastar, minimamente, os discursos vazios e os dogmas, os postulados da criminologia crítica, que sustentam um direito penal mínimo, podem ser um instrumento eficaz nessa seara.

Da maneira pontual tratada no final do capítulo anterior, mas desenvolvido ao longo deste, o direito penal mínimo traz elementos importantes para a afirmação e aprofundamento da tutela penal de direitos humanos.

Existe, em suas compreensões, a preocupação pelos direitos e garantias dos cidadãos e dos acusados, no entanto, reflete sobre os espaços possíveis para a difusão de uma tutela penal democrática de direitos humanos. Nessa abertura de caminhos é possível constatar a similaridade entre o direito penal mínimo e o direito penal democrático:

É por isso que os penalistas afirmam que o Direito Penal deve ser restrito às hipóteses de violação de bens jurídicos, socialmente relevantes, pois a sua aplicação alcança o bem fundamental que é a liberdade – e mesmo assim defendem que esta deve ser limitada apenas nos casos extremos, preferindo-se primeiro as penas alternativas (multa, perda de bens, etc). O Direito Penal mínimo nada mais é aquele que valoriza a liberdade e a igualdade, colocando-as em primeiro plano, o que é uma das características do Direito Penal Democrático. (BORGES, 2005, p. 66).

Evidente o respeito e a promoção da liberdade e da igualdade. No entanto, a discussão e utilização dos instrumentos jurídico-penais não podem restringir-se ao aspecto passivo da questão. Diante do acontecimento de fatos, da ocorrência dos crimes, do desenvolvimento humano, o mero discurso sobre os aspectos autoritários e seletivo do Estado e do Direito Penal demonstra-se irreal e encastelado nos postulados liberais, mesmo procurando negá-los.

Inviável, como analisado, apenas a problematização das violações de direitos causadas pelo Estado através dos sistemas penais. É possível, dentro de certos limites, que se utilize o direito penal, em última instância, para tutelar direitos humanos. Seria o uso alternativo do direito penal, um uso não autoritário, não

hegemônico, em confronto com suas características históricas, no intuito de beneficiar as classes subalternas:

Podemos dizer que o Direito pode ser usado politicamente. E a política do Direito pode constituir seu uso alternativo. É afirmar, usar o Direito em sentido contrario ao papel atribuído pelo modelo de produção e distribuição de bens na sociedade. [...] O uso alternativo do Direito pressupõe superar as chamadas ideologias da “rejeição”. Ou seja, que para fazer política do Direito no sentido indicado, é necessário não rejeitar de maneira absoluta a juridicidade vigente, nem tampouco aceitá-la acriticamente, mas entendê-la dentro da estrutura e do momento conjuntural, e procurar dar-lha um sentido que beneficie as classes dominadas. (RANGEL, 2006, p. 102, tradução nossa).⁵⁶

Até porque, o Direito Penal é construído cotidianamente pelos sujeitos envolvidos direta no processo sócio-político de edificação de direitos, não possui uma essência ou uma pré-composição a esse processo. Nesse sentido, ressalta-se didaticamente:

Afirmar, simplesmente, que o Direito é “mal por natureza”, ou algo congênere, significa escamotear a atuação dos homens e mulheres de carne e osso que dele se servem, diminuindo-se, ou se desconsiderando a responsabilidade das pessoas, pelos usos e significados que fazem do fenômeno jurídico. Se o Direito é atuado como instrumento de controle, de repressão, de conformação de condutas em tal ou qual direção, é porque algumas pessoas, que detêm o monopólio/hegemonia sobre a juridicidade – em um determinado período de tempo e local – empenham-se, sobremaneira, para que ele aja assim, ainda que no plano retórico, no discurso, as coisas não se coloquem dessa forma, pelo menos de modo tão explícito. (CELOS, 2007, p. 61).

Nesse encaminhamento, a preocupação e atuação dos adeptos dessa concepção devem ser no sentido de construir teorias e práticas “do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa” (BARATTA, 2002, p. 197). Situando, dessa

⁵⁶ “Podemos decir, que el Derecho puede ser usado políticamente. Y la política del Derecho puede constituir su uso alternativo. Es decir, usar el Derecho en contrasentido al papel asignado por el modelo de producción y distribución de bienes en la sociedad. Como manifestamos, entre la estructura y la superestructura existe una interacción dialéctica: economía, derecho e ideología se interrelacionan; forman un “bloque histórico” que vive su propio proceso. El uso alternativo del Derecho presupone superar las llamadas ideologías del “rechazo”. Es decir, que para hacer política del Derecho en el sentido indicado, es necesario no rechazar de manera absoluta la juridicidad vigente, ni tampoco aceptarla acriticamente, sino entenderla dentro de la estructura y en el momento coyuntural, y procurar darle un sentido que beneficie a las clases dominadas.”

maneira, as contribuições para a discussão e formulação de propostas sobre as questões criminais.

De forma mais abrangente, no direcionamento para a construção dessa política criminal e problematizando sobre os comportamentos socialmente negativos, importante a percepção e delimitação de uma “teoria crítica do sistema penal”, articulada sobre quatro conceitos essenciais:

a) *Desvio*: desviantes são comportamento ou pessoas definidas como tal, porque se separaram de modelos sociais de comportamento (normas sociais), ou daqueles que reconhecem tais modelos como válidos. b) *ilicitude penal*: ilícitos penais são os comportamentos definidos como tais pela lei penal, ou seja, os delitos (criminalização primária, por ação do legislador). c) *Criminalidade*: criminosas são pessoas às quais foram aplicadas, com efeitos socialmente relevantes (p.ex., estigmatização, redução de *status*), definições legais de delitos (criminalização secundária, por ação dos órgãos incumbidos da aplicação da lei penal). d) *Negatividade social*: socialmente negativos são comportamentos contrastantes com necessidades e interesses relevantes dos indivíduos ou da comunidade, sobre a base de critérios de valoração considerados válidos. Dependendo desta valoração, pode ser posta a questão de se é possível e oportuno intervir com meios de controle social sobre certos comportamentos, e quais são os meios idôneos para tal intervenção. (BARATTA, 2002, p. 244).

Percebe-se que ao longo do trabalho foram abordados, com profundidades distintas aspectos envolvendo os conceitos: desvio, ilicitude penal e criminalidade. Porém, dentro dessa teoria crítica sobre os sistemas penais, restou inconclusa a abordagem sobre a problemática, pois falou uma discussão condizente sobre os comportamentos socialmente negativos. Por isso, ressalta-se neste momento, a importância das considerações sobre os comportamentos socialmente negativos. Mas o que seriam os interesses relevantes dos indivíduos ou da comunidade? Quais critérios de valoração são válidos? Quais as melhores formas de compreendê-los e tutelá-los?

Conforme desenvolvido, a criminologia crítica e o direito penal mínimo, partindo de uma clara condição subalterna, na formulação de uma política criminal alternativa procuram suplantar o sistema hegemônico e suas estruturas sócio-econômicas atuais. De modo que, de forma objetiva e através do Direito Penal Democrático, comprometendo-se umbilicalmente com o reconhecimento, tutela e difusão de direitos humanos, deve-se pautar a atuação crítico-dialética no direito penal na luta contra os comportamentos socialmente negativos, pois:

Enquanto a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência na própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade, as classes subalternas ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra os *comportamentos socialmente negativos*, isto é, na superação das condições próprias do sistema sócio-econômico capitalista, às quais a própria sociologia liberal não raramente tem reportado os fenômenos da 'criminalidade'. Elas estão interessadas, ao mesmo tempo, em um decidido deslocamento da atual política criminal, em relação a importantes zonas de nocividade social ainda amplamente deixadas imunes do processo de criminalização e de efetiva penalização (pense-se na criminalidade econômica, na poluição ambiental, na criminalidade política dos detentores do poder, na máfia, etc.), mas socialmente mais danosas, em muitos casos, do que o desvio criminalizado e perseguido. (BARATTA, 2002, p. 197-198).

Notório, afinal, que para a edificação de uma democrática tutela penal de direitos humanos, os aportes teóricos do direito penal mínimo devem abordar e discutir as compreensões sobre os comportamentos socialmente negativos. Além disso, este trabalho procura, também, inserir a reflexão dessas compreensões a partir da teoria crítica de direitos humanos.

Como alertado, o conteúdo crítico e contextualizado sobre direitos humanos é negligenciado pelos adeptos dessa concepção o que, provavelmente, dificulta a construção de avanços importantes.

Apesar desse diagnóstico coerente e mesmo diante desses instrumentos, posturas e construções críticas e aprofundadas, o direito penal mínimo, assumindo aspectos progressivos e sócio-históricos sobre direitos humanos, não desenvolveu profundamente essa concepção. Como já citado no capítulo anterior⁵⁷, Alessandro Baratta (2004, p. 299-300) apenas menciona sua percepção de direitos humanos, sem, contudo, defini-los e discuti-los.

A teoria crítica de direitos humanos que será desenvolvida no próximo capítulo pode sugerir, concretamente, outras vivências e percepções. A preocupação e intuito, agora, é dotar de conteúdo e significativo a compreensão de direitos humanos e dos comportamentos socialmente negativos, possibilitando uma tutela penal democrática de direitos humanos, assumindo os limites de utilização

⁵⁷ “O conceito de direitos humanos assume, nesse caso, uma dupla função. Em primeiro lugar, uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal. Em segundo lugar, uma função positiva a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal¹. Um conceito histórico-social dos direitos humanos oferece, em ambas funções, o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que atualmente constitui o momento prioritário de uma política alternativa do controle social.”

desses mecanismos estatais na defesa e promoção de direitos humanos, apontando possíveis outros caminhos e práticas na transformação dessa sociedade.

Intentou-se problematizar a questão do Direito Penal procurando indicar algumas situações e argumentos que possam conduzi-lo através dos contextos concretos, afastando-se de abstrações e idealidades. A realidade concreta está diante de todos e, por mais importantes que sejam os sonhos e utopias, devemos buscar alternativas a partir das situações as quais estamos inseridos e dos caminhos que temos para trilhar:

O homem tanto é *Homo faber* quanto *Homo sapiens* e, assim, inseparavelmente. Ao mesmo tempo, as idéias que não são mediadas pela base material da vida social, através das atividades vitais dos indivíduos que constituem a sociedade, não são, de forma alguma, ativas; ao contrário, são relíquias sem vida de uma época passada. (MÉSZÁROS, 2008, p. 163, grifo do autor).

Nesse sentido, apensar das permanências históricas seletivas e opressoras, o Direito Penal, através da atuação dos indivíduos de carne e osso, pode assumir um papel democrático e, até mesmo libertário, caso seja fundamentado e “mediado pela base material da vida social”. Afinal, a realidade não é uma fábrica de sentimentos, de desejos; portanto, impossível viver o Direito Penal apenas como alguns o romaneiam.

CAPÍTULO 3 TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS

*“Cadê os documentos de seus concursos?” indagaram
 E os pobres passarinhos se olharam assustados
 Nunca haviam freqüentado escola de canto, pois o canto nascera com eles
 Seu canto era tão natural que nunca se preocuparam em provar que sabiam cantar
 Naturalmente cantavam
 ‘Não, não, não assim não pode, cantar sem os documentos devidos é um
 desrespeito a ordem!’ Bradaram os urubus
 E em uníssono expulsaram da floresta os inofensivos passarinhos
 Que ousavam cantar sem alvarás
 “Moral da história: em terra de urubus diplomados não se ouve os cantos
 dos sabiás.”
 Muito Obrigado - Mundo Livre S/A*

Apesar da evidente falência dos modos de vida hegemônicos, com a absolutização de alguns interesses em detrimento de outros, da exclusão significativa de pessoas e grupos sociais inteiros da possibilidade mínima de livremente desenvolverem-se, e mesmo com as notas críticas sobre o Estado e o Direito Penal apontadas no capítulo anterior, a humanidade, sobretudo ocidental, ainda utiliza esses instrumentos jurídico-penais, predominantemente, para oprimir e manter-se no controle político e econômico. Essa permanência ocorre, talvez, porque as sociedades não incorporaram percepções, anseios e posturas que não sejam a emanção imediatista para a satisfação do ser individual¹.

¹ Entendimento consubstanciado conforme a perspicaz observação, ainda atual: “Continuam a existir todas as implicações da vida egoística na sociedade civil, fora da esfera política, como propriedade da sociedade civil. Onde o Estado político atingiu o pleno desenvolvimento, o homem leva, não só no pensamento ou na consciência, mas na realidade, na vida, uma dupla essência --- celestial e terrestre. Ele vive na sociedade política em cujo seio é considerado como ser comunitário, e na sociedade civil onde age como simples indivíduo privado, tratando os outros homens como meios, aviltando-se a si mesmo em seu meio e tornando-se joguete de poderes estranhos” (MARX, 2003, p.22). Logo em seguida, Marx (2003, p.37, grifo do autor) apresenta um contraponto a essas ideais e práticas individualistas: “Só será plena a emancipação humana quando o homem real e individual tiver em si o cidadão abstrato; quando como homem individual, na sua vida empírica, no trabalho e nas suas relações individuais, se tiver tornado um ser genérico; e quando tiver reconhecido e organizado suas próprias forças, como forças sociais, de maneira a nunca mais separar de si esta força social como força política.”

Principalmente na América Latina, as formas de organização política e econômica vêm mantendo as estruturas jurídicas e sociais da maneira que estão constituídas. E por outro lado, como não se discute nem se analisa profundamente as estruturas jurídicas e sociais, muito menos se problematizam anseios diferenciados e eventuais mudanças, contribui-se para que tudo permaneça da forma como têm sido.

Encobrem-se as intrínsecas ligações entre os organismos jurídicos, as manifestações e anseios populares e os modos de (re)produção da vida dos sujeitos dentro do caminhar histórico. Desconhecem ou conscientemente desconsideram que:

O Direito é processo, dentro do processo histórico, e, como este, um processo dialético; é a expressão, num ângulo particular e inconfundível, da dialética dominação-libertação, que constitui a trama, o substrato e a mola do itinerário humano, através dos tempos. (LYRA FILHO, 1981, p. 7).

Desse modo, para analisar, problematizar e realçar estas relações encobertas, necessário, assim, a percepção desse aspecto processual do direito, dentro do processo histórico. Imprescindível, por outro lado, constatar as características dos sistemas penais e suas permanências históricas e do Direito Penal e sua “dialética dominação-libertação”, pois fruto da própria construção humana. Imperioso reconhecer o papel conformador que as percepções clássicas de direitos humanos desempenham para legitimação das desigualdades, das opressões e para a manutenção do *status quo*.

Outras formas de visualizar o fenômeno jurídico como um todo e o criminógeno especificamente, acabam demonstrando-se insuficientes e romanceadas, pois descontextualizadas e idealizadas. Por isso que a complexidade das relações do jurídico com o político, com o social e com o econômico, deve ser realçada, refletida e, na medida do possível compreendida, não escamoteada, como vem ocorrendo eficazmente nas margens latino-americanas.

A pretensa análise neutra e particularizada da ciência jurídica, das questões criminais e das violências, é a demonstração, justamente, da relevância da assunção dos aspectos sociais e políticos dos conflitos.

De modo que, para relacionar entre si esses aspectos, recorre-se às análises de uma teoria crítica de direitos humanos, com os pés e a cabeça por estas latinas margens, para dotar de outros sentidos direitos humanos e, conseqüentemente, dentro das proposições deste trabalho, problematizar sobre os comportamentos considerados socialmente negativos. No sentido empreendido:

Uma maneira adequadamente latino-americana de aproximar-se do o conceito de uma ‘teoria crítica de direitos humanos’ é identificar em que ela *não consiste*. [...] Uma teoria crítica de direitos humanos não está posicionada em relação a eles a partir de *qualquer* concepção de *Direito natural*. [...] Uma teoria crítica de direitos humanos, no entanto, também não se afirma *exclusivamente no iuspositivismo*. Demos apenas um exemplo, embora através de várias ilustrações, de como os posicionamentos de Direito natural (iusnaturalismo) e do iuspositivismo *não contêm nem facilitam uma compreensão crítica de direitos humanos*. (GALLARDO, 2010, p. 58, grifo do autor, tradução nossa).²

Como indicado no início do trabalho³, a compreensão jurídica tradicional acaba restrita, de forma geral, a esses dois modelos filosófico-jurídicos (iusnaturalismo e iuspositivismo) e suas variadas vertentes. A compreensão crítica sobre direitos humanos não partirá dessas tradicionais formas de análise do fenômeno jurídico, ao contrário, examinará, na realidade, suas lacunas, insuficiências e incongruências. De modo que será possível constatar que são “[...] *falsas* desde o ponto de vista do *conhecimento* e sua *comunicação* e politicamente *nocivas* para alguns setores sociais, pois facilitam a reprodução de formações sociais baseadas na discriminação e na dominação/sujeição.” (GALLARDO, 2010, p. 67, tradução nossa)⁴.

Nesse sentido, destaca-se a importância da compreensão dos processos de luta em que se forjam direitos humanos, o que demarca, também, seus sentidos, percepções e sua práxis.

² “Una manera adecuadamente latinoamericana de acercarse al concepto de una ‘teoría crítica de derechos humanos’ consiste en señalar en qué no consiste. [...] Una teoría crítica de derechos humanos no se posiciona en relación con ellos desde ninguna concepción de Derecho natural. [...] Una teoría crítica de derechos humanos, sin embargo, tampoco se afirma exclusivamente en el iuspositivismo. Demos un solo ejemplo, aunque mediante varias ilustraciones, de cómo los posicionamientos de Derecho natural (iusnaturalismo) y del iuspositivismo no contienen ni facilitan una comprensión crítica de derechos humanos.”

³ Conforme explicitado por Roberto Lyra Filho (1981, p. 16-17) e Antonio Alberto Machado (2011, p. 25).

⁴ “[...] falsas desde el punto de vista del conocimiento y su comunicación y políticamente nocivas para algunos sectores sociales en tanto facilitan la reproducción de formaciones sociales que descansan en la discriminación y la dominación/sujección.”

Da mesma forma, possível constatar que na seara penal, as formas tradicionais de visualização do fenômeno jurídico (ora jusnaturalistas ora juspositivistas) dão elementos contundentes para a manutenção das características históricas dos sistemas penais e seu funcionamento corriqueiro. Suas preocupações com direitos humanos, com práticas comunitárias e anseios populares são mínimas e restringem-se aos conceitos tradicionais de bens jurídicos e/ou ao conceito normativo-formal de direitos fundamentais, cuidadosamente, diferenciado de direitos humanos. Estão encantados com a beleza estética e discursiva, apenas, que esses direitos podem gerar.

O incomodo, como analisado, é que as perspectivas críticas, progressistas e em dada medida contra-hegemônicas dos sistemas jurídico-penais, não avançaram na percepção sobre as concepções acerca de direitos humanos, restando-se limitadas no desenvolvimento da crítica sobre os sistemas penais e, consequentemente, na formulação de caminhos para transformações e mudanças. Embora não estejam seduzidos pelos conteúdos vazios de direitos humanos, promovem escassas reflexões e tentativas de promovê-los e expandi-los, deste modo, suas críticas acabam circunscritas aos aspectos históricos sistemas jurídico-penais. Não deslocam suas preocupações para a base material da sociedade, para as classes excluídas e exploradas e seus processos de construção de direitos, apreendem-se aos inúmeros procedimentos dogmáticos, técnicos e discursivos, contribuindo justamente com as concepções que pretendem criticar e contrapor.

Para corroborar essas afirmações e estancar qualquer dúvida sobre os restritos conceitos de direitos humanos nos quais se sustentam essas posturas críticas, menciona-se agora --- além das percepções já mencionadas nos capítulos anteriores⁵ ---, um apego demasiado às dimensões normativas desses direitos, com tênue abstração (mesmo assumindo-se como uma concepção histórico-social):

⁵ Embora já citadas ou referenciadas, reitera-se neste momento específico: “Mas os *Direitos Humanos* não são uma *utopia* (em sentido negativo), mas um programa de transformação da humanidade de longo alcance. Considerá-los de outro modo seria banalizá-los e instrumentalizá-los. Sua positivação em documentos normativos internacionais serve para fornecer um parâmetro para medir até que ponto o mundo está “ao contrário”. A alegação de que os Direitos Humanos estão realizados não passa de uma tentativa de colocá-los “ao contrário” e, portanto, de neutralizar seu potencial transformador. Enquanto os Direitos Humanos indicam um programa realizador da igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de cristalização de desigualdade de direitos de todas as sociedades. [...] Este fenômeno se explica porque a ideologia dos Direitos Humanos reconhece raízes distantes, quem sabe presentes em todo o “saber milenar” da humanidade, sendo absurdo que tal o como jusnaturalismo reclame para si sua paternidade, como patrimônio exclusivo.” (ZAFFARONI, 1993b, p. 31, grifo do autor, tradução nossa) e “Um conceito histórico-social dos direitos humanos permite incluir também aqueles interesses coletivos,

Os direitos humanos constituem a projeção normativa, em termos do dever ser, das potencialidades supracitadas, ou seja, das necessidades reais. Neste sentido, o conteúdo normativo dos direitos humanos, entendido numa concepção histórico-social, sobrepõe-se às suas transcrições nos termos do direito nacional e das convenções internacionais, assim, como a idéia de justiça sempre ultrapassa às suas realizações dentro do direito e indica o caminho à realização da idéia do homem, ou seja, do princípio da dignidade humana. (BARATTA, 1993, p.46-47).

Antes de discutir profundamente posturas críticas sobre direitos humanos, que subsidiariam reflexões abrangentes sobre os conteúdos dos comportamentos socialmente negativos e com isso embasariam pretensa tutela penal desses direitos; imperioso verificar as perspectivas que usualmente abordam ao tema, ponderando se trazem conteúdos e propostas para debater a questão.

3.1 A revelação da desordem: o cativo encantador de direitos humanos, posturas teóricas e institucionais

Como intrínsecos às formulações jurídico-políticas, direitos humanos são hegemonicamente compreendidos e difundidos a partir de posturas clássicas, tradicionais, dentro, portanto, de um momento histórico específico e de determinada organização política e social. Como mencionado, as teorias jurídicas fundamentam-se basicamente em dois modelos teóricos (jusnaturalismo⁶ e positivismo), o que

como a saúde pública, a ecologia, as condições laborais. Esses objetos abarcam também a tutela das instituições, porém, unicamente, nos casos de essas não serem consideradas como um fim em si mesmas, ou em função da auto-reprodução do sistema social, senão como reflexo das necessidades reais das pessoas. A perspectiva humanística que fundamenta a política da mínima intervenção penal imprime nessa uma direção oposta às das atuais tendências para uma expansão tecnocrática do sistema punitivo para a tutela da “ordem”, em relação ao qual a subjetividade e a diversidade dos indivíduos são considerados como potenciais fatores de perturbação, enquanto que as necessidades reais dos homens estão tautologicamente limitadas aos requerimentos de confiança na ordem institucional.” (BARATTA, 2004, p. 299-300)

⁶ Na América Latina, as concepções sobre Direito natural são originárias de duas versões básicas: “[...] o direito natural clássico ou do *Mundo Antigo*, e o jusnaturalismo ou direito natural *Moderno*. Suas denominações não devem confundir. O Direito natural do Mundo Antigo chega hoje até nossa América Latina através do extenso, diversificado e variado peso cultural da instituição clerical católica. Por outro lado, o direito natural Moderno faz parte da *sensibilidade cultural* que vê no *capitalismo* (e na acumulação de capital) a maneira ideal, a mais possível, de *racionalidade humana*.” (GALLARDO, 2010, p. 58, tradução nossa). “[...] *el derecho natural clásico o del Mundo Antiguo, y el iusnaturalismo o derecho natural Moderno. Sus denominaciones no deben confundir. El derecho natural del Mundo Antiguo llega hoy hasta nosotros en América Latina vía el extendido, diversificado y vario peso cultural de la institución clerical católica. A su vez, el derecho natural Moderno hace parte de la sensibilidad cultural que ve en el capitalismo (y en la acumulación de capital) la forma óptima, la más alta posible, de racionalidad humana.*”

revela a existência de um “mal estar da cultura jurídica contemporânea” (MÉDICI, 2011, p.18), influenciando decididamente o aprisionamento de direitos humanos no cativeiro encantatório desses discursos e práticas.

De fato, como direitos são produções humanas⁷, conseqüentemente, são também políticos e ideológicos, assim, as praticas, os discursos e teorias sobre direitos humanos acabam sendo utilizadas, também, para a manutenção das estruturas políticas e, até mesmo, para oprimir e violentar. O que revela a reversibilidade do direito ao demonstrar que pode ser instrumentalizado em um sentido libertário ou opressor, pois mesmo em nome de direitos humanos e da democracia, ocorrem opressões e barbáries:

Entendemos por reversibilidade essa condição do direito de ser interpretado e aplicado em um ou outro sentido, inclusive contraditório entre si; assim também, o fato de que os direitos específicos, inclusive todos eles juntos, são produtos de um processo histórico de lutas sociais em sentido genérico, portanto, da mesma forma se pode ganhar ou perder. (SÁNCHEZ RUBIO, 2006, p. 23).

[...] historicamente, os direitos fundamentais foram instrumento tanto de exclusão como de inclusão, de desigualdades como de igualdades, de acordo com os seres humanos que ficaram dentro ou fora da condição de sua titularidade. Houve, portanto, uma reversibilidade do significado dos direitos humanos que permanece até hoje. (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 32).

Essa percepção é política e conjuntural, o que permite expandir a análise e a compreensão dos conteúdos dos lados dessa reversibilidade. Não são meras facetas, ou lados contrapostos, possuem sentidos, permitem leituras e influem em práticas e formulações teóricas. Nesse viés, visualiza-se, assim, a densidade de uma dupla perspectiva, de encantamento e desencantamento:

Como toda produção humana, parte-se da ideia que direitos humanos podem ser tanto uma instância de luta libertadora por uma dignidade que emancipa, como um instrumento de dominação que legitima distintas

⁷ Compartilhando e compreendendo esse processo no mesmo sentido da percepção e entendimento de Antonio Escrivão Filho (2011, p. 123): “Importa reconhecer que o direito é realização humana, produto do trabalho em sua dimensão social e, desse modo, corresponde às ações humanas, ações que, reiteradas no tempo, transitam do indivíduo à sociedade e, a partir de determinado momento na história, são positivadas, culminando em codificações que, pretensamente, representam o próprio direito, mas, no entanto, nada mais refletem que as condutas daquela específica organização social.”

formas de exclusão e inferiorização humana, daí seu duplo efeito encantador e de desencanto. (SÁNCHEZ RUBIO, 2011, p. 9, tradução nossa).⁸

Porém, há uma ponderação necessária. Apesar das possibilidades atraentes e sedutoras geradas por esta outra perspectiva (que produz encantamento), como a cultura jurídica dominante apreende-se a postulados descontextualizados, abstratos e ideais, toda a ativação teórico/prática de direitos humanos acaba encastelada, supervalorizando-se os aspectos discursivos e aparentes. Sonegam as potencialidades transformadoras de direitos humanos em razão das aparências normativas e discursivas geradas.

Nesse sentido que as práticas e teorias dominantes acabam restritas e inebriadas pelo efeito encantatório, dissimulando o caráter problematizador, tensionador, e, até, revolucionário que esses direitos possuem.

Não é importante, nem mesmo coerente, para os grupos detentores dos poderes políticos e econômicos que direitos humanos desçam dos tratados, convenções, códigos e idealizações e reconheçam, promovam e expandam as vivências e aspirações sociais e populares, promovendo alterações significativas nos modos de vida. Pelo contrário, em todos os campos da difusão ideológica (meios de comunicação de massa, escolas e faculdades, espaços sociais, etc.) emanam os efeitos perfunctórios e meramente encantatórios. A cultura jurídica, como parte dos anseios desses grupos, também atribui esses aspectos a direitos humanos:

É precisamente esse “aprisionamento” de uma teoria dos direitos fundamentais no “campo paradigmático” juspositivista que impede a construção de novos paradigmas teóricos, capazes de assegurar a efetividade (eficácia social) “intensiva” e “extensiva” dos direitos básicos do homem na sociedade burguesa, o que confere a essa categoria de direitos um efeito apenas “encantatório”, isto é, ilusionista, retórico e vazio. (MACHADO, 2011, p. 29).

Talvez, com as lutas e conquistas históricas de alguns direitos e o posterior reconhecimento estatal através de previsões legislativas, surja uma percepção de

⁸ “Como toda producción humana, se parte de la idea que derechos humanos pueden ser tanto una instancia de lucha liberadora por una dignidad que emancipa, como un instrumento de dominación que legitima distintas formas de exclusión e inferiorización humana, de ahí su doble efecto encantador y de desencanto.”

incorporação de direitos humanos na vivência cotidiana. Contudo, outros mecanismos e instrumentos são criados e utilizados para não assegurar, concretamente, a efetividade “intensiva e extensiva” de direitos humanos⁹.

De todas as maneiras dificulta-se a intensificação de direitos humanos, pois sempre dotam de suficiência as concretizações alcançadas, não as compartilhando com veemência. E, de outra forma, porém, com os mesmos propósitos, criam obstáculos para circunscrever qualquer reclamo ou mobilização popular ao que já esteja previsto em leis ou na Constituição, evitando a extensão desses direitos.

Discutem e criam infundáveis teorias, discursos, impedimentos para justificar, dando legitimidade e fundamento, a não efetividade de direitos em setores específicos, porém, extremamente táticos para a ordem vigente.

Nesse sentido David Sánchez Rubio (2011, p. 87, tradução nossa) constata essa problemática e indica uma das dificuldades (sensibilidades culturais dominantes, que será desenvolvida no próximo tópico desse capítulo) que contribuem para evitar a expansão “intensiva” e “extensiva” de direitos humanos e, conseqüentemente, sua efetividade:

Por exemplo, o movimento de trabalhadores ou o movimento dos direitos das mulheres ou dos povos indígenas, apesar de possuírem reflexos normativos e institucionais como expressões da objetivação das suas reivindicações, não conseguiram uma revolução triunfante em todos os níveis (assim sendo, é muito importante a necessidade de caracterizar apropriadamente cada luta) com a conseguinte justificação de idéias que

⁹ Reconhece-se que nesse momento ocorre um processo político-jurídico identificado por Antonio Gramsci (2004, p. 291-92-93, p. 421, p. 428, etc.) em suas análises sobre a realidade italiana e condensada na idéia de “revolução-passiva”. Essas situações seriam transformações sociais ocorridas “pelo alto”, desencadeadas pelos grupos sociais já detentores dos poderes econômicos e políticos que, diante de uma convulsão social fariam concessões, pequenas reformas, com tênues alterações para manterem-se no estrato social em que se encontram, desencadeando “revoluções-restaurações. Com concessões, positivamente de alguns direitos, mas inviabilizados por outras questões, iludem indivíduos e grupos sociais subalternos sobre a abrangência das transformações, perpetuando as estruturas sociais, políticas, econômicas e culturais de outras maneiras. Carlos Nelson Coutinho (2003, p. 193-219) retrata, especificamente no Brasil República, os diversos momentos da recente história brasileira em que ocorreram transformações “pelo alto”, identificando cada ponto em que foram atendidas apenas, algumas reivindicações populares, vislumbrando evitar rupturas mais drásticas no sistema que sustentava os poderes no país. De modo que, apesar de reconhecer o avanço na previsão normativa de direitos humanos, não deve ser o único espaço de luta para sua concretização como será analisado no tópico seguinte.

permitam uma sensibilidade popular aceita genericamente e que tenha como consequência um real reconhecimento e uma efetiva garantia.¹⁰

Nessa forma vazia de operacionalizar direitos humanos, criando-se obstáculos para sua concretização, é possível visualizar a formação da “ilusão jurídica”, como constata por Marx, “[...] em sua abstração das condições materiais de uma transformação radical¹¹ [...]” (MÉSZÁROS, 2008, p. 158-159). Distanciam-se e abstraem-se direitos humanos, dessa forma, das bases fundantes necessárias para que sejam e estejam profundamente concretizados nas vivências cotidianas dos indivíduos e grupos sociais.

Como exemplo singelo, contudo, escancarador, menciona a relação entre a igualdade e o direito à posse “[...] pois a aplicação da pretendida igualdade de direitos à posse culminou em uma contradição radical, visto que implicou necessariamente a *exclusão* de todos os outros da posse efetiva, restrita a um só indivíduo.” (MÉSZÁROS, 2008, p. 159, grifo do autor).

Esses aspectos críticos demonstram, mais uma vez, como direitos humanos estão vinculados às práticas políticas e às estruturas econômicas e sociais, sendo impossível compartimentá-los ou segmentá-los. Não adianta apenas proclamar e positivar o direito à posse, à igualdade, se, entretanto, tornam-se abstrações diante da realidade concreta. Existem as previsões normativas, que encantam pela mera forma esculpida, mas outros instrumentos cuidam para não transformá-los em arte.

Os mecanismos jurídicos, econômicos, sociais e culturais das sociedades contemporâneas criam dificuldades para que sujeitos expressem, autonomamente, suas potencialidades. Proclama-se exaustivamente que todos têm direitos, são iguais, podem exercer suas vontades livremente, pois estão em um Estado Democrático de Direito sob o império da lei e da Constituição, contudo, materialmente, são sonegados os direitos mais básicos para uma concreta vida digna.

¹⁰ “Por ejemplo, el movimiento obrero o el movimiento de los derechos de las mujeres o los pueblos indígenas, si bien pueden poseer reflejos normativos e institucionales como expresión de la objetivación de sus reivindicaciones, no han conseguido una revolución triunfante en todos los niveles (por ello es muy importante la necesidad de caracterizar apropiadamente cada lucha) con la consiguiente justificación de ideas que permitan una sensibilidad popular generalmente aceptada y que tenga como consecuencia un real reconocimiento y una efectiva garantía.”

¹¹ “Ser radical é segurar tudo pela raiz. Mas, para o homem, a raiz é o próprio homem.” (MARX, 2003, p. 53).

O ser humano tem autonomia e liberdade para escolher e trabalhar naquilo que desejar, porém, não há efetivos meios e mecanismos para essa plena realização no seio das sociedades capitalistas neoliberais.

A questão do trabalho é outro exemplo que caracteriza a permanência da ilusão e/ou efeito encantatório de direito humanos. Concretamente, o trabalho¹² é central na vida de qualquer pessoa, pois é através dele que produz as condições materiais objetivas e subjetivas para sua realização enquanto sujeito em constante interação com outros indivíduos e parte de sociedades.¹³ A ampliação das potencialidades de outros direitos perpassa pelo próprio caráter e densidade do trabalho ante as organizações sociais e jurídicas.

Com o alijamento dos meios para a realização humana através do trabalho, acentuam-se as desigualdades e discrepâncias, possibilitando-se opressões e dominações. Indivíduos mais vulneráveis, portanto, em situação de desigualdade, são obrigados a vender sua força de trabalho para a manutenção e reprodução de suas vivências, relativizando, assim, sua autonomia, liberdade, e até sua existência, mesmo com previsões normativas e teóricas em sentido contrário, assegurando a plena liberdade e a igualdade entre os seres. De maneira mais profunda e contundente é a análise e crítica de Helio Gallardo (2008a, p. 238, tradução nossa):

Nas sociedades aonde predomina a relação salarial os direitos fundamentais estão estruturalmente violados para todos. Esta é outra ilustração de que as lógicas de discriminação e seus efeitos de desigualdade revertem (porque eles são um sistema integral) sobre os direitos de liberdade ou de primeira geração e os sobredeterminam.¹⁴

Toda a positivação de direitos na atual quadra histórica, embora relevante e importante, contêm essa possibilidade ilusória, dando o sentido de que pela simples

¹² “Quer escravo, quer servil, quer assalariado, quer intelectual ou manual, o trabalho é meio de realização e alienação humana; de um lado, é instrumento existencial do indivíduo; propicia os meios à sua inserção na sociedade; determina a forma e os termos de sua interação e desenvolvimento, sem esquecer a própria formação de sua subjetividade.” (ESCRIVÃO FILHO, 2011, p. 122).

¹³ No sentido já mencionado no capítulo primeiro: “[...] a liberdade de um ser humano só pode consistir em *sujeitificar-se* procurando que os outros sejam também *sujeitos*” (GALLARDO, 2008a, p. 238, grifo do autor, tradução nossa).

¹⁴ “En las sociedades donde domina la relación salarial los derechos fundamentales están estructuralmente violados para todos. Esta es otra ilustración de que las lógicas de discriminación y sus efectos de desigualdad revierten (porque son un sistema integral) sobre los derechos de libertad o de primera generación y los sobredeterminan.”

expressão em códigos seus efeitos no seio social serão automaticamente cumpridos.

Essa característica inebriante é das mais nefastas sobre os reconhecimentos e normatizações legais de direitos. Em algumas ocasiões, com nítida crueldade, mudam uma vírgula, acrescentam uma letra ou palavra e interpretações, processos hermenêuticos, teorias e argumentos são criados para que os direitos conquistados e positivados com extrema dificuldade, alguns com lágrimas e mortes, não produzam efeitos concretos através, apenas, das leis.

De outra forma, mas mantendo as proposições marxianas, aprofundam-se esses aspectos e visualiza-se a ocorrência de um “fetichismo social”¹⁵, dado o distanciamento da realidade social, material, e direitos humanos, o que desencadeia, também, na própria fetichização do direito. De modo explícito, anuncia-se:

Os mecanismos sociais fetichizados oprimem o ser humano, especialmente os vulneráveis. O Direito objetivo, ao fetichizar-se, deixa em segundo plano as questões relativas aos direitos humanos. A dignidade humana é sacrificada em conformidade com a lei, que vem judicializar a exploração econômica e social¹⁶. (RANGEL, 2002, p. 100, tradução nossa).

Constatações profundas sociopolíticas que demonstram as limitações e insuficiências das concepções clássicas acerca dos direitos. Os instrumentos jurídicos fetichizados pela cultural jurídica contemporânea, principalmente pelas formulações do positivismo, relegam direitos humanos para um papel secundário, meramente discursivo ou formal. Há uma desconexão entre os textos, normas e

¹⁵ “O fetichismo, socialmente falando --- sem negar a dimensão teológica ---, é a substituição de uma realidade social e humana por outra coisa. [...] Aqui o fetichizado é o direito objetivo, ou seja, as leis, a normatividade, em detrimento dos direitos humanos. O direito moderno, tanto sua normatividade como sua sistematização científica, sofreu um processo de fetichização. É considerado como o absoluto. Algo fora do controle do homem, o qual é necessário obedecer cegamente e cultuar.” (RANGEL, 2002, p. 98, tradução nossa). *“El fetichismo, socialmente hablando –sin negar la dimensión teológica–, es la suplantación de una realidad social y humana por una cosa. [...] Aquí el fetichizado es el Derecho objetivo, es decir las leyes, la normatividad, en detrimento de los derechos humanos. El derecho moderno, tanto su normatividad como su sistematicidad científica, ha sufrido un proceso de fetichización. Se le considera como el absoluto. Como algo fuera del control del hombre, al cual es necesario obedecer ciegamente y rendir culto.”*

¹⁶ *“Los mecanismo sociales fetichizados oprimen al ser humano, especialmente a los débiles. El Derecho objetivo, al fetichizarse, deja en segundo término lo relativo a los derechos humanos. La dignidad humana es sacrificada en aras de la ley, que viene a juridizar la explotación económica y social.”*

instituições e os direitos, as realidades dos indivíduos, o que demanda essas pontuações críticas.

Absolutizam os aspectos formais e dogmáticos do direito, dotando-os de auréolas divinas minorando qualquer outra dimensão dessa realidade dialética e complexa.

Há, ainda, esforços para relativizar e dotar de sentidos programáticos, futurísticos, até mesmo pelas posturas críticas e marginais¹⁷, direitos humanos. Aduzem para a existência de uma eterna potencialidade, um vir a ser condicionado por circunstâncias evidentemente econômicas e políticas. O que não deixa de ser algo ideal e abstrato, quase religioso, pois programas podem nunca ser realizados, concretizados. O que, talvez, seja a real finalidade desse profundo esforço para que todos acreditem na eterna potencialidade desses direitos.

O intuito de descontextualizar direitos humanos, preenchendo de abstrações seus conteúdos e desmerecendo os processos e lutas para seu surgimento e sua expansão, caminha no sentido de reproduzir ideais, valores e concepções que contribuam para a manutenção das estruturas de dominação e opressão. A relevância desse aspecto subjetivo na difusão consciente desses anseios transcendentais é contundentemente denunciada:

Para estes imaginários ideológicos, conceitos/valores como o de “justiça” possuem um caráter metafísico, ou seja, “flutuam” por cima das tramas sociais e as deshistoricizam como função da reprodução das dominações vigentes e necessárias e de suas instituições e identificações grupais e individuais inertes, estas últimas como dispositivos internalizados ou subjetivos imprescindíveis para essa reprodução. Contudo, ‘flutuam’ mas ao mesmo tempo incidem normativamente. Para o cidadão comum, e para os setores sociais populares, a ‘justiça’ pode representar algo de que carecem, mas que algum dia chegará (em outra vida ou em uma sentença aleatória e particular de um tribunal).¹⁸ (GALLARDO, 2008b, p. 435, tradução nossa).

¹⁷ Como, por exemplo, em E. Raul Zaffaroni (1993b, p. 31), já demonstrado e citado no Capítulo 1: “Mas os Direitos Humanos não são uma utopia (em sentido negativo), mas um programa de transformação da humanidade de longo alcance. Considerá-los de outro modo seria banalizá-los e instrumentalizá-los. Sua positivação em documentos normativos internacionais serve para fornecer um parâmetro para medir até que ponto o mundo está ‘ao contrário’.”

¹⁸ “Para estos imaginarios ideológicos, conceptos/valores como el de “justicia” poseen un carácter metafísico, es decir “flotan” por encima de las tramas sociales y las deshistoricizan como función de la reproducción de las dominaciones vigentes y necesarias y de sus instituciones e identificaciones grupales e individuales inerciales, estas últimas como dispositivos internalizados o subjetivos imprescindibles para esa reproducción. Es decir, ‘flotan’ pero al mismo tiempo inciden normativamente. Para el ciudadano común, y para los sectores sociales populares, la ‘justicia’ puede representar algo de lo que se carece pero que algún día llegará (en otra vida o en la sentencia aleatoria y particular de un tribunal).”

Explicitam uma gama de sentidos e caracterizações e acabam despolitizando vários conceitos, práticas e instrumentalizações que poderiam desencadear intensas modificações. Até mesmo posturas contra majoritárias ao rebater esse aspecto metafísico, desconectado dos conceitos e das realidades, acabam chegando ao extremo oposto, resvalam num positivismo ortodoxo. Também se distanciam das tramas sociais, perdem a dimensão processual e dialética do direito¹⁹.

Para dar corpo aos anseios dessas concepções tradicionais, sob as justificações de objetivos didáticos ou para o devido reconhecimento histórico, desandaram a bradar pela existência de gerações²⁰ de direitos humanos.

Uma questão interessante envolvendo o surgimento dessa abordagem (gerações) sobre direitos humanos, enfatizando a pertinência das ponderações apontadas sobre seus alcances e coerências, está relacionada com o aparente acaso como foi formulada.

Um integrante (Karel Vasak)²¹ do Instituto Internacional de Direitos Humanos da UNESCO, diante da incumbência de ministrar uma conferência e o pouco tempo disponível para prepará-la, teve a idéia a partir da bandeira francesa e dos lemas da revolução: liberdade, igualdade e solidariedade (ao invés do original fraternidade, pois mais condizente com ordem social estruturada). Porém, sonegou a parte final do grito: “ou a morte!!” (GALLARDO, 2010, online), o que dá ênfase, também, ao aspecto sucessivo, evolutivo e abrasivo com que são encarados, desconsiderando os embates, diversidades e visualizações para sua formação. De modo que, como não revelam os aspectos radicais e revolucionários, contidos nos ideais franceses,

¹⁹ Roberto Lyra Filho (1981, p. 26) faz essa constatação e, durante sua análise, entrecorta aspectos de sua paradigmática posição: “E a Justiça? Quando associamos o Direito à dialética de dominação-libertação e aos pólos Ordem-Justiça, saltam, de dedo em riste, os mesmos acusadores, dizendo que a Justiça é cobertura ideológica --- ‘metafísica’, inventada para disfarçar interesses da classe dominante. No entanto, em sua práxis, enchem a boca, e com razão, de referência à Justiça Social, que é precisamente aquela a que me reporto. Por que desligá-la do Direito, que, aliás, no plural, não se cansam de reclamar, e, de novo, com toda razão (como no caso dos Direitos Humanos)?”

²⁰ Há alguma tentativa na doutrina jurídica brasileira em debandar as noções problemáticas contidas nessa percepção. Alguns autores, dentre eles Paulo Bonavides e Ingo Sarlet, apontam para o problema e sugerem a utilização da terminologia “dimensões” de direitos humanos no intuito de negar a ideia geracional -- da substituição de uma geração de direitos pela outra -- que acaba passando esse termo. A despeito dessa crítica, transparece, ainda, que mantêm outras características incoerentes e não reconhecem a emergência política, conflitiva e sócio-histórica de direitos humanos. De modo que, parece restar sem muita repercussão teórica e prática a iniciativa de mudança terminológica/interpretativa.

²¹ Antonio Carlos Wolkmer (2004, p. 14) atribui a classificação de direitos humanos em civis, políticos e sociais ao sociólogo britânico Thomas Humphrey Marshall em sua obra “Cidadania, Classe Social e Status”.

contribuem para retirar qualquer anseio contestador embutido na formação de direitos humanos, conformando-os dentro dos ditames estruturais das organizações políticas vigentes.

Percebe-se, desde o início desses postulados, o encobrimento de situações que deveriam ser realçadas. A substituição da fraternidade por solidariedade não é opção meramente por outra nomeação, pois carregada de sentido, significado e anseios (propositais ou não). Da mesma forma, a expressão fraternidade contém a ideia de relacionamento entre irmãos (talvez em função de sua inspiração maçônica), compartilhamento, oriundo de identificações comuns, um sentido de aproximação entre posicionamentos e estratos sociais diversos. Enquanto solidariedade perpassa a mera adesão momentânea às situações envolvendo outro indivíduo, singela e escassa ajuda, modesto apoio, a quem necessita ou não possui algo, mantendo o distanciamento entre os grupos e indivíduos envolvidos. (GALLARDO, 2010, online).

Embora relevante a tentativa de identificação histórica de direitos humanos, acabam formando um imponente obstáculo teórico para a percepção concreta, dialética, do processo de construção sócio-histórica de direitos. Perdem, talvez intencionalmente, os aspectos políticos inerentes nesse processo o que mascara conseqüências e problematizações.

A dimensão difusora dessa abordagem é tão ampliada e incorporada que, até mesmo concepções crítico-dialético reverberam essa leitura pela dificuldade de perceber o caráter fragmentário e desmobilizador contido nessas formulações. Em muitos casos não ampliam a visualização da questão e encobrem a própria noção social e os embates políticos, restringindo-se aos escopos jurídicos e legais.

As gerações de direitos humanos são defendidas, em grande parte, pelas tradicionais posturas jusnaturalista e liberais, quando explicitam a percepção de constituírem-se em direitos seqüenciais, surgidos em bloco e, como já apontado, distanciados dos processos de lutas político-sociais e independentes das condições sociais de produção cultural e econômica (SÁNCHEZ RUBIO, 2011, p. 78).

Emanam, basicamente a partir dos ideais franceses (embora haja influência das Declarações norte-americanas), das previsões normativas internacionais (tratados e convenções) desencadeadas após a Segunda Guerra Mundial e suas

difusões nas leis e nas Constituições dos Estados. Passam a ideia de progressividade, universalidade, e reconhecimento igualitário para todos os seres humanos em função do próprio reconhecimento legal.

Consideram que, através da previsão normativa de direitos, esses processos estariam consolidados e, portanto, protegidos. Conferem universalidade²² a anseios, valores, interesses e visões de mundo pertencentes a determinado grupo de pessoas, sem quaisquer elementos concretos, pluridimensional, ou considerações sobre os embates políticos entre os setores sociais diferentes, mas coexistentes em uma mesma sociedade. De modo que, decisivamente:

Esta perspectiva geracional pode irradiar o concebido pelo imaginário moderno e liberal, que por meio de uma universalidade abstrata, silencia e invisibiliza o embate que, desde o início, aconteceu não só entre a ordem feudal frente a que lutava a burguesia, mas também frente a outros grupos sociais que restaram descriminados e marginalizados por não encaixarem no 'traje' da cultural burguesa²³. (SÁNCHEZ RUBIO, 2011, p. 84, tradução nossa).

Percebe-se que a abstração, a discriminação e, por conseguinte, a invisibilização de outros sujeitos, outras práticas, caracteres e manifestações sociais e culturais são posturas essenciais dos que partilham dessa concepção geracional. Ao difundirem essa pretensa universalidade (in)diretamente relativizam outras formas de manifestações culturais, outras maneiras de relacionamento entre indivíduos e entre esses e as estruturas sociais e, conseqüentemente, outras sensibilidades, anseios e modos de vida. Desconsideram, assim, sujeitos de carne e osso, concretos, que não partilharam das movimentações para a edificação e perpetuação do imaginário burguês.

De maneira apenas esquemática, pois descaracterizaria o sentido da crítica desenvolvida, consideram --- para as visões que compartilham da viabilidade da

²² Norberto Bobbio reconhece esse aspecto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: "Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre a sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (BOBBIO, 1992. p. 28).

²³ "Esta perspectiva generacional puede reflejar lo concebido por el imaginario moderno y liberal, que por medio de una universalidad abstracta, silencia e invisibiliza el desgarramiento que, desde sus inicios, se dio no solo entre el orden feudal frente al que luchaba la burguesía, sino también frente a otros grupos sociales que quedaron discriminados y marginados por no encajar en el "traje" de la cultura burguesa."

segmentação de direitos humanos em gerações --- existirem três gerações de direitos humanos.

Sustentam que no Século XVIII, teria surgido a primeira geração, dos direitos civis e políticos, com o aspecto de permitir um posicionamento contra o Estado (que pode ser visualizada na Declaração da colônia inglesa da Virgínia, de 1774, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). A segunda geração, a dos direitos sociais e econômicos, teria se formado no final Século XIX e início do Século XX (tendo como exemplos, a Constituição mexicana de 1917, a Constituição russa de 1918 e a Constituição da República de Weimar de 1919).

Sobre os direitos de terceira geração há certa controvérsia. Alguns argumentam que essa geração está condensada no ideal dos direitos coletivos e difusos (explicitados pelos direitos ao meio ambiente, dos consumidores, etc.), edificados nas décadas de sessenta e setenta do século XX; outros sustentam que seriam os direitos à comunicação e à paz; diferentemente daqueles que consideram o direito à autodeterminação dos povos, que envolveriam aspectos sobre soberania, utilização de recursos naturais próprios, identidade cultural e, ainda, patrimônio comum da humanidade.

Em contrapartida, há concepções minoritárias que aventam para existência de uma quarta geração (que envolveriam as questões de manipulação genética, pesquisas com seres humanos, eutanásia, organismos geneticamente modificados, denominada de bioética) e, outras, ainda, tecem estudos sobre a ocorrência de uma quinta geração (decorrentes das implicações da internet e das tecnologias virtuais).

Porém, uma arguta análise crítica permite perceber que a discussão de direitos humanos através de gerações, acaba deturpando a percepção dos procedimentos históricos, sociais e culturais por esses direitos. Consideram progressivamente a ideia desses direitos, desconsiderando outras dimensões, pois:

[...] não é a população (setores dela) que vão concretizando e determinando exigências de direitos humanos (e ocasionalmente conseguindo algum reconhecimento estatal, mas não necessariamente cultural) que lhes são negados (conflitos situacionais e sistêmicos), mas que é um **ideia**, como a da liberdade, a que se vai determinando a si mesma em

uma **progressão ininterrupta** [...] (GALLARDO, online, 2010, grifo do autor, tradução nossa).²⁴

A crença na progressividade da existência e ocorrência desses direitos desconecta a percepção da indubitável realidade em que são tensionados. Escondem-se as lutas, embates, penúrias e mortes acontecidas nesse processo e supervalorizam-se os aspectos normativos e institucionais. Além do que, os indivíduos não se socorrem do Estado, das leis, tratados e convenções, exclusivamente, e de maneira uniforme. Existem sujeitos e grupos diferenciados, que em momentos específicos formaram suas sensibilidades e lutaram pelas suas identidades. O campo onde ocorrem as disputas políticas é conflituoso e derruba por terra a adesão cega aos textos (convenções e tratados) e leis.

Denota-se assim, os vínculos com poderes dominantes e já constituídos, pois menosprezam os anseios, práticas e necessidades humanas e sociais que tencionaram minimante, os fundamentos que possibilitaram a formação dessas classificações. Qualquer movimento no sentido de problematizar as gerações ou dar concretude aos direitos humanos que estejam proclamados acaba sendo interpretado como risco à segurança da ordem vigente e, em certa medida, deve ser repellido.

De outra forma, essas leituras acabam menosprezando o caráter questionador do sistema político-econômico vigente, incutido nas lutas pelos direitos humanos na formação das sociedades contemporâneas²⁵, tão determinante para o

²⁴ “[...] no es la población (sectores de ella) la que va concretando y determinando exigencias de derechos humanos (y ocasionalmente consiguiendo algún reconocimiento estatal pero no necesariamente cultural) que les son negados (conflictos situacionales y sistémicos), sino que es una **idea**, como la de libertad, la que se va determinando a sí misma en una **progresión ininterrumpida**[...].”

²⁵ “De modo que as demandas sócio-históricas de transferências de poder ligadas com a emergência da ordem moderna capitalista e, depois, durante seu fortalecimento, podem apontar ou para uma destruição do sistema (burguesia nascente) ou para sua reprodução atenuada (força de trabalho incorporada ao sistema, sufrágio igualitário para mulheres, sufrágio universal etc.). É este caráter, o questionamento ou não do sistema, o que entrega o perfil determinante das lutas por direitos humanos nas sociedades modernas.” (GALLARDO, 2010, online, tradução nossa) “De modo que las demandas sociohistóricas de transferencias de poder ligadas con la emergencia del orden moderno capitalista y, después, durante su afianzamiento, pueden apuntar o hacia una destrucción del sistema(burguesía naciente) o hacia su reproducción atenuada (fuerza de trabajo incorporada al sistema, sufragio igualitario para mujeres, sufragio universal etc.). Es este carácter, el cuestionamiento o no del sistema, el que entrega el perfil determinante de las luchas por derechos humanos en las sociedades modernas.”

êxito desse processo. Acabam circunscrevendo-os dentro da ordem político-jurídica vigente, conformando sua característica revolucionária.

Transformam, assim, vivências, realidades, maneiras diferenciadas de existir e, conseqüentemente, qualquer grito para que sejam respeitadas, em algo subversivo, potencialmente contra o sistema vigente. Por isso que, para que possam cantar são necessárias as respectivas ordens e autorizações, mesmo que saibam cantar sem ter freqüentado qualquer escola, à margem da ordem.

Essas posturas resultam ainda numa grave e difundida incongruência. Como imersos na sociedade ocidental, neoliberal, burguesa, patrimonial, patriarcal, etc., os direitos considerados de primeira dimensão são brutalmente fortalecidos e supervalorizados. A universalidade da individualidade e da liberdade molda-se perfeitamente aos princípios que formaram e contribuíram para a manutenção e fortalecimento das discriminações, opressões e violências, ou seja, cooperaram para a modelação e hegemonização da sensibilidade sócio-cultural dominante. Isso ocorre, pois, os valores burgueses e o superdimensionamento dessa maneira de visualizar a liberdade estão baseados na plena e irrestrita defesa propriedade privada. Porém, como já mencionado, apenas alguns têm esse direito reconhecido e protegido.

Nessas paragens latino-americanas a prevalência desses aspectos individualizantes de direitos humanos, considerados de primeira geração, potencializa discriminações e exclusões. Como são absolutos, universalizados e manejados contra o poder arbitral do Estado, qualquer tentativa ou problematização desses aspectos são encarados como uma ameaça à própria existência do ser humano. Porém, de forma contraditória, os mesmos arautos dessa defesa acabam inviabilizando o reconhecimento de outras vivências e culturas, que não estejam em conformidade com os ditames da estrutura hegemônica.

Querem defender, portanto, apenas a sua liberdade, a sua propriedade, calcados nos ideários iluministas e na centralidade do indivíduo. O exercício do direito à liberdade e à propriedade dos sujeitos sem-liberdade e sem-propriedade não importa, pode significar, até, um risco dentro dessa ótica.

Além disso, perigosamente, essa visão fornece fundamentos para algumas críticas dogmáticas ao sistema penal, ao Direito Penal, como analisado no primeiro

capítulo. De maneira até incompreensível, alguns destes posicionamentos contra-hegemônicos absolutizam²⁶ esse viés individualista de direitos humanos --- caminhando, portanto, na direção das ideologias liberalizantes dominantes --- e, dotando-o de superioridade e prevalência sobre outros aspectos, acabam ignorando as múltiplas feições de direitos humanos. Restringem, também, a profundidade de suas críticas e proposições. Contudo, deve-se perceber que direitos humanos:

[...] constituem-se num sistema de direitos indissociáveis e reversamente dependentes uns dos outros; uma relação em que a condição de possibilidade de um assenta sobre a própria realização de outro, de modo que a efetivação dos direitos humanos suponha, de saída, a garantia à efetividade conjunta de todos eles, sob pena do esvaziamento de sentido da própria expressão e força normativa dos chamados direitos humanos fundamentais. (ESCRIVÃO FILHO, 2011, p. 127).

Além das críticas indicadas acima, uma das reflexões mais profundas, problematizadoras e questionadoras sobre a configuração de direitos humanos em gerações foi formulada por Ignacio Ellacuría (SÁNCHEZ RUBIO, 2011, p. 85-86) (MARTÍNEZ, 2008b, p. 133-161).

Através do conceito de “historicização”²⁷, verifica que direitos humanos possuem várias etapas ou elementos não estanques ou segmentados. Parte de uma constatação processual, inclusive para aqueles grupos e sujeitos que não conseguiram alçar suas reivindicações e seus anseios culturais a outros patamares, portanto é um posicionamento não excludente, não discriminatório.

²⁶ Problematicando essas questões, e também criticando a ideia geracional, Jesus Antonio de la Torre Rangel (2002, p. 125, grifo do autor, tradução nossa) sustenta a indivisibilidade de direitos humanos: “De nossa parte sustentamos que são as necessidades juridificadas, das mulheres e homem, as que constituem os direitos humanos, tendo como base uma concepção integral de ser humano e aceitando sua plena dignidade. Por outro lado, preferimos também não falar dos direitos humanos dividindo-os em gerações, porque aceitação a concepção do princípio da *indivisibilidad de los derechos humanos*.” “*Por nuestra parte sostenemos que son las necesidades juridificadas, de las mujeres y los hombres, las que constituyen los derechos humanos, teniendo como base una concepción integral del ser humano y aceptando su plena dignidad. Por otro lado, preferimos también no hablar de los derechos humanos dividiéndolos en generaciones, porque partimos de la aceptación del principio de la indivisibilidad de los derechos humanos.*”

²⁷ “Por historicização Ignacio Ellacuría entende, em primeiro lugar, ver como estão realizando, em uma circunstância determinada, o que se afirma abstratamente como universal ou como ‘dever ser’ do bem comum ou dos direitos humanos; e, em segundo lugar, na posição daquelas condições reais sem as quais não se pode dar realização efetiva ao bem comum e aos direitos humanos.” (SÁNCHEZ RUBIO, 2011, p. 88-89, tradução nossa) “*Por historización Ignacio Ellacuría entiende, en primer lugar, ver cómo se están realizando en una circunstancia dada lo que se afirma abstractamente como universal o como ‘deber ser’ del bien común o de los derechos humanos; y en segundo lugar, en la posición de aquellas condiciones reales sin las que no se puede dar la realización efectiva del bien común y de los derechos humanos.*”

Sua primeira percepção decorre de uma nítida situação de injustiça, de desigualdade, opressão ou exploração, em um determinado grupo de pessoas. Atualmente são notórios os inúmeros casos em que segmentos de uma sociedade passam por estas situações deploráveis, com abusos e violações. Posteriormente, diante dessas situações absurdas, esses grupos desenvolvem uma consciência filosófica e social e percebem as imbricações estruturais por trás das aparências. Notam que não são desigualdades naturais, oriundas desde os tempos antigos ou em função dos desígnios divinos, constataam as contradições da movimentação política e social.²⁸

A percepção da desordem e das contradições dissimuladas, vão se acentuando e passam a incorporar os cotidianos dos sujeitos e do grupo social subalternizado, provocando indignações e processos de resistência frente a estas situações sofríveis. Com o fortalecimento das contestações e a ampliação no seio dos grupos sociais a consciência sobre a ocorrência dessas circunstâncias, os protestos potencializam-se e eventuais transformação podem chegar a acontecer. Nesse momento algumas reivindicações podem ser incorporadas à ordem jurídico-social hegemônica, ensejando processos circunstanciais de inclusão e de reconhecimento de conquistas concretas.

Dentro dessa sistemática, Ellacuría considera que apenas com o triunfo da luta promovida consegue-se formar conceitos, proposições teóricas e necessárias justificações para a compreensão dos acontecimentos e embates. Ressaltando que os aspectos culturais são também importantes para respaldar as conquistas e anseios, dando os sentidos para o entendimento das razões iniciais da mobilização social contra as injustiças e, paralelamente, para o próprio grupo social.

Essas formulações críticas acerca das gerações de direitos humanos possibilitam o reconhecimento de outros coletivos, outros sujeitos, outras sensibilidades e práticas que, circunstancialmente, não lograram êxito (ao menos de reconhecimento jurídico-formal e efetivação concreta) em suas demandas e ações.

²⁸ Essa idéia é muito próxima ao conceito de “catarse” utilizado por Antônio Gramsci (2004, p. 314): “Pode-se empregar a expressão “catarse” para indicar a passagem do momento meramente econômico (ou egoístico-passional) ou momento ético-político, isto é, a elaboração superior da estrutura em superestrutura na consciência dos homens. Isto significa, também, a passagem do ‘objetivo ao subjetivo’ e da ‘necessidade à liberdade’. A estrutura, de força exterior que esmaga o homem, assimilando-o e o tornando passivo, transforma-se em meio de liberdade, em instrumento par criar uma nova forma ético-política, em origem de novas iniciativas.

Não escondem os aspectos políticos da construção de direitos humanos e, também, não sonegam a existência das lutas sociais.

A contextualização aprofundada proposta permite a compreensão da dialeticidade do processo histórico de emergência de direitos humanos, tendo em vista as reivindicações imbricadas, eventuais acolhimentos e rejeições. De modo que:

A historicização exige buscar a raiz mais profunda da negação dos direitos humanos, que deve partir desde dois pólos: desde a realidade negada, que não pode chegar a ser aquilo que poderia e deveria ser precisamente porque a impedem, e desde a realidade negadora, seja pessoal, grupal, estrutural ou institucional. Este é o processo dialético onde a teoria intervém para descobrir a historicidade do direito negado e desejável, e onde a práxis deve ir dirigida ao estabelecimento de estruturas e instituições justas para lograr superar a realidade negadora de dito direito²⁹. (MARTÍNEZ, 2008b, p. 157-158, tradução nossa).

Diante da “historicização” de direitos humanos, aprofunda-se a identificação, e consequente crítica, dos “imaginários ideológicos” que, ao consideram direitos humanos de forma geracional, de acordo com a ordem político-social dominante, acabam por negá-los e inviabilizá-los. De modo que esse outro pólo, o negador de direitos humanos, pode ser explicitado:

‘Imaginário ideológico’ é utilizado aqui para designar uma sensibilidade socialmente produzida que bloqueia as possibilidades de conhecimento dos processos os quais enumera. O efeito político, consciente ou inconsciente, embora não se trata de uma conspiração, é a debilidade para sentir, analisar e avançar na transformação radical desses objetos e processos ideologizados (naturalizados). Quando se trata de processos constitutivos das formações sociais, que é a situação de direitos humanos, este imaginário ideológico torna-se mais poderoso e onipresente. Sua função principal é “infectar” suas vítimas³⁰. (GALLARDO, 2010, online, tradução nossa).

²⁹ “A historización exige buscar la raíz más profunda de la negación de los derechos humanos, que debe verse desde dos polos: desde la realidad negada, que no puede llegar a ser aquello que podría y debería ser precisamente porque se lo impiden, y desde la realidad negadora, sea personal, grupal, estructural o institucional. Este es proceso dialéctico donde la teoría interviene para descubrir la historicidad del derecho negado y deseable, y donde la praxis debe ir dirigida al establecimiento de estructuras e instituciones justas para lograr superar la realidad negadora de dicho derecho.”

³⁰ “‘Imaginario ideológico’ se utiliza aquí para designar una sensibilidad socialmente producida que bloquea las posibilidades de conocimiento de los procesos a los que nombra. El efecto político, consciente o inconsciente, puesto que no se trata de una conspiración, es la debilidad para sentir, analizar y avanzar en la transformación radical de esos objetos y procesos ideologizados (naturalizados). Cuando se trata de procesos constitutivos de las formaciones sociales, que es la situación de derechos humanos, este imaginario ideológico se torna más poderoso y onnipresente. Su función central es “infectar” a sus víctimas.”

O imaginário ideológico, que hegemoniza e homogeneíza qualquer abordagem sobre direitos humanos, é a própria cultura jurídica contemporânea que se demonstra analfabeta e anestésica³¹ nestes quesitos. Simplificam e despolitizam os fundamentos sobre esses direitos e privilegiam sua dimensão normativa, supervalorizando o aspecto pós-violatório e desconsiderando qualquer emergência ou surgimento fora das estruturas institucionais. Reduzem, assim, direitos humanos às concepções filosóficas, previsões normativas e vínculos institucionais e à eficácia jurídica oriunda do Estado (SÁNCHEZ RUBIO, 2011, p. 43).

Dessa forma, constatável que “a incompreensão do fundamento sócio-histórico de direitos humanos tem efeitos em sua inobservância ou constitui parte da distancia entre o que é dito e o que é feito em relação a direitos humanos” (GALLARDO, 2008a, p. 12, tradução nossa).³²

Indo um pouco mais longe, essas posturas ao não compreenderem ou não reconhecerem os fundamentos de direitos humanos (de forma intencional ou não) nas lutas sociais dentro do capitalismo moderno “[...] ‘esquecem-se’ ou escamoteiam-se que sua proteção decorre de sua assunção cultural generalizada e, com ela, de uma transformação do Estado que pode resultar **revolucionaria**.”³³ (GALLARDO, 2010, online, grifo do autor, tradução nossa).

Além disso, essas posturas teóricas e institucionais sobre direitos humanos acabam inviabilizando o aprofundamento das discussões sobre as finalidades e possibilidades de sua proteção³⁴ e, em última circunstância, de serem tutelados penalmente. Varrem qualquer significação concreta para a existência e atuação do

³¹ “A cultura sobre a qual se assenta nossa defesa dos direitos humanos ou é mínima ou é anestésica ou brilha por sua ausência ao não potencializar as dimensões jurídicas de sua articulação, reconhecimento e de respeito prévio à sua violação (pré-violatória) e que se desenvolvem em todos os espaços sociais (íntimo, doméstico, de produção, de mercado, de cidadania, de comunidade, etc.)” (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 19). Para o aprofundamento dessas constatações ver (SÁNCHEZ RUBIO, 2007).

³² “[...]la incompreensión del fundamento sociohistórico de derechos humanos tiene efectos en su inobservancia o constituye parte de la brecha entre lo que se dice y se hace en relación con derechos humanos.”

³³ “[...] se “olvida” o escamotea que su protección se sigue de su asunción cultural generalizada y con ella de una transformación del Estado que puede resultar **revolucionaria**.”

³⁴ E que merece constatação e alerta: “[...] está muito claro que se deve melhorar e fortalecer o papel do direito e dos sistemas de proteção dos direitos humanos, tanto a nível nacional como internacional, assim como é imprescindível reconhecê-los institucionalmente, mas não tem necessidade de dar-lhe exclusivo e único protagonismo.” (SÁNCHEZ RUBIO, 2007, p. 16, tradução nossa). “[...] está muy claro que hay que mejorar y fortalecer el papel del derecho y de los sistemas de protección de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional, así como se hace imprescindible reconocerlos institucionalmente, pero no hay que darle el exclusivo y el único protagonismo.”

Direito Penal nesta seara, relegando aos posicionamentos críticos, apenas, a percepção e denúncia dos caracteres históricos e permanentes dos sistemas penais, das violações desencadeadas pelo Estado e da insuficiência da instrumentação dos instrumentos jurídico-institucionais nesse campo jurídico. Superficializam, assim, os exames críticos em conformidade com os encantos gerados por direitos humanos.

Como compreendem direitos humanos de maneira geracional --- e, em alguns casos supervalorizam os direitos considerados de primeira geração --- descartam qualquer possibilidade do Estado assegurá-los. Nesse viés, enxergam o Direito Penal, apenas, em seus aspectos seletivos e arbitrários, como violador das liberdades. Perdem a dimensão sociohistórica e acabam, contrariamente aos seus intuitos, assumindo uma postura liberal sobre o Estado e sobre o Direito Penal, colaborando para a manutenção das estruturas hegemônicas e impedindo um tencionamento contestador das formas jurídico-penais no caminho para uma concreta transformação política e social.

De outro modo, ao partirem da ideia geracional, idealizada e abstrata e ao desconsiderarem os fundamentos sócio-históricos de direitos humanos, não permitindo a “assunção de culturas generalizadas”, inviabilizam, também, qualquer possibilidade do Estado atuar e proteger direitos humanos e, em dada medida, sua tutela através do direito penal.

No entanto, como já visto que algumas concepções críticas (BARATTA, 2002, p. 197-198) apontam para --- através de uma “teoria crítica dos sistemas penais” e de uma “política criminal alternativa” --- a indispensabilidade da construção de uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização; ponderações e contraposições a esses entendimentos obtusos sobre a tutela de direitos humanos através do Direito Penal são indispensáveis para demonstrar seus equívocos e insuficiências. Para tanto, deve-se considerar que:

[..] socialmente negativos são comportamentos contrastantes com necessidades e interesses relevantes dos indivíduos ou da comunidade, sobre a base de critérios de valoração considerados válidos. Dependendo desta valoração, pode ser posta a questão de se é possível e oportuno intervir com meios de controle social sobre certos comportamentos, e quais são os meios idôneos para tal intervenção. (BARATTA, 2002, p. 244).

Nesse viés, as posturas criticadas não dão uma dimensão sócio-histórica, política e conflitiva aos comportamentos socialmente negativos (comportamentos lesivos de interesses individuais e coletivos merecedores de tutela) De fato, esvaziavam os fundamentos e finalidades do Direito Penal, ao direcionarem-no para a tutela de bens fundamentais que, na realidade, são abstrações e idealizações, desconectadas das vivências, realidades e lutas concretas.

Contraditoriamente, acabam contribuindo para a manutenção das características e estruturas que criticam e condenam, limitando seus estudos, apenas, aos diagnósticos sobre os sistemas penais e direitos humanos, no entanto, com ínfimas propostas viáveis para os problemas na atual realidade histórica.

A revelação da desordem³⁵ em que estão inseridos direitos humanos serve, justamente, para indicar os espaços onde realmente são gerados e construídos; produzindo-se pretextos³⁶ para outras análises, contextualizadas, críticas e problematizadoras, edificando-se diferentes práticas e teorias. De modo que, para fugir do cativado encantatório de direitos humanos é necessário jogar “a capoeira dialética da construção cotidiana”³⁷ de direitos humanos.

Portanto, imperioso visualizar os fundamentos concretos de direitos humanos a partir de outras sensibilidades, com o intuito de minorar os efeitos nocivos dos sistemas penais e significar de sentidos a ideia dos “comportamentos socialmente negativos”. Nessa empreitada, parte-se da teoria crítica de direitos humanos para consolidar, de forma embasada, crítico-dialética, a ideia proposta no trabalho: uma democrática tutela penal de direitos humanos.

³⁵ “Falo em desordem, ao revés e principalmente, para assinalar que nenhuma ordem pode eternizar-se, mas alguma ordem permanece, a cada etapa, como resíduo do processo desordenador.” (LYRA FILHO, 1986, p. 264)

³⁶ “[...] existe um mal estar da cultura jurídica contemporânea que tem sido, em contextos específicos e diversos, mas comparáveis a partir de uma leitura sintomática do funcionamento da prática jurídica em suas respectivas condições histórico-políticas, o caldo do cultivo para o surgimento de práticas críticas ou alternativas.” (MÉDICI, 2011, p. 18, tradução nossa) “[...] *existe un malestar de la cultura jurídica contemporánea que ha sido, en contextos específicos y diversos, pero comparables a partir de una lectura sintomática del funcionamiento de la práctica jurídica en sus respectivas condiciones histórico-políticas, el caldo de cultivo para el surgimiento de prácticas jurídicas críticas o alternativas.*”

³⁷ “A teoria geral do direito, conforme a música ambiente, já flutuou nas cantigas da verdade abstrata e absoluta; já arrastou os pés ao som da valsa empírica; e, finalmente, mas não definitivamente, jogou a capoeira dialética da construção cotidiana.” (ESCRIVÃO FILHO, 2011, p. 123).

3.2 Os processos de lutas e as tramas sociais: uma práxis³⁸ libertária de direitos humanos

Ao contrário do que os “encantados” e “anestesiados” pelas concepções tradicionais pensam e difundem, sobretudo, os adeptos das visões geracionais, a história de direitos humanos é a permanente história da luta para suas construções e reconstruções³⁹. Qualquer tentativa de sonegar essa realidade é uma tentativa de encobrir seu conteúdo sociopolítico.

As sociedades humanas não são harmonicamente formadas e nem o direito surge do além ou singelamente após as previsões legais ou normativas. As atuais formas de estruturação jurídico-político, em crescente complexidade, não revelam de maneira nítida e acabada os reis fundamentos, finalidades e caracteres dos direitos. É necessário ir fundo, buscar elementos históricos, relacioná-los com as características contemporâneas, num movimento dialético constante.

Ao final do Século XX e início do XXI, parece não haver ambiente para discussões e concretizações de direitos humanos, pois é a época em que se hegemonizou o neoliberalismo; em que o capitalismo financeiro não encontra fronteiras nem limites; momento que demonstra, talvez, a força da permanente capacidade de reconstrução desse sistema após as crises desencadeadas em 2008; quando se naturaliza a barbárie, pois filmam execuções de ex-chefes de Estados e as difundem para o mundo através da internet para demonstrar a realização da

³⁸ Entendida conforme Adolfo Sánchez Vázquez (2007, p. 219-220): “Toda práxis é atividade, mas nem toda atividade é práxis. [...] Daí que, para delimitar o conteúdo próprio desta última [práxis] e sua relação com outras atividades, seja preciso distinguir a práxis, como forma de atividade específica, de outras que podem estar inclusive intimamente vinculadas a ela. Por atividade em geral entendemos o ato ou conjunto de atos em virtude dos quais um sujeito ativo (agente) modifica uma matéria-prima dada. [...] Nesse amplo sentido, atividade opõe-se a passividade, e sua esfera é a da efetividade, não a do meramente possível. Agente é o que age, o que atua e não o que tem apenas a possibilidade ou disponibilidade de atuar ou agir. Sua atividade não é potencial, mas sim atual. Ocorre efetivamente sem que possa ser separada do ato ou conjunto de atos que a constituem. A atividade mostra, nas relações entre as partes e o todo, os traços de uma totalidade. Vários atos desarticulados ou justapostos casualmente não permitem falar de atividade; é preciso que os atos singulares se articulem ou estruturem, como elementos de um todo, ou de um processo total, que desemboca na modificação de uma matéria-prima. Por isso, os atos do agente e à matéria sobre a qual se exerce essa atividade, é preciso acrescentar o resultado ou produto. O ato ou conjunto de atos sobre uma matéria se traduzem em um resultado ou produto que é essa própria matéria já transformada pelo agente.”

³⁹ No sentido como percebido e amplamente difundido por Marx e Engels (2005, p. 40) a respeito das sociedades: “A história de todas as sociedades até hoje existe, é a história das lutas de classes.”

“Justiça”; e, além disso, justificam-se invasões de países em nome de valores universais.

Talvez não haja espaço para direitos humanos, caso os grupos sociais e os indivíduos continuem atuando sob as amarras das concepções ilusórias denunciadas. Porém, quando assumem uma postura contextualizada, dialética e problematizadora das realidades e das vivências humanas, percebem que há muito a ser feito.

Dessa nova postura é possível notar outras formas de organização social, política, econômica e cultural; que lutas e culturas de resistências historicamente invisibilizadas também não se limitam às fronteiras abstratas de toda ordem; que as primaveras de indignados podem surgir pelo mundo, até mesmo no centro do próprio sistema, e, ainda, ocupá-lo; e que a internet e os meios alternativos de telecomunicação também podem ser um instrumento importante na difusão das diversas formas de resistência ignoradas.

Nessa corrente contra-hegemônica, em embate frontal contra os reinos onde imperam sensibilidades de dominação, uma teoria crítica de direitos humanos⁴⁰ pode fornecer elementos, instrumentos e visões importantes para embasar os gritos e cantorias dos marginais pelo mundo. Pois, nessa quadra histórica, quando “o jurista é impelido a escolher entre o suicídio jusfilosófico e a revolta” (GRANDUQUE JOSÉ, 2009, p. 177), perspectivas crítico-dialética podem impulsionar não apenas os juristas, mas todos os subalternizados, espoliados e oprimidos para sua libertação⁴¹.

As respostas contra as opressões e dominações não estão nos centros, nas normas, leis e tratados, estão nas margens, nas práxis, nos revoltados, nos

⁴⁰ Ainda mais em espaços complexos e historicamente violados, como é o caso da América Latina. Nesse mesmo itinerário: “A razão para esta abordagem é que uma teoria crítica de direitos humanos nunca esteve ‘na moda’ na América Latina e apresenta-se como uma sensibilidade e inquietude de *minorias* muitas vezes nem sequer hostilizadas, mas constantemente ignoradas ou invisibilizadas pelas diversas expressões da *sensibilidad dominante* (que é, ao mesmo tempo, *sensibilidad de dominación*.” (GALLARDO, 2010, p. 58, grifo do autor, tradução nossa) “*La razón para este acercamiento es que una teoría crítica de derechos humanos no ha estado nunca ‘de moda’ en América Latina y se presenta como una sensibilidad e inquietud de minorías muchas veces ni siquiera hostilizada, sino palmariamente ignorada o invisibilizada por las diversas expresiones de la sensibilidad dominante (que es, al mismo tiempo, sensibilidad de dominación).*”

⁴¹ Que para Lyra Filho (1979, p. 18, grifo do autor) nada mais seria que a realização da justiça: “Ao limite, cumpre assinalar que a justiça é meramente a *concretização*, de quotas de libertação, na ultrapassagem e *dentro* do processo histórico.” O que já seria razão suficiente para que os “juristas” ressignificassem suas posturas perante os direitos e o mundo.

indignados, nos historicamente subalternizados, que sentem na pele e na alma todo o peso do mundo.

Enquanto os espoliados, os discriminados, os sem-poderes, sem-dinheiros, sem-tetos, sem-terras, ou seja, os permanentes lutadores pela construção de outras realidades e vivências, estiverem encobertos e escanteados no mundo e não forem, os rostos e os nomes desse processo⁴², a concretização de direitos humanos será apenas um sonho.

Os exemplos desse distanciamento entre a realidade e as leis e tratados são inúmeras. Os Estados Unidos desrespeitaram todas as discussões e determinações da ONU e invadiram o Iraque mesmo com o forte protesto da comunidade internacional. Do mesmo modo Israel que reiteradamente não atende as resoluções internacionais e mantém sua política segregacionista e genocida contra a população palestina.

São os parlamentos, os congressos, os comissários e as assembléias gerais que condensam em normas direitos humanos pretendendo protegê-los. Contudo, as sociedades e os anseios humanos não são tão obedientes assim, aliás, só há algum respeito ou acatamento a estas previsões normativas (tanto em âmbito nacional quanto internacional) quando atendem determinados interesses.

Nesse cenário, revela-se importante a postura crítica, concreta e comprometida que deve ser assumida por todos os construtores desses direitos nas lutas pelas libertações. O reconhecimento e incorporação desse compromisso estão indissociáveis da maneira de compreender e atuar no processo dialético dessa construção. Conforme os sentidos e caminhos já tensionados indicados por Jeferson Fernando Celos (2007, p. 61-62, grifo do autor):

⁴² Jesus Antonio de la Torre Rangel (2002, p. 47, grifo do autor, tradução nossa) também alerta para a necessidade de dotar de humanidade e, portanto de concretude, a luta por direitos humanos: “O Direito perderá assim sua generalidade, sua abstração e sua impessoalidade. O rosto do *outro* como classe alienada que provoca a justiça, romperá a generalidade ao manifestar-se como distinto, transformará a abstração pela justiça concreta que reclama e superará a impessoalidade porque sua manifestação é revelação do homem com toda sua dignidade pessoa que lhe outorga ser precisamente o *outro*.” “*El Derecho perderá así su generalidad, su abstracción y su impersonalidad. El rostro del otro como clase alienada que provoca a la justicia, romperá la generalidad al manifestarse como distinto, desplazará la abstracción por la justicia concreta que reclama y superará la impersonalidad porque su manifestación es revelación del hombre con toda su dignidad personal que le otorga ser precisamente el otro.*”

Aqui se coloca o compromisso, o engajamento e a militância daqueles que lidam com a juridicidade, pois o Direito poderá expressar ações de controle e repressão ou de emancipação e transformação, conforme as pessoas atuem controlando, reprimindo, emancipando, transformando. O que vai definir os “lados” serão os fatores ideológicos (visões de mundo) que estão por detrás das ações. O diferencial, na linha deste trabalho, é o agir do Direito como instrumento de transformação social, de emancipação, de libertação. Assim, pugna-se por um saber-agir diferenciado, pautado pela dialeticidade, interdisciplinaridade, pluralidade, criatividade, pela radicalidade democrática, pelo caminhar junto com outros atores sociais. Uma *práxis* insurgente, que nasce e se constrói a partir das contradições da sociedade e se revela como contestatória, inserindo-se nos marcos de uma luta por uma outra sociedade, outras relações construídas na base da libertação, da ética da alteridade e da justiça material. A essa forma de pensar-agir dá-se o nome de *Direito Alternativo* ou *Alternatividade Jurídica*, a qual se refere a um duplo aspecto. Em primeiro lugar, o “alter” revela o compromisso com o Outro, não qualquer outro, mas com o outro excluído; em segundo lugar reivindica-se uma outra forma de se pensar e aplicar o Direito, em contraposição ao modelo liberal-individualista e positivista-normativista. A afirmação de um Direito Alternativo que não significa um “anti-direito”, mas uma apreensão deste a partir da conflituosidade do real, num movimento crítico-dialético.

Essa profícua e clara abordagem tanto dos compromissos como das concepções dos construtores dos direitos, suas perspectivas crítico-dialética e sua *práxis* contestatória insurgente, possibilitam ressaltar o caráter sociopolítico de direitos humanos. Distante assim, das maneiras tradicionais e insuficientes, tanto teóricas quanto institucionais de compreender esses direitos.

A tentativa para pontuar o papel dos indivíduos nos processos históricos e, especificamente, na construção cotidiana de direitos é justamente para demonstrar seu protagonismo. A gestação dos direitos, suas utilizações para oprimir ou libertar, dependem de indivíduos concretos que, objetivamente, constroem essas possibilidades e, até, dão os formatos das características das instituições que operacionalizam esses direitos. Alguns entendimentos relegam, por outro lado, ao determinismo histórico ou ao positivismo jurídico a ocorrência de opressões ou emancipações através dos direitos e dessas instituições.

Na *práxis* para direcionar o direito no sentido da transformação das sociedades e na libertação dos subalternizados, indispensável não perder a dimensão da permanente construção de outras realidades e sensibilidades. Como dito, é o outro, é o excluído, que fundamenta essa diversa forma de compartilhar o

direito e o surgimento de novos⁴³. Seguindo a sensível percepção de Jesus Antonio de la Torre Rangel (2002, p. 110, tradução nossa):

São os oprimidos, os pobres, aqueles que sistematicamente, sofrem a violação de seus direitos mais elementares e suportam a injustiça. São eles, pois, os que historicamente provocam a justiça, reclamam o respeito de seus direitos elementares. Portanto, o discurso do Direito Natural, dos direitos humanos, deve fazer prioritariamente, preferencialmente, desde os pobres.⁴⁴

Essa opção pelos subalternizados não é ideal e abstrata, pois estão em indefinida conflituosidade pelos seus direitos, pelas suas existências, para terem a possibilidade de serem diferente. Importante essa insistência e a constatação dos embates reais e concretos que ocorrem no seio das sociedades contemporâneas, pois são esses conflitos que fundamentam direitos humanos para a teoria crítica desenvolvida nesse trabalho.

Contudo não são apenas os sujeitos isolados, em práticas segmentadas, que sustentam a luta para a concretização de direitos humanos, em especial nos ambientes políticos latino-americano. Como calcada em uma concepção sociohistórica, portanto materialista, a compreensão dessa conjuntura deve ser consequentemente ampliada. Nesse sentido:

Desde o ponto de vista de sua prática, o fundamento de direitos humanos encontra-se, ostensivamente, em *sociedades civis emergentes*, ou seja, em movimentos e mobilizações que alcançam incidência política e cultural (configuram ou renovam um *ethos* ou sensibilidade) e, assim sendo, podem

⁴³ O que pode dar elementos para o surgimento do pluralismo jurídico: “E é que, precisamente, desde aqueles grupos que reclamam vigência real de seus direitos, como novos sujeitos sociais, é que o lugar onde nasce a juridicidade alternativa como pluralismo jurídico. Paradoxalmente, aí onde se dá a ausência de todo o Direito, é onde nasce o direito novo, como a juridicidade da alteridade, ou seja, do *outro* e desde *outros* fundamentos. O começo do pluralismo jurídica radica na exigência de direitos.” (RANGEL, 2002, p. 73, grifo do autor, tradução nossa) “Y es que, precisamente, desde aquellos grupos que reclaman la vigencia real de sus derechos, como nuevos sujetos sociales, es el lugar donde nace la juridicidad alternativa como pluralismo jurídico. Paradójicamente, ahí donde se da la ausencia de todo Derecho, es donde nasce el Derecho nuevo, como la juridicidad de la alteridad, es decir del otro y desde otros fundamentos. El comienzo del pluralismo jurídico radica en la exigencia de derechos.”

⁴⁴ “Son los oprimidos, los pobres, aquellos que sistemáticamente, sufren la violación de sus derechos más elementares y soportan la injusticia. Son ellos, pues, los que históricamente provocan a la justicia, reclaman el respecto de sus derechos elementares. Por lo tanto, el discurso del Derecho Natural, de los derechos humanos, debe hacerse prioritariamente, preferencialmente, desde los pobres.”

institucionalizar juridicamente e com eficácia suas reivindicações [...]
⁴⁵(GALLARDO, 2008, p. 44, grifo do autor, tradução nossa).

As “sociedades civis emergentes” ou os grupos subalternizados dão sustentabilidade à concepção dessa teoria crítica de direitos humanos. Ademais, dependendo da incidência e ampliação política e cultural de suas lutas e mobilizações podem conseguir institucionalizar seus anseios, legando ao Estado o reconhecimento e até mesmo sua proteção. Entretanto, em quase todas as direções reivindicam anseios que contrastam com os valores e as formas de relações das organizações sociais dominantes.

Percebendo de maneira acurada esse processo, além de ressaltar a importância das questões culturais em relação a direitos humanos, Joaquín Herrera Flores (2009, p. 68-69) reconhece que:

[...] os direitos humanos não podem ser entendidos senão como produtos culturais surgidos num determinado momento histórico como “reação” – funcional ou antagonista – diante dos entornos de relações que predominavam. Ou seja, os direitos humanos não devem ser vistos como entidades supralunares, ou, em outros termos, como direitos naturais. Ao contrário, devem ser analisados como produções, como artefatos, como instrumentos que, desde seu início histórico na modernidade ocidental, foram instituindo processos de reação, insistimos, funcionais ou antagonistas, diante dos diferentes entornos de relações que surgiam das novas formas de explicar, interpretar e intervir no mundo.

A reação às estruturas e relações hegemônicas constitui o próprio processo de reivindicação e construção de direitos humanos. Talvez até por isso que, tornando mais complexa essa situação, grande parte das reivindicações é proibida, cuidadosamente impedida, e, algumas são consideradas crimes, formando-se mais uma barreira para dificultar e também inviabilizar o reconhecimento e efetivação de direitos humanos.

Apesar disso, dentro da percepção dessa processual reação ante aos ponderes vigentes e do reconhecimento do aspecto cultural de direitos humanos, consegue-se visualizar, também, a possibilidade das contestações, das disputas e dos embates. De

⁴⁵ “Desde el punto de vista de su práctica, el fundamento de derecho humanos se encuentra, ostensiblemente, en sociedades civiles emergentes, es decir en movimientos y movilizaciones que alcanzan incidencia política y cultural (configuran o renuevan un ethos o sensibilidad) e, por ello, pueden institucionalizar juridicamente y con eficacia sus reclamos [...]”

fato, com o notório conteúdo contestatório de direitos humanos, conjuga-se a formulação de resistências contra os poderes opressores instituídos. De modo que:

O direito expressa não só, então, a forma da dominação, mas também a da resistência; ou, de outra maneira, expressa os conflitos, as tensões e também os acordos que modulam as relações de poder, os compromissos dos grupos que no seu interior operam. (CÁRCOVA, 1996, p. 49).

Com o reconhecimento desses aspectos contra-hegemônico nas reivindicações e até do direito de resistência, evidencia-se, também, a profundidade das questões culturais. Não adiantam tencionar, apenas, anseios, valores e direitos repudiados pelos grupos hegemônicos, é preciso, junto com as reivindicações e resistências, reafirmar as peculiaridades culturais envolvidas. Dessa forma, quando as forças majoritárias rejeitam, até de forma institucional e incisiva, situações particulares, específicas, direta e indiretamente repudiam manifestações culturais diferentes, outros horizontes de relações. O que, novamente, derruba os discursos igualitários e universalizantes.

Qualquer institucionalização de anseios, visões de mundo, valores, e posterior reivindicação de proteção pelo Estado estão relacionadas com suas amplas inserções no seio cultural das sociedades.

Com efeito, partindo da opção pelas realidades dos indivíduos subalternizados, que facilitam a consideração desses outros fundamentos para direitos humanos, consegue-se visualizar seus mais diferentes elementos. Para o referencial teórico-político utilizado, esses elementos seriam: a reflexão filosófica ou dimensão teórica e doutrinal; o reconhecimento jurídico positivo e institucional; a eficácia e efetividade jurídica; a luta social; e, a sensibilidade sociocultural. (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 13).

Como apontado no tópico anterior, partindo de perspectivas e fundamentos tradicionais, os grupos detentores dos poderes políticos acabam privilegiando ou visualizando de maneira incongruente os aspectos normativos e institucionais, a dimensão teórico-filosófica e a eficácia jurídico-institucional. Sonegando ou desconsiderando a importância das lutas sociais e os alcances das sensibilidades culturais.

Dentro dessas incongruências, com a valoração de alguns aspectos em detrimento de outros, constata-se a insuficiência, novamente, das posturas tradicionais e realça a necessidade de uma sensibilidade cultural alternativa, de cooperação, de compartilhamento e não de dominação, exclusão e opressão. De certo modo, a visualização de direitos humanos a partir dessas posturas clássicas, contribui para as concepções equivocadas e manejos problemáticos tanto do Estado quanto do Direito Penal. Os imaginários autoritários, seletivos e opressores encontram substratos nessas posturas o que dificulta a discussão e o uso democrático do Direito Penal.

Dessa forma, para combater imaginários ou sensibilidades de dominação não bastam leis e tratados. Nesse sentido que se insere outro elemento de direitos humanos correntemente invisibilizado:

O principal corolário desta discussão é que ‘direitos humanos’ não designa exclusivamente certas capacidades plasmadas em normas positivas que podem ser reclamadas ante os tribunais, mas que aponta também a uma *sensibilidade cultural* própria das formações sociais modernas, e no que aqui interessa, ocidentais.⁴⁶ (GALLARDO, 2010, p. 77, grifo do autor, tradução nossa).

A sensibilidade cultural relaciona-se com as próprias interações entre os indivíduos no seio das sociedades. Enquanto que tradicionalmente estamos inseridos em sensibilidades autoritárias e de opressão, em valorização exageradas de elementos e posturas clássicas, os embates criados para se desvencilhar desses aspectos ganham importantes dimensões.

Essa relação entre os sujeitos questiona a própria caracterização das estruturas jurídicas e políticas atuais. A assunção da necessidade de outras formas de relações, de outras manifestações de vivência parte da percepção humanitária⁴⁷ que os indivíduos em compartilhamento de situações devem reconhecer seu

⁴⁶ “El principal corolario de esta discusión es que ‘derechos humanos’ no designa exclusivamente ciertas capacidades plasmadas en normas positivas que pueden ser reclamadas ante los tribunales, sino que apunta también a una sensibilidad cultural propia de las formaciones sociales modernas, en lo que aquí interesa, occidentales.”

⁴⁷ Roberto Lyra Filho (1986, p. 295) deixou em seu último texto escrito, publicado postumamente, a indicação que buscava, através da refundamentação de direitos humanos, um humanismo dialético: “Por outras palavras, o que busco é a refundamentação dos Direitos Humanos, conforme o processo concreto da humana libertação. Trata-se duma filosofia jurídica, a que se poderia dar o nome de humanismo dialético.[...] isto é, o humanismo em que as coisas são vistas em totalidade e movimento; a concentração quantitativa produz um salto qualitativo; os contrários se interpenetram [...]”

semelhante como dotado de voz, direitos e desejos. As pretensas igualdades formais descaracterizam essas necessárias considerações e dificuldade a consideração de que ser diferente não é ser inferior.

Para a reafirmação de sensibilidades de cooperação, imperioso compreender o papel das lutas sociais nas sociedades civis emergentes e, por conseguinte, no redimensionamento dessas relações. Dessa forma, compreende-se que:

[...] historicamente, direitos humanos sempre foram seguidos de transferências ou auto-transferências sociais de poder. Se a matriz de direitos humanos está configurada pelas formações sociais modernas, o motor que possibilita direitos humanos é a luta social e cidadã nelas. A luta social é decisiva para a constituição histórica de direitos civis.⁴⁸ (GALLARDO, 2008b, 440, tradução nossa).

Percebe-se, assim, a vinculação entre os indivíduos e grupos subalternos (sociedades civis emergentes) dentro das estruturas sociais contemporâneas e que, em função de suas posições contra-hegemônicas, lutam (lutas sociais) por suas culturas e vivências (sensibilidade cultural). Os elementos de direitos humanos apontados não são, portanto, mera classificação ou encarceramento, são a expressão de um processo constatado concretamente. Um caminhar que, desde as margens latino-americanas, podem significar a compreensão da histórica luta pela libertação dos povos espoliados.

Direitos humanos estão além, portanto, de tratados, convenções, leis e constituições. Para constataremos objetivamente, sem espaço para divagações ou idealizações, se estamos em vivências e expansão de direitos, se as relações e tramas sociais cotidianas possibilitam essa identificação, devemos considerar elementos e dimensões também não jurídicas. Os aspectos jurídicos e institucionais são relevantes e devem ser levados em consideração, contudo, não podem ser os únicos. Nesse viés, decisiva a constatação:

Como contrapartida, frente a um ordenamento e a uma cultura jurídica que desapodera os seres humanos e que são concebidos dentro do contexto do mercado e em função do mercado, há que se apostar pela articulação de

⁴⁸ “[...] históricamente, derechos humanos siempre se han seguido de transferencias o autotransferencias sociales de poder. Si la matriz de derechos humanos está configurada por las formaciones sociales modernas, el motor que posibilita derechos humanos es la lucha social y ciudadana en ellas. La lucha social es decisiva para la constitución histórica de derechos civiles.”

uma concepção complexa, integral e solidária dos direitos humanos que não seja mercadocêntrica, formal, abstrata e individualista, mas aberta e vinculada com os *processos de lutas* (sociais, econômicos, culturais, políticos e jurídicos) mediante os quais os seres humanos e as coletividades reivindicam sua particular concepção de dignidade. Concretamente pode-se defini-los como o conjunto de tramas e práticas sociais, culturais, simbólicas e institucionais, tanto jurídicas como não jurídicas que reagem contra os excessos de qualquer tipo de poder em todo lugar e momento quando se impede aos seres humanos instituírem-se como sujeitos. (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 72-73, grifo do autor).

Os embates, as lutas, os processos cotidianos devem ser observados para a percepção mais concreta e próxima se indivíduos e grupos sociais constroem direitos humanos e se indivíduos e grupos estão tendo suas dignidades respeitadas, a partir de suas considerações. “Daí a necessidade de se refletir permanentemente sua dimensão política, sócio-histórica, processual, dinâmica, conflitiva, reversível e complexa.” (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 18)

Para a compreensão da importância desses outros elementos, que são constantemente sonogados, relevante uma compreensão detalhada e total desse processo. As lutas sociais e as questões culturais relacionam-se com o momento da positivação e, portanto, não se visualiza o Estado, o momento institucional como um mal em si. Nesse sentido, constata, mais uma vez Helio Gallardo (2008b, p. 442, tradução nossa):

[...] se deve discutir e assumir que direitos humanos possuem um momento de complexa gestação, na resistência e luta social, uma fase de positivação normativa ou jurídica (universalização) cujo referente nuclear é o Estado de direito, e um momento cultural ou ético em que as capacidades e privilégios propostos e reconhecidos nesses direitos passam a formar parte das identidades (autonomia, autoestima) sociais. Estes momentos não são lineares nem obedecem a uma única ou superior racionalidade. A legitimidade da luta social é decisiva para o reconhecimento e assunção político-cultural dos direitos judicializados. E, também, são para proteger o Estado de direito de seus desvios burocráticos e metafísicas, mercantis e clientelista⁴⁹ [...]

⁴⁹ “[...] se debe discutir y asumir que derechos humanos poseen un momento de compleja gestación, en la resistencia y lucha social, una fase de positivización normativa o jurídica (universalización) cuyo referente nuclear es el Estado de derecho, y un momento cultural o ético en que las capacidades y fueros propuestos y reconocidos en esos derechos pasan a formar parte de las identidades (autonomía, autoestima) sociales. Estos momentos no son lineales ni obedecen a una única o superior racionalidad. La legitimidad de la lucha social es decisiva para el reconocimiento y asunción político-cultural de los derechos judicializados. Y también lo es para proteger al Estado de derecho de sus desviaciones burocráticas y metafísicas, mercantiles y clientelares [...]”

De maneira diferente das concepções geracionais de direitos humanos que sonegam os aspectos políticos e minoram a importância do embates sociais, para a teoria crítica de direitos humanos as lutas sociais são imprescindíveis para o reconhecimento e posituação de direitos humanos. De outra forma, para o Estado erigir-se de legitimidade para reconhecer e tutelar penalmente, em dada medida, direitos humanos, a compreensão e identificação dos processos de lutas sociais por esses mesmos direitos é um ponto crucial.

De modo que, apenas com essa percepção processual é permitido entender e compreender direitos humanos como uma produção sociohistórica, portanto indubitavelmente humana, e não apenas como uma sucessão de tratados, leis, Constituições e reconhecimentos normativos. Dessa forma, compartilha do entendimento e percepção que:

Direitos humanos são uma *producción sociohistórica*: geram-se no seio do longo processo que conduz as sociedades modernas, obtêm, no momento de consolidação delas, sua legitimação filosófico/ideológica e política burguesa e se estendem posteriormente, tanto em *sensibilidad cultural*, como luta reivindicatória de grupos sociais e povos/etnias diversamente discriminados pela formas capitalistas das sociedades modernas (também pelas chamadas 'socialistas'). Que algo seja resultado de uma produção sociohistórica significa que é resultado/condensação/expressão de um enfrentamento de forças sociais, polarizadas ou não, em relação com o que valoram ou uma mudança radical ou a defesa, também radical, de um determinado *sistema de poderes*.⁵⁰ (GALLARDO, 2010, p. 69, tradução nossa).

Toda essa discussão e aprofundamento sobre o surgimento e fundamentos de direitos humanos são imprescindíveis para a constatação de sua eficácia jurídica, relacionada, assim, com o Estado. Para atender aos objetivos desse trabalho e fornecer a densidade teórica para tutela penal democrática de direitos humanos, dando caminhos para uma eficácia jurídica, é imprescindível elastecer e compreender seus fundamentos, os processos dialéticos e conflitivos, os sujeitos e

⁵⁰ “*Derechos humanos son una producción sociohistórica: se generan en el seno del largo proceso que conduce a las sociedades modernas, obtienen, en una fase de consolidación de ellas, su legitimación filosófico/ideológica y política burguesa y se extienden posteriormente, en tanto sensibilidad cultural, como lucha reivindicativa a grupos sociales y pueblos/etnias diversamente discriminados por las formas capitalistas de las sociedades modernas (también por las llamadas 'socialistas'). Que algo sea el resultado de una producción sociohistórica significa que es resultado/condensación/expresión de un enfrentamiento de fuerzas sociales, polarizadas o no, en relación con lo que valoran o un cambio radical o la defensa, también radical, de un determinado sistema de poderes.*”

grupos envolvidos, os outros elementos que fazem parte da sua conceituação, por isso a insistência nessa compreensão.

Dessa forma, diante da grande e complexa crise contemporânea acerca da efetivação de direitos humanos, a busca pela sua compreensão e a decomposição desse aparente paradoxo, perpassa pela discussão dos seus fundamentos. Nesse sentido:

Aqui se sustenta, ao contrário, que *a eficácia jurídica de direitos humanos, questão cultural, política e social, é inseparável de uma discussão abrangente sobre seu fundamento*. O ‘fundamento’ por sua vez, não aparece como fator causal, mas como matriz. Direitos humanos possuem seu ‘fundamento’, ou seja, sua matriz na conflitividade social, inaugurada e implantadas pelas formações sociais modernas.⁵¹ (GALLARDO, 2008a, p. 12, tradução nossa).

Dessa forma, qualquer tentativa de fundamentar e dar elementos teórico-práticos para a defesa de direitos humanos pelo Estado não deve desconsiderar os aspectos conflitivos e processuais. Um dos aspectos mais criticados nesse capítulo é justamente a tentativa constante de desconsiderar esses elementos.

Difundir, ampliar e dar significado a direitos humanos perpassa pela sua eficácia jurídica e, em dada medida, pela sua proteção. Insustentável basear-se, apenas, em discursos ou construções dogmáticas, na rejeição determinística da possibilidade de proteção pelo Estado em função das permanentes características históricas atroz, encarando-o com fundamentos liberalizantes, desconsiderado as realidades, as vivências e o cotidiano dos indivíduos e dos grupos sociais.

Antes de considerar papel relevante para o Estado e para o Direito Penal no reconhecimento e proteção de direitos humanos, devem-se avaliar suas bases e os processos de suas constituições, como alertado e desenvolvido. Essa ressalva ganha importância diante dos inúmeros momentos em que direitos são reconhecidos e positivados, porém com intuitos ilusórios, ou de reproduzir efeitos inebriantes ou paralisantes nos anseios por mudança. Ou ainda, quando projetam mecanismos ou

⁵¹ “Aquí se sostiene, en cambio, que la eficacia jurídica de derechos humanos, cuestión cultural, política y social, es inseparable de una discusión comprensiva sobre su fundamento. El ‘fundamento’ a su vez, no aparece como factor causal, sino como matriz. Derechos humanos posee su ‘fundamento’, o sea su matriz en la conflitividad social inaugurada y desplegada por las formaciones sociales modernas.

estruturas para não permitir uma compreensão relacional desse processo, em razão dos intuitos de manutenção das formas de organização política e social.

O momento da positivação de direitos humanos, seu reconhecimento normativo e consequente eventual apelo ao Estado para sua proteção é, também, uma dimensão das próprias lutas sociais populares. Nesse sentido, caso o Estado não projeta direitos humanos, até pelo Direito Penal no sentido aqui exposto, corre-se o risco de causar a reversão dessas instâncias que poderiam ser direcionadas contra as próprias lutas e processos de libertação. O Estado e o Direito Penal são espaços em disputa e, também de luta por direitos humanos. Não devem ser menosprezados, ou relativizados, pois sua ocupação e instrumentalização para ampliações de espaços de dignidade e conseqüentes rupturas, demonstra a consistência na manutenção da luta pela transformação geral das estruturas opressoras e violadoras de direitos humanos. Essas reflexões e percepção são semelhantes em:

Sem dúvida, obter a judicialização de direitos é importante, mas não finaliza a batalha. Obter uma judicialização (positivação de direitos com capacidade vinculante) deve ser entendido como um momento do combate, mas o caráter desse momento demanda a *continuidade da luta mesma*. Não sustentar a luta (denunciando, exaltando, obrigando, aprendendo) pode conduzir a não efetividade da norma ou mandamento judicial ou sua liquidação pelo desuso, ou sua reversão. É a incidência *cultural* da luta, e seus efeitos nas lógicas institucionais que abrevia ou decanta a *efetividade* de uma normativa legal e a *eficácia social* de seu cumprimento. E a incidência cultural popular demanda *certo tempo, perseverança e tenacidade* porque, por ser contra-hegemônica, move-se em fissuras, gesta-se como inicial luta de minorias, brilha como um sonho⁵². (GALLARDO, 2010, p. 86, grifo do autor, tradução nossa).

Esse posicionamento, considerado controverso para alguns teóricos, ressalta-se de importância, pois, em certa medida, todo o caminho trilhado pelos espoliados na América Latina passou por momentos em que os detentores dos poderes

⁵² “Sin duda obtener la judicialización de derechos es importante, pero ello no finaliza la pugna. Obtener una judicialización (positivización de derechos en tanto capacidades y fueros vinculantes) debe ser entendido como un momento del combate, pero el carácter de ese momento demanda la continuidad de la lucha misma. No sostener la lucha (denunciando, exaltando, precisando, aprendiendo) puede conducir a la no efectividad de la norma o del mandato judicial o a su liquidación por desuso, o a su reversión. Es la incidencia cultural de la lucha, y sus efectos en las lógicas institucionales, lo que precipita o decanta la efectividad de una normativa legal y la eficacia social de su cumplimiento. Y la incidencia cultural popular llama al tiempo largo y a la constancia y tenacidad porque, al ser contra hegemónica, se mueve en intersticios, se gesta como inicial lucha de minorías, luce como un sueño.”

econômicos e políticos reconheciam demandas, chegavam até a positivá-las, mas realmente forneciam quirelas, apenas acalentando os desejos sociais e adiando qualquer ruptura política mais brusca. Porém, ao invés de compreender essa outra dimensão da luta social-popular, muitos povos acabaram desconsiderando este espaço jurídico-institucional perpetuando as dominações e ilusões.

Esse processo político e social deletério é pouco abordando e discutido no âmbito jurídico. Acabam desconsiderando as questões que estão por trás da edificação das leis ou constituição.

Apesar dessa ocorrência constante, dada as posturas teóricas explicitadas neste trabalho, considera-se que as mínimas conquistas legais ou institucionais podem ser incorporadas e direcionadas para a expansão de direitos. O Estado e, em última instância o Direito Penal, diante das considerações apontadas, podem ser instrumentos para evitar a violação de direitos humanos e, consequentemente, uma maneira de tutelá-los. De modo que, reconhecer as diferenças e evitar discriminações⁵³:

[...] amplia a responsabilidade do Estado em relação com direitos humanos, responsabilidade contida na apreciação generalizada de que 'só o Estado viola direitos humanos'. De fato, viola-os se suas diversas instâncias não sancionam, conforme o direito, quem tortura ou não paga o salário mínimo legal, para mencionar duas situações, mas também os viola ao não avocar as instituições e lógicas sociais que favorecem como *processo* a eliminação das diversas formas de discriminação social ou se não promove uma sensibilidade coletiva para a rejeição, na existência diária, de *todo tipo de discriminação*.⁵⁴(GALLARDO, 2010, p. 76, grifo do autor, tradução nossa).

Nítido que para a concepção crítica estudada o Estado não é o único violador de direitos humanos. Na realidade, o Estado deve coibir outras posturas, encaminhamentos e direcionamentos institucionais discriminatórios que dificultam a ampliação de sensibilidades coletivas e os processos de construção e expansão de

⁵³ Processos discriminatórios ocorrem quando desconsidera-se que: "A raiz de todo direito é o reconhecimento da dignidade do outro como outro." (RANGEL, 2002, p. 53, grifo do autor, tradução nossa) "La raíz de todo derecho es el reconocimiento de la dignidad del otro como otro."

⁵⁴ "[...] amplía la responsabilidad del Estado en relación con derechos humanos, responsabilidad contenida en la apreciación generalizada de que 'solo el Estado viola derechos humanos'. En efecto, los viola si sus diversas instancias no sancionan de acuerdo a derecho a quienes torturan o incumplen con el salario mínimo legal, por mencionar dos situaciones, pero también los viola si no apodera las instituciones y lógicas sociales que favorecen como proceso la eliminación de las diversas formas de discriminación social o si no promueve una sensibilidad colectiva hacia el rechazo en la existencia diaria de todo tipo de discriminación."

direitos humanos. Desse modo, há o reconhecimento do papel positivo que o Estado pode desempenhar em relação ao reconhecimento, proteção e difusão desses direitos.

Não é a lei ou a Constituição que fundamenta o direito e, por conseguinte e em última instância permite/exige a atuação/proteção do Estado através do Direito Penal. Mas é o contrário, é o direito, são os direitos humanos, as lutas sociais, os indivíduos subalternos que fornecem elementos, fundamentam e delimitam as previsões legais, edificam materialmente a Constituição e legitimam ou não a atuação primordial ou subsidiária do Direito Penal.

Por isso, portanto, imprescindível identificar, assumir e promover os direitos, porém, não devem ser quaisquer direitos, mas os direitos humanos concretos, gerados nas lutas permanente dos sujeitos e dos movimentos sociais para afirmarem suas identidades e proclamarem sua libertação.

A consideração sobre o que o Estado deve reconhecer e tutelar perpassa pela compreensão que direitos humanos são gerados no processo sociohistórico, possuem diversos elementos além dos tradicionalmente reconhecidos e fundamentam-se nos conflitos das e entre as sociedades civis modernas. Ainda por cima, é todo esse processo que pode dar fundamento para a compreensão dos comportamentos socialmente negativos e, conseqüentemente, demonstrar a finalidade e os caminhos para o Direito Penal nesse início de Século XXI.

Serão socialmente negativos, portanto, todos os movimentos, atitudes, processos, institucionais ou não institucionais que possam impedir as lutas sociais e as vivências e sensibilidades culturais dos grupos e indivíduos historicamente oprimidos. Tudo o que impeça, de maneira contundente, o processo de gestação, construção para posterior reconhecimento e positivação de direitos humanos deve ser repellido pelos próprios construtores dos direitos e pelo Estado que, em caráter subsidiário poderá fazer uso do Direito Penal.

Essa percepção pode dar outro encaminhamento até para os conceitos de bens jurídico-penais. Pelo afirmado, a percepção do conteúdo desses bens jurídicos deve decorrer tanto dos postulados constitucionais como também do processo sociohistórico de construção de direitos humanos e da sensibilidade cultural popular, sob o risco de desconsiderar os grupos, culturas e realidades que não participaram

ativamente do momento constituinte, ou que são sistematicamente violados em função das suas condições de diferentes perante a organização cultural majoritária.

Essas considerações podem até mesmo inserir questionamos sobre a funcionalidade dos sistemas penais. Nesse sentido, de maneira processual, podem dar argumentos e exemplos práticos para a criação de outros mecanismos e instrumentos que possam, restritivamente e sem resvalar em ideações, contribuir com o Estado na solução dos conflitos gerados pelos comportamentos socialmente negativos.⁵⁵

O reconhecimento ou até a construção de outros espaços como passíveis de atuação ante os comportamentos considerados socialmente negativos, deve ser ponderado e processual, sem sobreposições aos instrumentos e estruturas vigentes. O cuidado deve ser permanente, também, para não fornecer elementos para discursos criminalizantes ou ampliadores da tutela penal. Aliás, nesse sentido os críticos dos sistemas penais são coerentes ao afirmar que futuramente o Direito Penal e os sistemas penais devem ser abolidos. Porém, como alertado diversas vezes, deve-se partir de uma concepção material, pois diante da realidade, qualquer tentativa de abdicação do Direito Penal deve ser uma "utopia concreta" (BARATTA, 2002, p. 222), orientadora da teoria e da prática, não paralisante.

Para a construção dessa utopia concreta, necessário que se mude não apenas o Direito Penal, sua dogmática, seus instrumentos. Para Eugenio R. Zaffaroni, fundado numa profunda e crítica análise histórica sobre os sistemas penais, argumenta de forma imperativa que a mudança/transformação das questões criminais perpassa pela mudança da cultura humana hegemônica:

Esta foi, sem dúvida, a maior revolução protagonizada pela Inquisição mediante a substituição da *disputatio* (estabelecimento da verdade por luta)

⁵⁵ De maneira crítica e contundente, Lola Aniyar de Castro (2005, p. 147-150), mesmo não visualizando qualquer possibilidade concreta na atual realidade latino-americana, reflete também sobre essas possibilidades e indica, de maneira exemplificativa, as experiências sobre outras formas de solução dos conflitos. Menciona: os tribunais consuetudinários, em especial na considerada África negra; os julgamentos por jurados, quando cidadãos comuns são convocados para decidir concretamente uma situação conflituosa; a justiça de paz na Grã-Bretanha, onde, nessa seara, os julgadores não possuem formação institucional; os conselhos técnicos, principalmente na Espanha, que incorpora especialistas em determinados assuntos para auxiliar determinadas cortes; os “administrative boards” no sistema norte-americano e atuam nas pendências sobre bem-estar e segurança; os tribunais populares, com profunda participação popular, principalmente, nos países que adotaram o socialismo nos moldes da URSS; e, os sistemas de jurados assessores populares, existente na China.

pela *inquisitio* (estabelecimento da verdade por interrogação). Dessa perspectiva, pode-se afirmar que *a Idade Média não terminou e está longe de terminar*. Dependerá da capacidade humana de transformação do conhecimento a substituição da *inquisitio*, algum dia, pelo *dialogus*, em que o saber não seja mais o *dominus* e sim o *frater*. Porém, a mera perspectiva desta possível mudança civilizatória mostra a formidável medida em que o problema *transcende o campo do penal para converter-se em uma questão central da cultura universal*. (ZAFFARONI, 2007, p. 42, grifo do autor).

A mudança cultural, ou como reconhecida pela teoria crítica de direitos humanos, uma sensibilidade cultural alternativa, coletiva e cooperativa, só pode ser eficaz quando se altera a forma como que os indivíduos relacionam-se e desenvolvem suas potencialidades na e em sociedade. De outra forma, porém no mesmo sentido, com sua apreensão crítica e aprofundada, Roberto Lyra Filho (1972, p. 24) sustenta “que as verificações mais lúcidas e serenas da ciência já tinham demonstrado que o combate à delinquência envolve operações de mudança, ao nível da estrutura e organização sociais.”

Nesse ponto, portanto, que se vinculam as posturas críticas sobre o Direito Penal e uma teoria crítica de direitos humanos. Para alterações contundentes nos sistemas penais, necessário uma mudança cultural profunda, com a formulação de sociabilidades cooperativas e não excludentes e opressoras.

No sentido de Lyra e de forma categórica, Baratta aponta para a utilidade tática do Direito Penal na tutela de direitos humanos, com sua futura substituição, ao também alerta para a irremediável transformação da nossa sociedade atual em outra sociedade melhor, com formas alternativas de solução dos desvios:

Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês, e devem realizar, no entanto, na fase de transição, todas as conquistas possíveis para a reaproximação, por parte da sociedade, de um poder alienado, para o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade, também no campo do controle do desvio. (BARATTA, 2002, p. 207).

A preocupação para a construção processual de outros mecanismos no intuito do controle do desvio deve considerar sempre o processo de libertação, de indivíduos e grupos, não de seletividade e opressão. Assim sendo, como

exaustivamente abordado ao longo do trabalho, não é através da assunção absoluta e dogmática dessas outras formas de solução de conflitos, pois:

O Direito não é; ele se faz, nesse processo histórico de libertação --- enquanto desvenda progressivamente os impedimentos da liberdade não lesiva ao demais. Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos e sua filtragem nas normas costumeiras e legais tanto pode gerar produtos autênticos (isto é, atendendo ao ponto atual mais avançado de conscientização dos melhores padrões de liberdade em convivência), quanto produtos falsificados (isto é, a negação do Direito no próprio veículo de sua efetivação, que assim se torna um organismo canceroso, como as leis que ainda por aí representam a chancela da iniquidade, pretexto da consagração do Direito). (LYRA, 1986, p. 312).

Em virtude disso, enquanto estivermos nesse momento histórico, em sociedades latino-americanas desiguais e empobrecidas, uma das possibilidades para dar fundamento para a tutela penal de direitos humanos é compreender os comportamentos socialmente negativos como violadores dos processos de luta para a construção de direitos humanos. De modo que, como visto, como direitos humanos são produtos sociais, oriundos dessas lutas, deve-se procurar nesses meios os “produtos autênticos” e repelir os “produtos falsificados”, ou seja, os comportamentos negativos que violem qualquer experiência de construção, reconhecimento ou expansão da humana libertação.

Quaisquer tentativas de entendimento, resposta ou resolução dos sistemas penais e do Direito Penal devem ser construídas desde os embates sociais concretos, não através de idealizações ou teorias. É no cotidiano, no dia-a-dia, nas sensibilidades culturais de libertação, de cooperação que estão as considerações sobre o que seja negativo socialmente nesse momento histórico.

São os interesses, visões de mundos, sociabilidades e valores emanados dos processos de luta pela libertação dos sujeitos historicamente excluídos que devem ser expandidos e protegidos pelo Estado. E são os comportamentos que atentarem ou violarem esses interesses, visões, sociabilidades e anseios que serão considerados socialmente negativos sendo, em última instância, passíveis de tutela penal.

Nesse processo histórico e permanente de libertação estar-se-á construindo espaços e formas para que os sabiás sempre possam cantar, mesmo quando emudecidos em terras de urubus diplomados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhece-se que, longe de estabelecer nortes teóricos coerentes e pretensiosamente conclusivos, com o desenvolvimento da dissertação outras inquietações e questionamentos surgiram, e poderão embasar outras reflexões mais sistemáticas. Na realidade, a ampliação das visões teóricas e de mundo são uns dos próprios objetivos de uma Dissertação de Mestrado.

As discussões apresentadas não são dogmáticas ou ideais. Ao contrário, são oriundas de reflexões sociohistórica, situadas desde as margens latino-americanas, assumidamente crítico-dialética.

Pôde-se constatar, como amplamente discutido e reconhecido nos espaços acadêmicos, que os sistemas penais originaram-se para o cumprimento de específicos e determinados papéis, dentre outros, o controle social e penal dos *inimigos* da organização política hegemônica. Nesse sentido, suas funções e objetivos estão vinculados com o desenvolvimento e estruturação dos modelos de produção e dissipação dos aspectos culturais e econômicos.

Desde os primeiros contornos dos sistemas penais, Século XII e XIII, passando pelo Século XIX, quando se formaram suas principais características e que permanecem até os dias de hoje, verificam-se seus escopos autoritários, seletivos e transgressores.

No Brasil, essas características atrozess são constatadas em todo o processo histórico de formação do país, o que revela de maneira nítida as relações entre os sistemas penais e os modos de produção cultural e econômica com a verificação dos sistemas penais: colonial-mercantilista, imperial-escravista e republicano-positivista.

Com esse posicionamento histórico-social é possível demarcar os aspectos do sistema penal brasileiro atual e conferir que ainda mantêm tanto as características originais desses sistemas como o atrelamento com o sistema econômico.

De forma catastrófica, esses organismos jurídico-estatais perpetuam, seletivamente, violências e estigmatizações, naturalizando-as contra específica

camada social. Inúmeros dados e pesquisas demonstram suas atividades incongruentes, opressoras, racistas e discriminantes.

Nesse sentido, o sistema penal brasileiro é desproporcional, seletivo e estigmatizante, atendendo, portanto, aos ditames da ideologia neoliberal reinante nas margens latino-americanas.

Dentre as posturas consideradas contra-hegemônicas que formulam leituras e ferozes críticas contra essas situações encontram-se inúmeras propostas e contribuições.

Enfatizam-se os aportes relevantíssimos do garantismo penal na denúncia e proposições teóricas para limitar o desmesurado poder punitivo estatal e no direcionamento da tutela penal para determinadas situações. Contudo, pondera-se sobre suas limitações, principalmente em países subalternos, ante suas concepções sobre o papel do Estado na seara penal, seus conceitos sobre direitos fundamentais, e a noção de “pessoa”, pois, como fundado em concepções liberais, visualiza o Estado apenas em sentido “negativo”, concebe direitos fundamentais de forma abstrata e idealizada, supervalorizando principalmente os aspectos individuais.

No mesmo sentido são as considerações em relação aos aportes do realismo jurídico marginal, em função até, das profundas similaridades entre ambos. Apesar da importante admissão da condição jurídico-penal marginal, principalmente, com estudos históricos críticos sobre os sistemas penais latino-americanos, acabam reproduzindo toda a ideologia liberal penal, o que limita suas proposições. De modo que mantém essas concepções ao discutir direitos humanos, percebendo-os como singelas formulações programáticas e jusnaturais.

Sopese-se, porém, que as reflexões da criminologia crítica fornecem contundentes elementos para uma compreensão conjuntural dos sistemas penais e indicam proposições concretas para instrumentalização democrática do direito penal na América Latina, mesmo tendo sido formada desde outras realidades. Avalia-se que sua viabilidade decorre de seus pressupostos materiais, históricos e dialéticos, além de sua opção em formular reflexões e encaminhamentos desde as classes subalternas. No entanto, limites são constatados, principalmente quando procura compreender direitos humanos, revelando a necessidade de outras contribuições e aprofundamentos com o objetivo de viabilizar uma tutela penal de direitos humanos.

Dentro da circunstância jurídica e política do país, mantendo as críticas ao sistema penal, mas procurando formas para minimizar seus nefastos aspectos, reconhece-se a necessidade de discutir o direito penal a partir da Constituição.

No processo de reconhecimento e positivação de direitos e consequente leitura através da Constituição, deve-se incorporar os anseios, valores e vivências dos grupos sociais populares, permanentemente excluídos de qualquer espaço jurídico-político.

A constitucionalização do direito penal é um importante aspecto que deve ser levado em consideração por qualquer postura contra-hegemônica dentro dos embates político-jurídicos. Os benefícios que esta concepção gera são enormes quando também se discute os bens jurídico-penais, pois constata-se, novamente, as características seletivas e incongruentes desses instrumentos jurídicos-políticos. De modo que, ante uma posição jurídica constituída, pode-se evitar a ocorrência de muitas violações aos direitos humanos ao reconhecer que os bens jurídico-penais encontram seu conteúdo apenas na Constituição.

Com a constatação que a criminalização primária é desconectada da realidade e atende aos valores de determinada formação socioeconômica, estigmatizando seletivamente indivíduos específicos, ao invés de paralisar a análise e restringir-se à denúncia, reconhecem-se os benefícios que os mandamentos de criminalização podem fornecer para inviabilizar essas permanências.

O estudo dos mandados criminalizantes não pode estar dissociado de ponderações críticas e consideração das circunstâncias sociopolíticas, sob o risco de reverberar discursos e práticas criminalizantes, contrariando as leituras e os sentidos propostos pelos fundamentos basilares do trabalho.

Revela-se que as previsões constitucionais para que determinados bens, valores, situações e pessoas sejam tuteladas penalmente são importantes mecanismos para dificultar o processo seletivo da criminalização. Consegue-se visualizar que as contribuições do direito penal democrático, ao inserir a ponderação na tutela penal, relacionando-a com a ordem democrática, são imprescindíveis para um uso alternativo do direito penal.

Além disso, como admite que os fundamentos e finalidades do direito penal perpassam pela Constituição, é possível verificar que alguns comportamentos e

posturas devem ser descriminalizados, pois as previsões contidas em algumas leis infraconstitucionais não guardam qualquer embasamento na Constituição.

As necessárias descriminalizações encontram sustentação, também, nos postulados do direito penal democrático, que relaciona o direito à liberdade, à igualdade e à segurança.

Portanto, toda sustentação teórica e implicações práticas sobre os mandamentos constitucionais de criminalização devem estar acompanhados pelos mandamentos constitucionais de descriminalização.

Compreende-se que a criminalização secundária, fechamento do processo de criminalização, é também seletiva e incongruente. Desse modo, dada a profundidade e abrangência dessa criminalização, pois oriunda da Polícia, do Ministério Público, do Judiciário e do Poder Executivo, cai por terra qualquer pretensa neutralidade ou imparcialidade no tratamento da questão criminal. Esse aspecto revela, também, a responsabilidade que os agentes públicos têm sobre o fenômeno criminal.

Verifica-se que o fato de pertencer aos estratos econômico-culturais mais baixos da sociedade é um elemento decisivo para que os indivíduos integrantes desses estratos venham a sofrer uma persecução penal.

De outro lado, é possível verificar-se que a atuação, ou melhor, a não atuação, dos órgãos responsáveis pela criminalização penal provoca “zonas de imunização”, pois determinadas condutas, espaços ou indivíduos não são objetos de suas ações. Essas zonas são vinculadas justamente aos grupos detentores dos poderes econômicos e políticos.

Para minorar esses problemas, sustenta-se que as abordagens da criminologia crítica e do direito penal mínimo são as contribuições mais consistentes. De modo que, reconhece-se a viabilidade da formulação de que a atuação dentro do direito penal deve ter por base uma “teoria crítica dos sistemas penais” e uma “política criminal alternativa”.

Dentro dessas proposições, as observações e atuações dos indivíduos inseridos nos órgãos jurídico-penais devem ser na direção da edificação de teorias e

instrumentos sobre os comportamentos socialmente negativos, sobre os processos de criminalização, em defesa de direitos humanos.

Contudo, como essas teorias não formulam detidamente os conceitos de comportamentos socialmente negativos e nem de direitos humanos, deve-se buscá-los em outras posturas que dêem subsídios satisfatoriamente. Neste trabalho argumenta-se que as abordagens sobre direitos humanos e posturas humanistas podem fornecer esses conteúdos.

Porém, as posturas teóricas e institucionais tradicionais sobre direitos humanos são obtusas e ilusórias e não conseguem municiar noções para o entendimento dos comportamentos socialmente negativos. Além disso, como são, na maioria das vezes, sustentadas por concepções juspositivistas ou jusnaturalistas, demonstram-se insuficiente para concretizar direitos humanos, institucional ou sócio-culturalmente.

Reflete-se que, essas abordagens clássicas empreendem uma reversibilidade do direito ao justificar violações de direitos humanos, de maneira contraditória, em nome de direitos humanos. Reproduzem, assim, efeitos encantatórios, ilusórios e fetichizam o direito ao permitirem essas posturas incongruentes.

Para fugir do cativeiro encantatório, direitos humanos devem ser compreendidos como processos sócio-históricos de lutas por libertações de indivíduos pertencentes às sociedades civis emergentes.

Admite-se que essa percepção fornece elementos decisivos para, em países marginais como os latino-americanos, delimitar o conteúdo e ao mesmo tempo os limites de uma tutela penal de direitos humanos. De fato, os comportamentos, atuações e interesses inerentes aos processos de lutas para construção de direitos humanos devem ser protegidos, repelindo-se, assim, qualquer tentativa de violá-los. Portanto, os comportamentos que atentem contra os processos de libertação humana, de construção e expansão de direitos das classes subalternas, socialmente considerados negativos, podem subsidiar uma tutela penal, em ocasiões derradeiras.

Reconhece-se que todos os esforços apresentados são para amenizar a situação dos sistemas penais e para construir outros fundamentos para a utilização

do direito penal em sociedades marginais, como a brasileira, como instrumento de libertação.

Diante das concepções crítico-dialética, do direito penal democrático e da teoria crítica de direitos humanos delineada, qualquer tentativa prático-teórica para enfrentar os problemas da criminalização e do fenômeno criminológico é indissociável da compreensão da necessária transformação social, econômica, política e cultural da sociedade.

Nesse sentido, pode-se aventar, ante a realidade jurídica nacional, ser viável, subsidiariamente, uma tutela penal constitucional-democrática, como meio, para reconhecimento, proteção e expansão de direitos humanos --- até mesmo, para demonstrar as insuficiências e limites do direito penal ---, desde que compreendidos sócio-historicamente e reconhecidos de forma abrangente, pluridimensional e incondicional os processos de libertação humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa. **Direito penal diferenciado**. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2009.

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

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan : ICC, 2002a. v. 1.

_____. Sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Boiteux, 2002b. v. 1.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Criminologia e política criminal. **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 1. n. 2, p. 20-39, jul./dez. 2009.

BARATTA, Alessandro. (Comp.). **Criminologia y sistema penal**. Dirigida por: Carlos Alberto Elbert e Coordenada por: Laura Belloqui. Buenos Aires; Montevideu: B de F, 2004. (Memoria criminológica, n. 1).

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan : Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 2, p. 44-61, abr./jun. 1993.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**. Petrópolis: Vozes, 2001.

BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

_____. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estabelecimentos prisionais**. 2012. Disponível em: <<http://wwwh.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1280&h=800&pular=false>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **SISPENAS**. Disponível em: <<http://sispenas.mj.gov.br/sispenas/>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. Ministério da Justiça. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen**. 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. Senado. **Pesquisa revela avanços e desafios na inclusão social de pessoas com deficiência**. 8 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/dataSenado/inc/textosPesquisa/print.asp?p=30>>. Acesso em: 30 dez 2011.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Direito, política e magistratura**. Tradução de Rodrigo Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Penas e garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**: (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986). Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1998.

_____. A incorporação do pacto internacional sobre direitos civis e políticos pelo direito brasileiro. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 2, p. 3-12, abr./jun. 1993.

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan : Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

CASTRO RUZ, Fidel. **La marcha hacia el abismo**. 5 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.cubadebate.cu/reflexiones-fidel/2012/01/05/la-marcha-hacia-el-abismo/>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

CELOS, Jeferson Fernando. **O direito enquanto práxis contra-hegemônica e a luta pela terra na perspectiva dos movimentos sociais populares**. 2007. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2007.

CERVINI, Raul. Direitos humanos e direito penal: alcance e sentido dos processos de desinstitucionalização. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 2, p. 91-117, abr./jun. 1993.

COELHO, Edihermes Marques. **Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci: um estudo sobre o seu pensamento político**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição e crime: perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan : ICC, 2004.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio Sérgio. **Uma hermenêutica para o programa constitucional do trabalho rural**. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. Tutela penal-constitucional dos Direitos Humanos: uma abordagem proporcional do fenômeno criminológico no Brasil. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

_____.; BORGES, Paulo César Corrêa. Vitimização do Criminalizado: aspectos ilícitos do sistema penal brasileiro. In: FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. (Org.) **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Tutela Penal dos interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIANÇA de R\$ 300 mil para motorista que matou advogada. 11 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.rac.com.br/noticias/brasil/90054/2011/07/11/fianca-de-r-300-mil-para-motorista-que-matou-advogada.html>> Acesso em: 12 jan. 2012.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direitos penais e direitos humanos**. São Paulo: Forense, 1977.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. (Org.) **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

GALLARDO, Helio. Teoría crítica y derechos humanos: una lectura latinoamericana. **Revista de Derechos Humanos e Estudios Sociales**. México, ano 2, n. 4, p. 57-89, 2010.

_____. **Sobre las 'generaciones' de derechos humanos**. abr. 2010. Disponível em: <http://heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&task=view&id=179&Itemid=9>. Acesso em: 27 dez. 2011.

_____. **Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos**. Murcia: Editado por David Sánchez Rubio, 2008a.

_____. Lucha social, Pinochet y la producción de justicia. In: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo [et al.]. **Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008b.

_____. **Siglo XXI producir un mundo**. San José: EDITORAMA, 2006.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Edição e tradução, Carlos Nelson Coutinho; co-edição, Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v.1.

_____. _____. Edição e tradução, Carlos Nelson Coutinho; co-edição, Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. v. 3.

_____. _____. Edição e tradução, Carlos Nelson Coutinho; co-edição, Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 5.

GRANDUQUE JOSÉ, Caio Jesus. **A construção existencial dos direitos humanos**. 2009. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. IBOPE Inteligência. **Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas**. 2010. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/arquivo/0-A-eb4Perfil_2010.pdf>. Acesso em: 30 out. 2011.

INSTITUTO SANGARI. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Mapa da violência 2011**. 2011. Disponível em: <<http://www.sangari.com/mapadaviolencia/pdf2011/MapaViolencia2011.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2012.

IPEA. **Ipea aponta manipulação em índice de criminalidade**. 23 out. 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=11052&Itemid=75>. Acesso em: 5 jan. 2012.

IPEA. **Comunicados do IPEA**. 13 jul. 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100713_comunicado58.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2011.

LYRA FILHO, Roberto. Desordem e processo: um posfácio explicativo. In: LYRA, Deodoró Araujo (Org.). **Desordem e processo**: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. **Karl, meu amigo**: diálogo com Marx sobre o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983.

_____. **Razões de defesa do direito**. Brasília: Obreira, 1981.

_____. Carta aberta a um jovem criminólogo: teoria, práxis e táticas atuais. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 5-25, 1979.

_____. **Criminologia Dialética**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. **Perspectivas atuais da criminologia**: método, problemas, aplicações. Recife: [s.n], 1967.

MACHADO, Antônio Alberto. **A oração do patrono**. 18 jan. 2012. Disponível em: <<http://blogs.lemos.net/machado/2012/01/18/oracao-do-patrono/>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2012.

_____. A teoria do Direito e os paradigmas positivistas. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

_____. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____; GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo [et al.]. **Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008a.

_____. **Práxis de liberación y derechos humanos: una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría**. San Luís de Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí : Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis de Potosí, 2008b.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Tradução Florestan Fernandes. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

_____; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MÉDICI, Alejandro. **El malestar en la cultura jurídica: ensayos crítico sobre políticas del derecho y derechos humanos**. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011.

MÉSZÁROS, István. **Filosofia, ideologia e ciência social**. Tradução Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo, 2008.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

ONU. UNODC. **Estudo global sobre homicídios**. 2011. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/statistics/crime/global-study-on-homicide-2011.html>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

OIT. **Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil**. 2011. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/doc/perfil_completo_624.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OMS. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra: World Health Organization, 2002.

POPULAÇÃO prisional: Brasil vai passar os EUA em 2034. 11 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/mapa-da-violencia-carceraria/populacao-prisional-brasil-vai-passar-os-eua-em-2034/>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal en el Estado social e democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. **Derecho y Liberación Pluralismo Jurídico y Movimientos Sociales**. Cochabamba: Verbo Divino, 2010.

_____. **El derecho como arma de liberación en América Latina: sociología jurídica y uso alternativo del derecho**. 3. ed. Aguascalientes: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí : Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez : Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, 2006.

_____. **El derecho a tener derechos: ensayos sobre los derechos humanos en México**. 2. ed. Aguascalientes: Centro de Investigación y Estudios Multidisciplinarios de Aguascalientes : Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2002.

RODENAS, Alejandra; FONT, Enrique Andrés; SAGARDUY, Ramiro A. P. (Org.). **Criminología crítica y control social**: 1. El Poder Punitivo del Estado. Rosário: Juris, 1993.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁNCHEZ RUBIO, David; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos y desencantos de los derechos humanos: De emancipaciones liberaciones y dominaciones**. Barcelona: Icaria, 2011.

_____. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

_____. **Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia**. Sevilla: MAD, 2007.

_____. Reversibilidade do direito: os direitos humanos na tensão entre o mercado, os seres humanos e a natureza. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 22, p. 21-32, 2006.

_____. Reflexiones e (im)precisiones en torno a la intervencións humanitária y los derechos humanos. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática: a crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. v. 1.

_____. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997.

SANTOS, Milton. **Metamorfose do espaço habitado: fundamentos teóricos e metodológicos da geografia**. São Paulo: Hucitec, 1988.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia radical**. Curitiba: IPCP : Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: alguns apontamentos sobre as relações entre tratados internacionais e a constituição, com ênfase no direito (e garantia) ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SECRETARIA de segurança de São Paulo saúda o golpe militar, caracterizando-o como “Revolução de 1964”. 2012. Disponível em: <<http://anovademocracia.com.br/blog/?p=2672>>. Acesso em 25 jan. 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SLOKAR, Alejandro. Sistema penitenciário e direitos humanos. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 2, p. 118-129, abr./jun. 1993.

SP: motorista que matou garis paga fiança de R\$ 50 mil. 24 out. 2011. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5432981-EI5030,00-SP+motorista+que+matou+garis+paga+fianca+de+R+mil.html>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

UM em cada cinco mortos em São Paulo é vítima de PM. 27 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.midianews.com.br/conteudo.php?sid=25&cid=75872>>. Acesso em: 30 jan. 2012.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Filosofia da práxis**. Tradução de Maria Encarnación Moya. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001a.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001b.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**: Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

_____. **Ideologia, Estado e direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Crímenes de masa**. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2010.

_____. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **En torno de la question penal**. Dirigida por: Gonzalo D. Fernández, Coordinada por: Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires; Montivideu: B de F, 2005.

_____. **En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal**. Argentina: Ediar, 1998.

_____. Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina, In: RODENAS, Alejandra; FONT, Enrique Andrés; SAGARDUY, Ramiro A. P. (Org.). **Criminología crítica y control social: 1. El Poder Punitivo del Estado**. Rosário: Juris, 1993a.

_____. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Lationamericana, 1993b.

_____. **Criminología: aproximación desde un margen**. Bogotá: Temis, 1988.

ANEXOS

ANEXO A - Apenas um Rapaz Latino-Americano - Belchior

Eu sou apenas um rapaz
Latino-Americano
Sem dinheiro no banco
Sem parentes importantes
E vindo do interior...

Mas trago, de cabeça
Uma canção do rádio
Em que um antigo
Compositor baiano
Me dizia
Tudo é divino
Tudo é maravilhoso...(2x)

Tenho ouvido muitos discos
Conversado com pessoas
Caminhado meu caminho
Papo, som, dentro da noite
E não tenho um amigo sequer
Que ainda acredite nisso
Não, tudo muda!
E com toda razão...

Eu sou apenas um rapaz
Latino-Americano
Sem dinheiro no banco
Sem parentes importantes
E vindo do interior...

Mas sei
Que tudo é proibido

Aliás, eu queria dizer
Que tudo é permitido
Até beijar você
No escuro do cinema
Quando ninguém nos vê...(2x)

Não me peça que eu lhe faça
Uma canção como se deve
Correta, branca, suave
Muito limpa, muito leve
Sons, palavras, são navalhas
E eu não posso cantar como convém
Sem querer ferir ninguém...

Mas não se preocupe meu amigo
Com os horrores que eu lhe digo
Isso é somente uma canção
A vida realmente é diferente
Quer dizer!
A vida é muito pior...

E eu sou apenas um rapaz
Latino-Americano
Sem dinheiro no banco
Por favor
Não saque a arma no "saloon"
Eu sou apenas o cantor...

Mas se depois de cantar
Você ainda quiser me atirar
Mate-me logo!
À tarde, às três
Que à noite

Tenho um compromisso
E não posso faltar
Por causa de vocês...(2x)

Eu sou apenas um rapaz
Latino-Americano
Sem dinheiro no banco
Sem parentes importantes
E vindo do interior
Mas sei que nada é divino
Nada, nada é maravilhoso
Nada, nada é sagrado
Nada, nada é misterioso, não...

Na na na na na na na...

ANEXO B - Brasil Com P - GOG

Pesquisa publicada prova

Preferencialmente preto

Pobre prostituta pra polícia prender

Pare pense por quê?

Prossigo

Pelas periferias praticam perversidades parceiros

Pm's

Pelos palanques políticos prometem prometem

Pura palhaçada

Proveito próprio

Praias programas piscinas palmas

Pra periferia

Pânico pólvora pá pá pá

Primeira página

Preço pago

Pescoço peitos pulmões perfurados

Parece pouco

Pedro Paulo

Profissão pedreiro

Passatempo predileto, pandeiro

Pandeiro parceiro

Preso portando pó passou pelos piores pesadelos

Presídio porões problemas pessoais

Psicológicos perdeu parceiros passado presente

Pais parentes principais pertences

PC

Político privilegiado preso

parecia piada (3x)

Pagou propina pro plantão policial

Passou pelo porta principal

Posso parecer psicopata

Pivô pra perseguição
Prevejo populares portando pistolas
Pronunciando palavrões
Promotores públicos pedindo prisões
Pecado!
Pena prisão perpétua
Palavras pronunciadas
Pelo poeta Periferia
Pelo presente pronunciamento pedimos punição para peixes pequenos poderosos
pesos pesados
Pedimos principalmente paixão pela pátria prostituída pelos portugueses
Prevenimos!
Posição parcial poderá provocar
protesto paralisações piquetes
pressão popular
Preocupados?
Promovemos passeatas pacíficas
Palestra panfletamos
Passamos perseguições
Perigos por praças palcos
Protestávamos por que privatizaram portos pedágios
Proibido!
Policiais petulantes pressionavam
Pancadas pauladas pontapés
Pangarés pisoteando postulavam prêmios
Pura pilantragem!
Padres pastores promoveram procissões pedindo piedade paciência Pra população
Parábolas profecias prometiam pétalas paraíso
Predominou o predador
Paramos pensamos profundamente
Por que pobre pesa plástico papel papelão pelo pingado pela passagem pelo pão?
Por que proliferam pragas pelo país?
Por que presidente por que?

Predominou o predador

Por que? (3x)

ANEXO C - Assassinos sociais - GOG

A lição meu irmão esta aí
Nos ataques a bomba
No genocídio em Ruanda
Na pobreza no Haiti
É triste mais eu vi
O clamor materno
Rogando logo o céu o inferno
Ao seu filho subnutrido
Que aos dezoito não pesava mais que vinte e poucos quilos
Mas de nada adiantava isso
Do outro lado do mundo seu futuro era decidido
Num café matinal entre políticos malditos
Parasitas cínicos
Assassinos sociais é!
Os poderosos são demais
Derramam pela boca seus venenos mortais
Poluindo a mente dos que são de paz
A gente segura atura estas criaturas
Como pode, mas um dia explode
E a idéia sai (então vai)
Eu vou eu vou de vez
Vejam só vocês
No meu Brasil em ano de eleição
O que se vê pela periferia são
Palanques panfletos carros de som
Promessas em alto e bom tom de que as coisas vão melhorar
Mas como acreditar
Se os que prometem sempre estiveram lá
Prontos para nos trucidar
E pra complicar
Não são humildes morrem de preguiça

Só rogam o bem pra bem estar pra deus na missa
E mesmo assim não fazem jus
Não fazem o sinal da cruz
Desses eu GOG sempre quer estar a anos luz
Acreditando no que creio ha
E o que é mais feio
Pra eles o caminho do sucesso não importa os meios
Desses caras já estou cheio (então vai)
4x assassinos sociais
É! Os poderosos são demais
Você tem todo o direito de não acreditar
No que estou dizendo
Mas tem o dever de conferir
Pra ver a zona que está ai no parlamento
Metem a mão na cara dura no orçamento
Interferindo na vida de milhões
E não são dois nem três são mais de cem ladrões
Vou repetir quero mais adesões
Nos palanques seguem antigos padrões
Dizendo que são ricos
Que poderia estar cuidando da família dos próprios negócios
E que por amor a nação
Adotaram a política como opção
Que ajudar os pobres é a missão
Mas quem são eles pra falar de amor
E preciso ter antes de mais nada ter noção do horror
Que é ver velhos vagando na madrugada das ruas
Com frio nas rugas
É preciso ver crianças
Pesinhos pequenos desde cedo na estrada
Esse é o preço pago vendendo dim dim picolé amendoim cocada
Pra sobreviver toda a iniciativa é válida
Mas é essencial sim ter escrúpulos honrar a palavra dada

E o que dói mais é ver muitos de meu povo
Caindo na cilada
Trabalhando em campanhas milionárias por migalhas
Empunhando bandeira no sol a sol
O corpo suado coração está do outro lado
Mas infelizmente a necessidade fala alto
A idéia é:
Trabalhando contra nós mesmo sempre sairemos derrotados
E enquanto isso o que eles fazem
Começam em Brasília a semana na quarta e encerram na quinta
Matam a segunda a terça a sexta
Mal político em qualquer canto do planeta
É um ante cristo um cisto a besta
A atração principal do telejornal
A procura de *status* investe no visual
Realmente eu sou um marginal
E quero ver sua cabeça seu oco seu mal
Bicho mesquinho
Vejo em seus olhos tochas de fogo luzindo
Nas suas costa azas vermelhas se abrindo
É só olhar pra eles e verá que não estou mentindo
Que não é vacilo delírio nem sonho
Mal político pra mim o pior dos demônios
Junta logo suas balas e vai
4x Assassinos sociais
É! Os poderosos são demais

ANEXO D - Muito Obrigado - Mundo Livre S/A

Quem precisa de ordem pra moldar?

Quem precisa de ordem pra pintar?

Quem precisa de ordem pra esculpir?

Quem precisa de ordem pra narrar?

Quem precisa de ordem?

Agora uma fabulazinha

Me falaram sobre uma floresta distante

Onde uma história triste aconteceu

No tempo em que os pássaros falavam

Os urubus, bichos altivos, mas sem dotes para o canto

Resolveram, mesmo contra a natureza, que haviam de se tornar grandes cantores

Abriram escolas e importaram professores

Aprenderam dó ré mi fá sol lá si

Encomendaram diplomas e combinaram provas entre si

Para escolher quais deles passariam a mandar nos demais

A partir daí, criaram concursos e inventaram títulos pomposos

Cada urubuzinho aprendiz sonhava um dia se tornar um ilustre urubu titular

A fim de ser chamado por vossa excelência

Quem precisa de ordem?

Quem precisa de ordem pra escrever?

Quem precisa de ordem?

Quem precisa de ordem pra rimar?

Quem precisa de ordem?

Passaram-se décadas até que a patética harmonia dos urubus maestros

Foi abalada com a invasão da floresta por canários tagarelas

Que faziam coro com periquitos festivos e serenatas com sabiás

Os velhos urubus encrespados entortaram o bico e convocaram canários e periquitos e sabiás

Para um rigoroso inquérito

"Cada os documentos de seus concursos?" indagaram

E os pobres passarinhos se olharam assustados

Nunca haviam freqüentado escola de canto pois o canto nascera com eles
Seu canto era tão natural que nunca se preocuparam em provar que sabiam cantar
Naturalmente cantavam

"Não, não, não assim não pode, cantar sem os documentos devidos é um
desrespeito a ordem!"

Bradaram os urubus

E em uníssonos expulsaram da floresta os inofensivos passarinhos

Que ousavam cantar sem alvarás

Moral da história: em terra de urubus diplomados não se ouve os cantos dos sabiás

Quem precisa de ordem pra dançar?

Quem precisa de ordem pra contar?

Quem precisa de ordem pra inventar?

Gonzagão, Moringueira

precisa o quê??

Dona Selma, Adoniran

precisa não!

Chico Science, Armstrong

precisa o quê??

Dona Ivone, Dorival

precisa não!