

DIREITOS HUMANOS E TUTELA PENAL

UM DIÁLOGO MARGINAL

ROBERTO G. FALEIROS JÚNIOR

**DIREITOS HUMANOS
E TUTELA PENAL**

CONSELHO EDITORIAL ACADÊMICO
Responsável pela publicação desta obra

Paulo César Corrêa Borges

Elisabeth Maniglia

Kelly Cristina Canela

José Duarte Neto

Antonio Alberto Machado

Juliana Frei Cunha

ROBERTO G. FALEIROS JÚNIOR

**DIREITOS HUMANOS
E TUTELA PENAL**
UM DIÁLOGO MARGINAL

**CULTURA
ACADÊMICA** 
Editora

© 2013 Editora Unesp

Cultura Acadêmica

Praça da Sé, 108

01001-900 – São Paulo – SP

Tel.: (0xx11) 3242-7171

Fax: (0xx11) 3242-7172

www.culturaacademica.com.br

feu@editora.unesp.br

CIP – Brasil. Catalogação na publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

F177d

Faleiros Junior, Roberto Galvão

Direitos humanos e tutela penal [recurso eletrônico]: um diálogo marginal/Roberto Galvão Faleiros Junior. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

recurso digital

Formato: ePDF

Requisitos do sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-7983-471-4 (recurso eletrônico)

1. Processo penal – Brasil. – 2. Direitos humanos. 3. Livros eletrônicos. I. Título.

14-08258

CDU: 345.8105

Este livro é publicado pelo Programa de Publicações Digitais da Pró-Reitoria de Pós-Graduação da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp)

Editora afiliada:



Asociación de Editoriales Universitarias
de América Latina y el Caribe



Associação Brasileira de
Editoras Universitárias

SUMÁRIO

Prefácio 7

Introdução 11

1 Tutela humana do direito penal: uma
premissa necessária 21

2 Tutela penal de direitos humanos: algumas
possibilidades táticas 93

3 Teoria crítica de direitos humanos 159

Considerações finais 213

Referências 221

PREFÁCIO

Pela amizade e pelo mútuo compromisso construídos ao longo da orientação no programa de pós-graduação em Direito da Unesp, Roberto Galvão Faleiros Júnior brindou-me com a honra de apresentar, neste prefácio, seu livro, fruto das reflexões partilhadas ao longo de seu curso de mestrado. Isso comprova que das “barrancas do rio Grande”, como defende o mestre dos mestres, Antônio Alberto Machado, há produção científica de excelência, que se tornou referência teórica para além das bordas regionais e cujas particularidades e especificidades propiciam a construção de uma visão crítica dos direitos humanos (como admite David Sánchez Rubio, nosso irmão e amigo “sevifrancano”), notadamente no âmbito da tutela penal, permeada pela seletividade, desproporcionalidade e estigmatização que provoca e que são traços marcantes do sistema penal brasileiro.

Aliás, não poderia ter sido outra a composição da banca de defesa da dissertação de mestrado de Roberto Faleiros: além de seu orientador, estavam presentes Antônio Alberto Machado e David Sánchez Rubio – todos críticos do direito e referentes teóricos que construíram escola na Unesp e passaram a ser destaque nos cenários nacional e internacional diante dos aportes teóricos compartilhados em dois núcleos de pesquisa: Núcleo de Estudos de

Direito Alternativo (Neda) e Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos (NETPDH), dos quais Roberto Faleiros tornou-se membro “histórico”.

Antônio Alberto Machado fundou o primeiro núcleo e é membro do segundo. David Sánchez Rubio é membro de ambos os núcleos e um de seus embaixadores internacionais. E este prefaciador que, tendo participado do primeiro núcleo no âmbito da extensão, fundou o segundo, ladeado por Roberto Faleiros e outros “históricos”, mantendo todos irmanados pelo propósito de desconstrução dos engodos positivistas da imparcialidade do pesquisador e, principalmente, do direito posto e aplicador da lei.

A busca da quebra dos referenciais teóricos hegemônicos ou construídos a partir da doutrina dos países centrais fez que Roberto Faleiros incorporasse as críticas de Eugênio Raul Zaffaroni, na doutrina de um realismo jurídico-penal marginal, sem prejuízo das perspectivas teóricas de Alessandro Baratta, verdadeiramente comprometido com a construção de um sistema próprio e adequado à realidade latino-americana, transcendendo os limites das críticas ao sistema penal brasileiro.

Militante dos direitos humanos e do direito alternativo, Roberto Faleiros teve o mérito de construir uma análise teórica que, em vez de assumir a posição de conforto que, simplesmente, deslegitima o direito penal – sem apresentar uma alternativa eficiente e que não seja instrumento de opressão, de reprodução eficiente dos sistemas de controle de classes excluídas, dentro do objetivo dissimulado de atender aos postulados inerentes à sociedade capitalista e à economia de mercado –, reconhece os méritos do garantismo penal “na denúncia e nas proposições teóricas para limitar o desmemsurado poder punitivo estatal [...] no direcionamento da tutela penal”, ao mesmo tempo que pondera sobre suas limitações em países periféricos, pautados por concepções neoliberais, em que “concebe direitos fundamentais de forma abstrata e idealizada, supervalorizando, principalmente, os aspectos individuais”.

O livro que ora se apresenta traz reflexões da criminologia crítica, estabelecendo uma compreensão conjuntural dos sistemas

penais (e, particularmente, do Brasil), indicando proposições concretas para a instrumentalização democrática do direito penal na América Latina e considerando os pressupostos materiais, históricos e dialéticos comprometidos com a formulação de concepções a partir das classes subalternas e marginalizadas, mas também com limitações referentes à compreensão dos direitos humanos.

Roberto Faleiros propõe, de forma contundente, que no “processo de reconhecimento e positivação de direitos e sua consequente leitura por meio da Constituição, deve-se incorporar os anseios, os valores e as vivências dos grupos sociais populares, permanentemente excluídos de qualquer espaço jurídico-político”. Situando o direito penal no âmbito da Constituição, o livro considera a postura contra-hegemônica dentro dos embates político-jurídicos da objetividade jurídica, com assento constitucional, porém vai além do garantismo de Ferrajoli, corroborando as críticas que este último recebeu de Helio Gallardo pelo esvaziamento sociológico de sua concepção.

Para tanto, Roberto Faleiros analisa os mandamentos criminalizantes da Constituição Federal brasileira como um importante mecanismo para dificultar o “processo seletivo da criminalização”, apontando contribuições do “direito penal democrático” ao estabelecer a ponderação na tutela penal, vinculada à ordem democrática instituída a partir dos mandamentos constitucionais, para possibilitar o uso “alternativo do direito penal” – sem olvidar a necessária descriminalização de figuras penais cuja tutela refere-se a bens jurídicos sem relevância político-constitucional, observando-se, também, os mandamentos constitucionais de descriminalização.

O livro que Roberto Faleiros traz a lume destaca que as concepções crítico-dialéticas, do direito penal democrático e da teoria crítica de direitos humanos exigem a transformação da realidade social, econômica, política e cultural da sociedade, para propiciar uma tutela penal constitucional-democrática, para a proteção e a expansão de direitos humanos como objetividade jurídica diante da função positiva da tutela do direito penal mínimo – campo ao qual a repressão penal deve permanecer restrita, na abordagem de

Alessandro Baratta, entendidos os direitos humanos de maneira sócio-histórica, como reclamado por Helio Gallardo em relação a Luigi Ferrajoli.

A partir dessas perspectivas, o livro de Roberto Galvão Faleiros Júnior é daqueles que, dentro de uma visão crítica, propicia a reflexão das teorias construídas até o momento, mas vai além, dialeticamente, ao propor concepções inovadoras para a construção de uma sociedade mais fraterna, solidária e comprometida com a materialização dos direitos humanos – direitos, esses, reconhecidos como processos históricos, construídos dia após dia, cuja proteção tem relevância. O assento constitucional dos direitos humanos legitima a liberação das amarras impostas às pessoas socialmente vulneráveis para a manutenção do quadro social que privilegia poucos, que se mantém às sombras da impunidade e que, ao mesmo tempo, exclui grupos de pessoas marginalizadas dos direitos que, inclusive, já são proclamados em textos legais e tratados internacionais, mas aos quais jamais tiveram acesso, embora sejam incluídos no sistema penal, pela sua fragilidade estrutural, por meio das malhas do aparelho repressor constituído pelos órgãos estatais, como Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Poder Executivo.

O selo Cultura Acadêmica da Editora Unesp, por meio do programa de publicação de e-books, presta relevantes serviços à comunidade acadêmica latino-americana ao publicar o livro de Roberto Galvão Faleiros Júnior, que, com sua perspectiva crítica, se tornará referência teórica, com seu apropriado título, para além do provocativo: *Direitos humanos e tutela penal: um diálogo marginal*.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – Unesp
Franca (na barranca do rio Grande), outubro de 2013.

INTRODUÇÃO

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 nas margens do rio Grande.²

* Roberto G. Faleiros Júnior é Promotor de Justiça do Estado do Paraná e Mestre em Direito pela Unesp/Franca.

1 “Ler significa reler 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, de Franca e Ribeirão Preto, cidades nas quais o autor finalizou cursos de graduação e pós-graduação em Direito e exerceu a Advocacia.

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/propostas concretas.

A percepção crítica sobre a marginalidade tanto das reflexões que entusiasmarão o trabalho como da situação histórica e geográfica de onde ele parte decorre das análises de Antonio Alberto Machado, Professor Livre-docente da Universidade Estadual Paulista – Campus de Franca e Promotor de Justiça em Ribeirão Preto.

Em inúmeros trabalhos acadêmicos já publicados e por publicar o Prof. Machado assume uma concepção crítico-dialética sobre o direito e constata, simbolicamente, a marginalidade de suas reflexões na explanação de estar situado “na barranca do rio Grande”. Alegoria que denota não apenas um aspecto espaço-temporal, mas também uma postura filosófica e política que influenciou não só a gestação do presente trabalho como, também, outros que deram sustentabilidade para as reflexões aqui engendradas.³

Dentro dessas perspectivas dois grupos da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista – 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.

3 Dentre alguns, imperioso mencionar 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*; e os livros de: Borges (2005), Escrivão Filho (2011) e Granduque José (2012).

Podem parecer mero esforço lúdico, ou retrato puramente esquemático, mas a importância da percepção do espaço⁴ onde se situa e de onde se fala é imprescindível para a contextualização de qualquer estudo, pois “Para compreender, é essencial conhecer o lugar social de quem olha.” (Boff, 1997, p.9)

Nesse viés, a partir de uma concepção crítico-dialética do direito, forjada desde esse espaço social, o trabalho utiliza-se das análises do Direito Penal Democrático,⁵ desenvolvido pelo Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges, 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 de diálogo entre campos/realidades que forçosamente são cotidiana e midiaticamente contrapostas, apesar de incommum, tenta basear-se no atual momento histórico-político do país, evitando-se abstrações e idealizações sobre (im)possibilidades dos sistemas penais ou dos instrumentos jurídico-penais que podem nunca se materializar.

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 quê sua definição não pode ser encontrada senão em relação a outras realidades: a natureza e a sociedade, mediatizadas pelo trabalho. Não é o espaço, portanto, 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.”

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)

De outra forma, embora plenamente consciente e crítico sobre as situações degradantes dos sistemas penais e das clausuras da dogmática penal, este estudo 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 desaparecerão amanhã, em um piscar de olhos ou em função de estudos e das constatações e denúncias das inúmeras violações que já geraram e ainda geram. Aliás, os estudos são fartos e profícuos nesse sentido e, em certa medida, orientam, também, as análises principalmente do primeiro capítulo desta obra, além disso, a realidade reluz de forma inegável essa forma de barbárie.

Por certo, a 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.

Como o Direito Penal está no mundo, dentro do processo histórico⁶ e produz e reproduz 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 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 geopolítica mundial, suas ponderações assumem uma postura contra-hegemônica ex-

6 Conforme o entendimento: “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)

tremamente 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 a uma teoria crítica de direitos humanos,⁷ principalmente com base nos estudos de David Sánchez Rubio e Helio Gallardo. Com o intuito de situar a reflexão, este trabalho compartilha da compreensão do que entendem por “teoria crítica”, endossando as ponderações e alertas:

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 determinam desde dentro dessas hipóteses. Não

7 Partilhando do entendimento de Helio Gallardo e reconhecendo a relevância da ponderação, utiliza-se no trabalho a menção “de Direitos Humanos”, em vez “dos”. Conforme a nítida explicitação: “A ausência ou presença do artigo determinado ‘dos’, e seus alcances políticos, deveriam ser suficientemente conhecidos. ‘Dos direitos humanos’ expressa a convicção dos grupos dominantes de que se trata de um processo acabado, centrado em direitos de ‘primeira geração’ (ênfaticamente 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.”

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 *provisoriamente* 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 “onticamente” 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*. Nesse 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 *autoprodução humana* (autonomia, autoestima, produção de humanidade genérica). (Gallardo, 2010a, p.65-66, tradução nossa [grifo do autor])⁸

8 “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 ‘ónticamente’ así, sino que son ‘interpretadas de esa manera’ desde una determinada, fundada y disciplinar perspectiva humana. [...] En la expresión “teoría crítica”, el

Dessa forma, a teoria crítica de direitos humanos utilizada neste estudo, implica 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).

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 análise cuidadosa 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. Para tanto, 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 almejados nesta discussão.

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).”

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”, procura-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-se de um rápido apanhado do processo de constitucionalização do Direito Penal e abordam-se as discussões acerca dos bens jurídico-penais e eventuais limites e fundamentos para a tutela penal.

Dentro dessas considerações conjunturais, faz-se um detalhamento da ocorrência da criminalização primária, denunciando suas desproporções e estigmatizações no âmbito normativo-formal. Diante das discrepâncias encontradas discute-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 ideias 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” (Barratta, 2002, p.244) e de uma “política criminal alternativa” (idem, 2002, p.197) na edificação de uma abordagem 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, pelo Direito Penal dada a absolutização de determinados aspectos, determinantes para a formação 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, desse 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 romaneadas. Até porque, os trabalhos 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 o trabalho fez-se a opção pelas poucas subdivisões dos capítulos, evitando-se exagerada abertura de seções, com o intuito de permitir uma leitura mais fluida, sem segmentações ou cortes abruptos de raciocínio. O que, talvez, possa dificultar em alguns momentos uma compreensão mais classificatória de algumas propostas, tão apreciada em publicações do gênero. 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 intuítos deste estudo. Essa escolha também está relacionada com o anseio de

não recorrer a assuntos tangenciais, que retratariam determinadas temáticas por puro modismo ou preciosismo intelectual, pois desnecessárias infundáveis reaberturas e explicações desmedidas de temas exaustivamente abordados.

Este trabalho, desse 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 sócio-histórico.

De modo que esta é apenas uma reflexão/abordagem 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”.⁹

9 Trechos de *Apenas um rapaz latino-americano*, de Belchior.

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

Os “antecedentes” do sistema penal brasileiro

Durante o 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, mas elas não contam com posturas teóricas ou prática que substanciem uma profunda compreensão.

Existem inúmeras teorias que, utilizando-se de diversas metodologias – recortes, posturas, discursos –, procuram explicar o fenômeno jurídico. Em sua maioria, essas teorias fazem isso de forma insuficiente e reducionista, pois são sustentadas ora em entes metafísicos, ora apenas em leis ou normas estipuladas. Assim, de modo didático, elas podem ser condensadas em dois modelos: subordinação ao direito natural e positivismo básico (Lyra Filho, 1981, p.16-17).

De maneira sintética, o jusnaturalismo, considerado a teoria precursora das tentativas de explicar o 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 seu aparente desuso, essa perspectiva teórica produz efeitos ainda hoje em diversas teorias, bem como em formas de enxergar o direito e atuar com ele.

Já o positivismo, desencadeado após a Revolução Francesa no século XVIII e por meio da Escola da Exegese no século XIX, identifica o direito estritamente com a lei escrita, interpretada de forma literal. De maneira racionalista, o direito é emanado a partir dos valores liberais, atrelado aos fins e às finalidades do Estado moderno. Diversas teorias, tais como as teorias contemporâneas, o normativismo e o pós-positivismo, fundam-se nos postulados iniciais desse viés epistemológico (Machado, 2011, p.26). Com direitos humanos e o sistema penal (órgãos legislativos, policiais, jurisdicionais e penitenciários), não é diferente. Esses 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, o bloqueio nas atividades práticas.

De forma constante, o fenômeno criminológico acaba refém dessas perspectivas jurídicas, o que dificulta um aprofundamento dos seus problemas estruturais. Por isso, constata-se que o “[...] 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, N. 2002a, 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 Identifica-se que o aspecto atual dos sistemas penais remonta ao século XIX, mas, na verdade, eles se originam a partir do confisco do direito lesionado da vítima mapeado nos séculos XII e XIII. De qualquer forma, eles 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, baseia-se em ficções e metáforas, com elementos criados e inseridos nessa sistemática, distanciando da realidade social (Zaffaroni, 1998, p.52).

Em uma tentativa de sistematizar o surgimento e o desenvolvimento do sistema penal, Zaffaroni (2007, p.29-82) expõe de maneira sistemática, com corriqueira profundidade, os diversos sistemas penais desenvolvidos pela humanidade. Não há aqui o intuito de desenvolver² cada um desses núcleos e processos, mas 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 dos sistemas penais em meados do século XII, vinculando-o, portanto, ao desenvolvimento do mercantilismo. Nesse período, a confiscação do conflito das vítimas permitiu à Europa uma organização política e militar desmensurada, dando subsídios para suas empreitadas expansionistas. De fato, nesse momento, era necessária a construção de discursos e posturas legitimadoras do poder interno, com forte hierarquização das sociedades que pudessem sustentar as emanações ideológicas.

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 incumbem de realizar direito penal, chamamos *sistema penal*.” (Batista, N. 2007, p.25.)

2 Para um aprofundamento desse tema, consulte: Neder (2000) e Gauer (2010).

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

A *inquisitio* não deve se identificar com nem se limitar à *Inquisição romana*, que foi uma instituição centralizadora do poder do Papa, nem tampouco com a *Inquisição ibérica* a serviço o 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, esse cenário inquisitivo desenvolveu-se até o início da Revolução Industrial, com a manutenção da diferenciação no tratamento penal. Mesmo com a ascensão da classe burguesa e a ilusão dos postulados liberais (liberdade, igualdade e fraternidade), o sistema penal manteve-se de maneira seletiva.

Inseridos nessa lógica, a cultura, o direito, a política, a economia e, conseqüentemente, o sistema penal europeu foram transplantados para países objetos dos projetos expansionistas. Todo esse procedimento começou a acontecer no século XV, sendo inicialmente denominado de *colonialismo*, posteriormente, já no século XVIII, de *neocolonialismo* e, desde o século XX, de globalização (Zaffaroni, 2007, p.29).

É evidente que o sistema jurídico brasileiro é parte dessas pautas colonizadoras e que, inicialmente, importou, em especial de Portugal, sem rupturas ou reinterpretações, legislações, discursos, sistemas e propostas. Em um segundo momento, mesmo com a independência, a influência não cessou, pois, no momento do neocolonialismo, ela se expandiu para outros países europeus, perpetuando os anseios e os valores colonizadores.

Essa 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.

Em uma 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, N., 2002a, p.24)

A postura adotada nesse estudo realça a permanente seletividade dos sistemas penais. O criminalista carioca optou por retratar as matrizes criminais brasileiras por meio da identificação dos criminalizados, dos inimigos, dos sujeitados. A profundidade da abordagem revela, claramente, que ainda hoje existem determinados estratos sociais que são objeto desse 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, fica claro quais características forjaram as identidades desses sistemas americanos e que, ainda hoje, emanam efeitos, posturas e sujeições.

De modo genérico, pode-se identificar no Brasil os seguintes sistemas: colonial-mercantilista, imperial-escravista e republicano-positivista (Batista, N., 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, a princípio, das Ordenações Manuelinas e, depois, das Ordenações Filipinas, as quais acabaram regulamentando os aspectos criminais até a edição do código criminal em 1830. Essas ordenações, apesar da 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 país.

No entanto, mesmo com essas pretensas normativas, o exercício do poder punitivo no Brasil colônia era relegado aos ambientes privados, seguindo a tradição ibérica de “[...] *continuidade entre o público e o privado*” (Batista, N., 2002b, p.150 [grifo do autor]), com a aplicação diferenciada de penas e, também, de suas quantidades. Aliás, existiam até previsões nessas normativas sobre a possibilidade de sujeitos – em sua maioria, senhores – aplicarem determinadas penas e sobre específicas pessoas. Era, efetivamente, uma forma de execução penal privada da pena. Nilo Batista caracteriza de maneira contundente esse 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. (Batista, N., 2002b, p.149-150)

Com a independência do Brasil e a manutenção da monarquia e da escravidão, modulou-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 a seguir:

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 podem 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 “ideia 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, N., 2002b, p.152)

Apesar das contradições apontadas e vivenciadas, como visto, esse sistema penal acabou não produzindo significativas transformações 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 eclodiam.³

Com a proclamação da República, a crescente industrialização e a gradual transformação do modelo econômico, o sistema penal – parte dessa engrenagem – acabou sofrendo modificações e passou

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

a ser denominado de *republicano-positivista*. No entanto, as modificações acabaram reproduzindo as estruturas hierarquizantes e criminalizantes, agora por meio 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 merecia consideração. Os juristas estavam (ou estão?) encastelados na “torre de marfim tecnicista”. Não eram procuradas 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 ideia 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, N., 2002b, p.153)

Realça-se a constatação de 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.

Essa percepção pode engendrar diversas reflexões que, embora fujam do objeto específico deste livro, indicam a necessidade de ampliar os campos meditativos, nutrindo-os de outros aspectos para sair do encobrimento de situações, algo que é tão convencional.

Seja como for, dentro das estruturas, mantiveram-se, em dada medida, os caracteres absolutista, escravagista, positivista e seletivista. E agora, partilhando de processos neocolonizatórios, ainda

há a importação de ideias, teorias e demais mecanismos, bem como a identificação desses caracteres. Ocorre, nesse 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, L. A., 2005, p.20). Entanto, em vez dos ditames apenas da matriz europeia, absorve-se principalmente dos Estados Unidos,⁴ sob a roupagem da globalização, como assinalado anteriormente.

Nesse processo, a periferia neocolonizada e globalizada incorpora grande parte dos elementos oriundos dos 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, em um estudo detalhado dos países latino-americanos no século XX, é facilmente perceptível a constatação de diferentes controles sociais que desembocam em diversos sistemas penais por meio, primordialmente, dos processos de criminalização. Diante das características peculiares dos Estados, das agências de controle e dos controles sociais nesses países, identifica-se a existência de um sistema penal aparente e de um sistema penal subterrâneo.

No sistema penal aparente, ocorre a criminalização de condutas examinadas, de maneira mais constante, nos espaços das classes

4 Por exemplo: a Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, que instituiu o *cross-examination* – as partes fazem perguntas diretamente às testemunhas; a Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, que traz, principalmente, o fortalecimento e a expansão do instituto da fiança; 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 n. 156, de 2009 (arts. 271 e 272)

subalternas. Exemplifica-se essa percepção com o aspecto decisivamente seletivo das legislações que tutelam a ordem pública, a paz social, que preveem crimes de mera conduta e contravenções penais (Castro, L. A., 2005, p.128-129).

Por exemplo, 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 subscritos pelo país, ainda há a previsão da contravenção de vadiagem no art. 59⁵ do mencionado decreto. Para Castro:

No sistema penal subterrâneo há uma criminalização, de facto, das dissidências ideológicas, operada pelos serviços de inteligência policial, que com uma certa discricionariedade, variável de acordo com os diferentes regimes, e com uma autoridade sustentada na impunidade de fato. (Castro, L. A., 2005, p.129)

Além disso, como característica desse sistema subterrâneo, há a promoção das estigmatizações dos indivíduos como pertencentes às classes subalternas por meio, principalmente, da criminalização primária e secundária. Esse processo contribui para a demarcação, a permanência e o aprofundamento da marginalização social dessas pessoas, que sofrem, constantemente, com a violação de seus direitos e com sua ínfima proteção.

Outro aspecto que acaba relegando ditames do sistema aparente são os enormes contingentes de indivíduos presos provisoriamente, sem condenações definitivas. Essa situação é corriqueira a ponto de existir inúmeros estudos nos países latino-americanos que demonstram as cifras enormes desses contingentes, dando indicações de característica inerente.

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.

Embora haja certa discussão sobre a 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 informação, à comunicação, a atividades culturais ou esportivas, etc., e sofrimentos físicos e morais que ultrapassam os previstos pela lei. (Castro, L. A., 2005, p.131-132)

É evidente que no Brasil há a manutenção desse viés penalista que perpetua, por meio 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 à brasileira – evidencia-se diante da necessária identificação de seus pressupostos, mecanismos e delineamentos. Como já advertido, com um estudo historicamente mapeado, fica-se 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 do modo de produção econômico. Não há nenhum exemplo histórico-político que possa dissociar ou contradizer essas relações, pois é

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.

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 essas constatações reveladas – ou não chegam a se preocupar com elas. 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. Essa 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 nervoso autônomo, em anormalias na estrutura genética ou cromossômica individual etc., em relação com as circunstâncias presentes, cuja recorrência produz tendências fixadas, psicológicas, fisiológicas ou outras. (Santos, J. C. dos, 2006, p.4)

Como já assinalado, essas perspectivas conservadoras e liberais partem de outras perspectivas de abordagem e, em alguns aspectos, ocorre a identificação dessas posturas com uma assunção consciente dos resultados das análises. Ao direcionar tanto o esforço teórico como as atividades das agências estatais para o sequestro, o encarceramento de determinado contingente de pessoas – a “minoria criminosa” –, assume-se efetiva contribuição para a manutenção dessa forma de organização socioeconômica e para o alijamento dessas pessoas. Não há ilusão quanto a isso.

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 essas formas de reprodução da vida, de 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, eles infringem com maior seletividade os direitos das classes subalternas. Dessa maneira, re-flete toda a ideologia hegemônica⁷ e contribui para a manutenção da estruturação socioeconômica vigente. De todo modo, a perspectiva adotada neste livro possibilita uma abordagem contextualizada, sócio-histórica e dialética, apta a revelar esses aspetos sonegados pelos estudos dogmáticos.

E, diante desses cenários, Nilo 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”.

É certo que a perspectiva correntemente utilizada para visualizar o fenômeno criminoso e os sistemas penais, bem como para reproduzir o discurso dogmático jurídico-penal – com sustentáculo, sobretudo, nas filosofias jurídicas mencionadas (jusnaturalismo e juspositivismo) e mesmo nas propostas integralizadoras –, é limitada. Por isso, como exposto principalmente no Capítulo 3, qualquer possibilidade de substancial transformação, alargamento e até mesmo ruptura com o arcabouço das ciências criminais talvez não esteja em seus estreitos campos reflexivos.

7 O conceito de hegemonia é recorrentemente utilizado neste livro 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 ‘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’”.

Os contextos do sistema criminal brasileiro

Com esses aspectos genealógicos, as principais características atualmente mantidas pelos sistemas penais latino-americanos e, em especial, pelo brasileiro foram delineadas. Identifica-se sua arbitrária seletividade, a reprodução de violências institucionais, a concentração de poder, a hierarquização social – ou seja, grande parte das características apontadas quando da identificação e da formulação da ideia 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 emanação de modos de vida homogeneizados. Na formulação das estruturas dos sistemas penais, na busca pela legitimação do poder punitivo, há a dissipação, mais ou menos equiparada, de suas principais características. O encarceramento massivo de milhões de norte-americanos, gerando circulação de capital e criação de empregos – por meio da construção ininterrupta de presídios (até com a privatização de algumas instituições), da criação de mecanismos de vigia e escolta, da invenção de necessidades supérfluas –, acaba tornando-se um modelo a ser observado e perseguido por outros países “civilizados”.

Desse modo, de maneira mais acentuada nas sociedades periféricas de capitalismo tardio, onde predomina o “vídeo-capital financeiro transnacional” (Batista, N., 2002b, p.154) e a globalização é vivenciada por meio de práticas neocolonialistas ou tecnocolonialistas, a situação atual dos 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 essas situações absurdas, como, por exemplo, o caráter seletivo e neutralizador do sistema penal (que, como já observado, é acentuado nessas comunidades subalternizadas) e a dissipação de precariedades, com a alimentação das incertezas e a debilidade estrutural e financeira dos Estados periféricos.

Nesse momento, as transformações desencadeadas com a globalização acabam gerando uma avalanche de setores sociais vulneráveis, em algumas ocasiões reverberando até em outros setores, o que produz uma sensação de medo e de insegurança quase insuportável.

Essas situações emblemáticas geram a produção sucessiva de *inimigos* com características similares, porém substancialmente diferenciados ao longo do processo sócio-histórico. Invariavelmente, isso contribui para a formação de novas peculiaridades para os poderes punitivos, as quais podem ser condensadas, hoje, na ideia 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])

Dada a proximidade dos acontecimentos do século passado, existem várias classificações e, conseqüentemente, identificações das características inerentes a essa reconfiguração do poder/autoritarismo punitivo. Esses estudos não são colidentes ou excludentes, pelo contrário: eles fornecem elementos para uma compreensão detalhada da situação, conforme o aporte teórico utilizado. Há, portanto, grandes benefícios com a expansão de diversos entendimentos e posturas diante desse fenômeno, ao mesmo tempo que isso inviabiliza qualquer encerramento teórico ou pretensas conclusões.

Sem desconsiderar os aspectos iniciais, o penalista argentino elenca como principal característica dessa nova roupagem do poder punitivo a “inversão do sistema penal”. Ele identifica essa característica com os aprisionamentos cautelares de indivíduos, com a aplicação de medidas antes ou durante os processos que, em última instância, não produzem condenações. Na prática, as prisões cautelares acabam se tornando prisões efetivas antes de pronunciamento judicial definitivo, invertendo-se, assim, o sistema penal.

Apesar de não ser o intuito deste livro analisar de maneira dogmática essa questão, é necessário mencionar que, no Brasil, houve uma tentativa recente de desfigurar essa situação com a edição da Lei n. 12.411/11, que alterou de maneira substancial as matérias referentes às prisões e à liberdade provisória, prevendo diversas novas medidas cautelares. Essa relevante iniciativa gerou inúmeras inovações⁸ com o claro objetivo de indicar alternativas às prisões provisórias, aproximando-se dos mandamentos constitucionais e almejando garantir o postulado da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII⁹).

Com isso, espera-se reverter esse autoritarismo *cool*, diminuindo a segregação provisória de indivíduos. No Brasil, conforme o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) produzido pelo Ministério da Justiça por meio do Departamento Penitenciário Nacional, da população carcerária total de 549.577 indivíduos em junho de 2012 – em dezembro de 2010 eram 496.251 e em junho de 2011 eram 513.802 –, 232.244 (aproximadamente 42%) eram presos provisórios ou estavam custodiados pelas polícias judiciárias dos Estados, provavelmente em delegacias (Brasil, 2012b).

Essa situação alarmante está acirrando-se ao longo do tempo. No Brasil, há um crescimento exponencial da população carcerária

8 Por exemplo, a aplicação das medidas cautelares independentemente 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; [...].

ria, principalmente dos presos provisórios. Todas as questões que envolvem esse acautelamento provisório são nefastas tanto para os sujeitos como para a sociedade.

De fato, no Brasil e em quase todos os países latino-americanos, em vez 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 dos problemas específicos dos sistemas penais latino-americanos são ainda produtos da “transnacionalização do saber criminológico”, como já visto, até mesmo essas iniciativas legislativas acabam reproduzindo valores, ideias, propostas que corroboram para a manutenção das atuais estruturas sociopolíticas.

Dessa forma, há a perpetuação de escopos autoritários, estigmatizantes, segregacionistas e, principalmente, seletivos. E as alterações formais ou teórico-dogmáticas, embora possuam certa relevância para a ampliação de focos de abordagens ou de instrumentalização legislativa ou institucional, se mostram insuficientes em nossas margens.

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

Assim, como formulação de uma verdadeira hipótese científica, talvez possa se partir do princípio de que, enquanto os sistemas jurídico-penais continuarem 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; FIANÇA..., 2011.

É por isso que, na América Latina, com a perpetuação das características do sistema penal subterrâneo, tem-se “um direito penal de *periculosidade presumida*”, indicando 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, esses sistemas, além de manterem suas históricas características, com estigmatização e criminalização dos *inimigos* e indesejáveis – atualmente, os imigrantes, os integrantes de movimentos sociais, os pobres –, modulam características novas que, na realidade, acabam reforçando as anteriores.

No modelo neoliberal, a crescente criminalização (primordial) de determinados setores sociais, com a ampliação das estruturas estatais vinculadas à manutenção do sistema penal, acaba alimentando a atual estruturação socioeconômica e contribuindo para sua conservação, 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, N. 2002b, p.154)

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

Nesse contexto, inserem-se as leis que introduziram o depoimento por videoconferência,¹¹ o monitoramento eletrônico¹² e o referendo popular do desarmamento.¹³ 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.

Essas reflexões são possíveis com a dissecação das incongruências do sistema jurídico-penal, as quais acabam não sofrendo nenhuma 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, alteram as formas, mas preservam o conteúdo, a estrutura.

Desse modo, quase nada ou muito pouco é feito para transformar a seletividade das agências criminais. No Brasil, segundo o InfoPen, das 486.779 pessoas presas no sistema penitenciário que possibilitaram a constatação de seu grau de escolaridade, 321.674 (ou 66,10%) não chegaram a completar o ensino fundamental, ao passo que apenas 6.445 (1,32%) chegaram ao menos a cursar o ensino superior (Brasil, 2012b). Um dado obscuro em qualquer país do mundo que se julgue democrático.

Há muito anos – desde Quetelet, perpassando, principalmente, por Sutherland – foram reveladas as inconsistências entre o acome-

11 Lei n. 11.900/09.

12 Lei n. 12.258/10, que alterou a lei de execuções penais (Lei n. 7.210/84), prevendo o monitoramento eletrônico 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.

13 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.

timento 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).

Os dados no Brasil corroboram essas análises e fornecem mais argumentos para as denúncias relacionadas aos 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 possui baixa escolaridade. Existem infundáveis variáveis que permitem e intensificam essa relação perversa.

No entanto, deve-se pelo menos ponderar os dados oficiais que envolvem o sistema penal, pois existem muitos interesses em jogo. Aqui, alerta-se não para um mero descarte ou uma simples relativização, mas para uma reflexão contextualizada no intuito de evitar uma absorção automática.

Por exemplo, uma pesquisa¹⁴ recente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) constatou que os dados oficiais do Estado do Rio de Janeiro, os quais 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 nesse período, mas que o número de mortes violentas provocadas por causas externas não determinadas aumentara. O estudo do Ipea sustentou que essas mortes violentas foram classificadas de maneira equivocada, o que inviabilizou o computo de 3.165 casos como homicídio, indicando uma inconsistência e, até mesmo, uma eventual manipulação nos dados oficiais.

De qualquer forma, como assinalado, é inegável a importância das informações colhidas ou relacionadas a partir de pesquisas, estudos e levantamento de dados, desde que refletidas e contextualizadas.

Outra demonstração da manutenção do aspecto desproporcional e seletivo do sistema penal advém da análise de dados referentes aos crimes cometidos pelas pessoas que estão custodiadas no sis-

14 Ipea, 2011.

tema penal nacional. Apesar do aprofundamento realizado no Capítulo 2, é necessário mencionar aqui esse aspecto. Segundo dados do InfoPen, em junho de 2012, foram identificados 524.728 crimes tentados ou consumados praticados pelos indivíduos que estavam sujeitos ao sistema penal. Desse total, 256.352 referiam-se a crimes contra o patrimônio e 133.946 a crimes previstos nas leis de drogas – Lei n. 6.368/76 e Lei n. 11.343/06, em vigor (Brasil, 2012b).

Em uma constatação fria – sem conexões ou relações que, em certas circunstâncias, são necessárias –, atenta-se para o fato de que aproximadamente 74% do total de crimes tentados ou consumados praticados pelas pessoas que estavam sujeitas ao sistema penal brasileiro em junho de 2012 aludia-se a crimes contra o patrimônio e previstos nas leis de drogas.

Por outro lado, o sistema informativo aponta que apenas 171 crimes de tortura (Lei n. 9.455/1997), 123 crimes contra o meio ambiente (Lei n. 9.605/98) e 1.303 crimes contra a administração pública (especificamente: peculato, arts. 312 e 313; concussão e excesso de exação, art. 316; corrupção passiva, art. 317 – todos do Código Penal), tentados ou consumados, foram cometidos pelas pessoas sujeitas ao sistema penal. E não há dados oficiais que apontam os crimes cometidos contra o sistema financeiro, a econômica popular ou a ordem econômica.

Apesar das variáveis intrínsecas a essas constatações, de seu aspecto aparentemente insuficiente e de eventuais incongruências de dados, é evidente que esses números são absurdos, alarmantes e que deveriam desencadear uma série de reflexões, propostas e alterações tanto do sistema penal estrutural como dos aspectos jurídico-penais. Além disso, as políticas públicas de segurança e promoção dos direitos sociais deveriam ser completamente revistas, pois é 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 gru-

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

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

Em dada medida, verifica-se não apenas por meio dos elementos apresentados, mas também da conexão com outras informações, estudos sociológicos e antropológicos que em países como o Brasil – periféricos, de capitalismo tardio – ocorre uma profunda criminalização da miséria. Nesse sentido, surge um “Estado penal” que, em vez de promover direitos individuais e sociais mediante políticas públicas e sociais, acaba contendo as classes subalternas, relegadas do sistema socioeconômico por meio, sobretudo, dos sistemas jurídico-penais (Wacquant, 2001b, p.20). Há, corriqueiramente, um acirramento da implantação das políticas criminais e um arrefecimento das políticas sociais, dos direitos e das garantias.

Dadas essas características – e, por conseguinte, a segregação de determinadas pessoas pertencentes a grupos sociais específicos –, não há nenhuma preocupação política com a condição dos cárceres em nosso país. Como já mencionado, Zaffaroni alerta que as condições dos sistemas penais são tão desumanas que não se diferenciam totalmente das de campos de concentração ou de trabalhos força-

dos. O agravante é que a situação dos sistemas penais é notória e constantemente desconsiderada.

No Brasil, são recorrentes os casos de violência, rebelião e assassinato no sistema carcerário, principalmente em decorrência da superlotação.¹⁵ Embora esse problema seja comum e central, inúmeras situações degradantes são verificadas cotidianamente, como estruturas arcaicas e insalubres, alimentação de péssima qualidade etc.

Diante desse 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 Justiça (CNJ) que, por meio da Portaria n. 513 de 15 de abril 2009, implantou o Grupo de Monitoramento, Acompanhamento e Aperfeiçoamento do Sistema Carcerário, com os objetivos principais de:

- planejar e coordenar 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 do sistema de gestão eletrônica da execução penal e do mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias;
- implantar a integração das ações promovidas pelos órgãos públicos e pelas entidades com atribuições relativas ao sistema carcerário;
- fomentar a implantação de projetos de capacitação profissional e de reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário.

15 De acordo com levantamento ainda não consolidado feito pelo Conselho Nacional de Justiça, hoje o déficit do sistema carcerário no país é de 146.817 vagas (Brasil, 2012a).

Todas essas iniciativas, no entanto, são ainda insuficientes para alterar de maneira substancial a realidade dos cárceres brasileiros – e mais ainda para mudar o sistema penal como um todo. Nesse sentido, Alessandro Baratta alerta sobre as consequências 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. (Baratta, 2002, p.167)

Toda essa sistemática – o etiquetamento de indivíduos, as violências institucionais, o desrespeito das constituições e das leis¹⁶ que tratam da questão penitenciária pelos próprios Estados – demonstra que há uma expansão do caos, de situações insustentáveis jurídica e socialmente.

Infelizmente, como será aprofundado no Capítulo 3, ampliam-se as violações e as violências principalmente por meio da dissipação sociocultural de valores, ideias, práticas, mentalidades etc., que é desencadeada e potencializada pelos organismos componentes da sociedade civil, a saber: escolas, partidos, associações, meios de telecomunicação.

Muitas pessoas se assustam, reclamam das autoridades e do judiciário em relação aos furtos, roubos, sequestros e assassinatos. Porém, poucas são aquelas que demonstram indignação e cansaço¹⁷

16 Por exemplo, a Lei n. 7.210/84, que trata da execução penal no Brasil.

17 Em 2007, surgiu no Brasil o Movimento Cívico pelo Direito dos Brasileiros, que ficou nacionalmente conhecido por conta de seu mote: “Cansei”. Incomodada, sobretudo, com problemas no sistema aeroviário, o chamado “caos aéreo”, uma parcela da elite nacional – dentre outros, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP), a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) e a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) – desencadeou alguns atos públicos visando atingir ao governo federal, mais especificamente ao presidente

com a absurda e desigual distribuição de renda e de terra,¹⁸ com práticas machistas,¹⁹ racistas, discriminantes²⁰ ou homofóbicas.²¹

Como essas práticas e condutas relacionam-se com o sistema penal, condicionando-o e também sendo condicionadas por ele, elas devem ser compreendidas de maneira totalizante, por meio, dentre outras possibilidades, da ampliação do entendimento de violência. Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde (OMS) 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. (OMS, 2002, p.5)

-
- Lula. A iniciativa caracterizou-se pelas manifestações públicas de seus membros, em um movimento não político, mas cívico, de defesa do país. As reais intenções do movimento nunca foram explicitadas, embora evidentes. O endereço eletrônico criado na época está, agora, desativado (www.cansei.com.br).
- 18 Em 2008, segundo estudos do Ipea (2010), 28,8% da população brasileira estava 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). Nesse mesmo ano, no Brasil, o índice de Gini – que mede a desigualdade de renda – era de 0,54, um dos dez piores no mundo.
- 19 Segundo estudo publicado pelo Instituto Ethos e pelo Ibope (Instituto Ethos; Ibope, 2010), intitulado: “Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas e suas ações afirmativas – 2010”, a presença de mulheres em cargos de direção nas empresas com faturamento anual entre 1 bilhão e 3 bilhões de reais era de 13,8%; as mulheres negras e executivas representavam apenas 0,5%.
- 20 Um estudo realizado pela DataSenado em 2010 com parte dos cadastros do Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD) indicou que 77% das pessoas entrevistadas com necessidades especiais não tinham seus direitos respeitados (Pesquisa..., 2010).
- 21 O Grupo Gay da Bahia (GGB) publica o Relatório Anual de Assassinatos de Homossexuais, que considera todo o Brasil. Em 2009, foram registradas 198 mortes de gays, travestis e lésbicas e, em 2010, foram 260. Levantamentos parciais indicam que, em 2001, esses casos aumentaram, mantendo a tendência dos últimos anos.

A possibilidade de realçar os problemas do sistema penal a partir dessa ampliação do conceito de violência – e, conseqüentemente, da contextualização das situações problemáticas – alimenta as reflexões, bem como contribui para o redirecionamento das políticas públicas e para a mudança de consciência e percepção da realidade.

Como triste exemplo de violência, têm-se dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT). De acordo com ela (OIT, 2011), no Brasil, entre 1995 e os dias atuais, aproximadamente 40 mil pessoas foram resgatadas de condições análogas às do trabalho escravo – que, conforme art. 149 do Código Penal, ocorre quando alguém é submetido a trabalhos forçados, jornada exaustiva e 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 existem seres humanos que submetem outros à condição de escravos. E, além dessa violência absurda, que solidifica e perpetua a atual forma de organização socioeconômica, podemos constatar que vivemos em um país racista.²² Apesar do caudaloso cotidiano sociocultural, em que se perpetuam práticas, valores e ideias ora encobertas ora reveladas, os espaços institucionais e organizacionais, bem como as políticas de segurança pública, acabam evidenciando diversas situações que não deixam qualquer dúvida em relação ao racismo.

Conforme demonstrado pelo Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira chegou a 190 milhões de pessoas, sendo, desse total, 97 milhões negras e

22 Entendem de maneira contrária, dentro outros intelectuais brasileiros ilustres: Ali Kamel, diretor-executivo da Central Globo de Jornalismo e autor do livro *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. E Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, procuradora do Distrito Federal e 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. A obra de Roberta é baseada em sua dissertação de mestrado defendida na Universidade de Brasília, sob a orientação do emite ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Ferreira Mendes.

pardas e 91 milhões brancas (IBGE, 2010). No entanto, conforme o estudo *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas e suas ações afirmativas – 2010*, publicado pelo Instituto Ethos e pelo Ibope, em 2010, a presença de negros no quadro funcional das empresas com faturamento anual entre 1 bilhão e 3 bilhões de reais era de 31,1%, enquanto a de brancos era de 67,3%. Já em relação aos cargos de direção, 93,3% eram ocupados por brancos e apenas 5,3% o eram por negros (Instituto Ethos; Ibope, 2010).²³

Constatam-se, portanto, enormes discrepâncias de equiparação socioeconômica no Brasil. E ainda há agravantes dessas discriminações, dessas violências. Conforme o estudo *Mapa da violência 2011: os jovens do Brasil*, produzido pelo Instituto Sangari e pelo Ministério da Justiça, entre 2002 e 2008, enquanto as taxas de homicídio de brancos caíram 22,7%, as de negros aumentaram 12,1% (Instituto Sangari; Ministério da Justiça, 2011).

Essa proporção foi aumentando paulatinamente: em 2002, morriam 46% mais negros assassinados do que brancos (26.915 ante 18.852); em 2005, esse número aumentou para 67% (28.230 ante 15.661); hoje, ele atinge o absurdo percentual de 103% (32.349 ante 14.650). Em outras palavras, atualmente, para cada branco vítima de homicídio, matam-se dois negros.

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

Essas situações desumanas são responsáveis, em certa medida, pela perpetuação desse estado de coisas e pela 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,

23 Ver também estudo do Ipea denominado *Dinâmica demográfica da população negra brasileira*.

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 formação desses 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, tradução nossa [grifo do autor])²⁴

Diante desse 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 livro, é necessário recorrer, novamente, a Nilo Batista (2002b, p.154-155), que, de maneira

24 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 del 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.

didática e ao mesmo tempo profunda, procurou elencar traços constitutivos do sistema penal contemporâneo. Essa breve visão geral contribuirá para o clareamento das reflexões críticas apresentadas sobre as situações inquietantes, correntes nas sociedades periféricas.

Inicialmente, o criminólogo carioca aponta 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. O mesmo se dá com a profusão das “leis propagandísticas”, que servem para atender a interesses específicos e apelos populares circunstanciais, almejando assegurar a segurança e o bem-estar.

Nilo Batista também 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, medidas cautelares (apesar de elas serem recentes, 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, como exposto com os dados apresentados, restam os estigmas, inicialmente pela criminalização primária e, depois, pela secundária: pela força do Estado, das instituições, da ideologia “da lei e da ordem”.

Como terceira característica, Nilo Batista aponta as *mudanças nas finalidades da prisão*. Aqui, evidenciam-se os mitos ressocializadores e constata-se que as prisões transformaram-se em uma “pena de neutralização do condenado”. Dadas as altas seletividade, arbitrariedade e desproporcionalidade apontadas, as prisões contribuem para retirar determinados indivíduos do convívio social, moldando a estruturação social.

Derradeiramente, Nilo Batista 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 televisivos que exploram situações de violência

e executam “diretamente funções de agências policiais” –, como também o próprio debate político nacional está submetido aos interesses de alguns grupos que, descaradamente, monopolizam quase todos os canais de comunicação do país.

Apesar da crítica e desconsideração explícita de Nilo Batista, sustenta-se ainda neste livro 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 possibilitam 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 como no neocolonialismo industrialista). (Zaffaroni, 1993b, p.32-33, tradução nossa)²⁵

Dessa maneira, é urgente e imperiosa a percepção contextualizada, crítica e dialética dos sistemas jurídico-penais latino-americanos, para que, eventualmente, eles sejam, em última instância, uma das formas de proteção e expansão de direitos humanos.

25 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).

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

Diante da permanência histórica sombria e do profundo absurdo do momento atual dos sistemas jurídico-penais, formulações teóricas ou encaminhamentos práticos poderiam estar paralisados e conformados. No entanto, existem inúmeras posturas que, levando em conta esses prognósticos catastróficos, empreendem reflexões encorpadas para, inicialmente, analisar em pormenores a situação dos sistemas penais e, em seguida, apresentar reflexões e propostas que possam amenizar e atenuar a situação animalesca em que se encontram.

Os esforços nesse sentido são inúmeros e profícuos, oferecendo decisivos elementos para eventuais progressos ou inovações teóricas significativas. Aqui reside o objetivo deste livro: ele 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.

Tendo em vista a especificidade e os objetivos desta obra, resalta-se a impossibilidade de abordar inúmeras posturas teóricas e práticas que, assumindo uma atitude crítica (e até marginal), questionam o atual sistema de organização política e social e suas implicações no direito penal. De fato, almeja-se a indicação de posturas significativas e aproximadas que, por meio de seus significantes, preocupam-se com direitos humanos e indicam diversas possibilidades para sua proteção.

Aportes basilares do garantismo: contribuições essenciais e críticas substanciais

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

Essa visão teórica – que chega até a se proclamar como pertinente a outros ramos jurídicos, e não apenas ao direito penal²⁶ – procura sustentar a possibilidade de existência de um sistema mínimo de garantias que, basicamente, limitariam o poder punitivo dentro de uma sociedade democrática.

Apesar desse aspecto negativo, ela argumenta que, partindo de determinados postulados, o sistema jurídico penal não só estaria apto como também encontraria o seu fundamento na tutela de específicos anseios, na proteção dos direitos fundamentais. De outro modo, dentro do Estado de direito, seria necessária a imposição de limites aos sistemas de controle, tutelando as liberdades individuais perante as 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, S., de 2011, p.107)

26 “Eles delinham, 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.)

Partindo dos paradigmas liberais e positivistas, os postulados da teoria criticam, de forma competente, os sistemas jurídico-penais que vêm modulando valores 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 nexó 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 ideal e em grande parte ideológico” (Ferrajoli, 2010, p.38), o que contribui bastante para sua desqualificação jurídico-política pela cultura jurídica hegemônica.

De qualquer maneira, suas contribuições são salutares para o empreendimento de análises sobre as legitimidades dos sistemas penais, com base nos graus e nas profundidades das garantias penais e processuais fornecidas dentro de um Estado democrático:

A teoria jurídica garantista liga-se umbilicalmente à concepção garantista de democracia, em que se parte da ideia de que os seres humanos são insitamente 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 divididas em: “convencionalismo penal e legalidade estrita” e “cognitivismo processual e estrita jurisdicionariade”. Isso demonstra, decisivamente, sua vinculação com o positivismo e o liberalismo.

O *convencionalismo penal*, resultante do princípio da legalidade, pressuporia duas condições: primeiramente, o formalismo estrito na definição do desvio e, posteriormente, o caráter concreto das hi-

póteses de desvios definidas em lei. Sumariamente, essas condições são assim explicadas:

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 referência 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 jurisdiccionariade*, também seria necessário o atendimento de duas condições: da verificabilidade ou refutabilidade das possibilidades de acusações e da sua consequente comprovação empírica. Recorrendo-se a postulados importantes, anunciam-se essas condições também 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])

Esses elementos são partes importantes para a compreensão aprofundada da teoria, principalmente por contribuírem para a formulação dos princípios fundamentais que modulam, de forma

mais clara, as decisivas pontuações do garantismo. Esses princípios serão visto logo em seguida.

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

Compreender o garantismo como “um modelo normativo de direito”, significa entender que, dentro do Estado de direito, o sistema penal está adstrito à legalidade estrita (como visto anteriormente, no primeiro elemento constitutivo da teoria). Assim, no plano epistemológico, ele estaria caracterizado como um sistema de poder mínimo; no plano político, seria uma técnica adequada para a minimização da violência e a expansão da liberdade que geraria; no plano jurídico, seria “[...] 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 significa “uma teoria jurídica da validade e efetividade das normas” como concepções diferentes, que está atrelada à própria existência ou ao vigor das normas.²⁷ Assim sendo, ele manteria separado o “ser” e o “dever ser” no direito, revelando como questão central da teoria a análise das divergências entre os modelos normativos (portanto, garantistas) e as práticas operativas realistas (consideradas antigarantistas).²⁸

27 “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]).

28 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”.

Contudo, a teoria é permeada por ressalvas, revelando seus vínculos às percepções sobre a validade e a efetividade das normas e 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 merecem tutela e constituem a finalidade de ambos. Assim, o garantismo possibilitaria a visualização exteriorizada da legitimação ou deslegitimação ético-política do direito e do Estado, entendidos, portanto, como instrumentos, e não como fins em si mesmos.

De qualquer maneira, a assunção dessa necessária legitimidade exterior (“heterogêneos pressupostos filosóficos”), que é desenvolvida por Ferrajoli no final de sua obra, não o impede de reconhecer que certos princípios são imprescindíveis para a edificação do sistema. Ele aponta:

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 ligados entre si, formatam a ideia e dão sustentação jurídica à argumentação teórica, no sentido visto quando da explicitação dos elementos constitutivos da teoria. Assim, Ferrajoli formula, partindo de determinados termos,²⁹ dez princípios basilares que modulam de maneira clara, porém profunda, os encadeamentos teóricos apresentados.

Em poucas palavras, o modelo garantista 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. Esses princípios, com suas respectivas máximas latinas que o autor fez questão de mencionar (Ferrajoli, 2010, p.91), são:

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 neccitas sine iniuria*);
5. princípio da materialidade ou da exterioridade da ação (*nulla iniuria sine actione*);

29 “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])

6. princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal (*nulla actio sine culpa*);
7. princípio da jurisdicionariiedade, 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*).

Partindo dos postulados garantistas, um dos maiores especialistas brasileiros sintetiza de maneira primorosa as principais contribuições da teoria, sem, contudo, deixar de apresentar uma nova maneira de visualizar os 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 preestabelecidos 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, S., de 2008, p.82)

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

Seja como for, o estudo iniciado por Ferrajoli é profundo e já possui diversas releituras e interpretações. No Brasil, especificamente, foi muito bem recepcionado, gerando diversos trabalhos, seminários, discussões e agregando, até mesmo, contribuições inovadoras.³⁰ Neste livro, almejou-se apontar seus principais postulados e contribuições para permitir uma compreensão contextualizada das outras posturas contra-hegemônica e para indicar como 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 ideais liberais consubstanciados nas formulações dos Estados modernos. Essas 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 ma-

30 Apenas para exemplificar, pois fugiria dos objetivos concretos deste livro um maior detalhamento das inúmeras contribuições, vale assinalar o posicionamento vanguardista de Salo de Carvalho que, partindo do garantismo, formula a *teoria agnóstica*. De forma didática, ele 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. Nesse 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, S., de 2011, p.126).

neira ortodoxa, sem reflexões e ponderações, pois estamos diante de violações e desrespeitos cotidianos e inadmissíveis a direitos humanos.

Ao que parece, essa corrente fecha-se em seus próprios postulados e recusa-se, decisivamente, a abrir-se a novas possibilidades teóricas que gerariam reflexos concretos – embora sustente ser “heteropoiética”, ou seja, ter um ponto de vista externo e “de baixo” da sociedade e das pessoas que a compõem (Ferrajoli, 2010, p.812 *et seq.*). Isso porque, como visto, ela ainda é encastelada no normativismo, no positivismo, em delimitações de princípios.

É evidente, também, que a corrente foi pensada a partir da realidade europeia (em especial, a italiana) e para ela. Assim, apesar das suas prováveis contribuições para outras realidades, é difícil sua incorporação mecânica a qualquer país, principalmente ao Brasil, que ainda luta para estruturar suas instituições, bem como reconhecer e efetivar os anseios populares mais elementares.

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

Na América Latina existe uma intensa tradição de Estado patrimonialista a 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.), sequestro 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, tradução nossa [grifo do autor])³¹

Essa percepção é possível porque o autor chileno-costarriquenho fundamenta-se em paradigmas diferentes dos de Ferrajoli, 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 – o qual, na esteira de Hobbes, apontou que o Estado seria um “lobo *artificial*” (Ferrajoli, 2010, p.862 [grifo do autor]) –, Helio Gallardo provoca e sustenta que, na América Latina, o Estado 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

31 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 entretejidas 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.

humanos, cortejando-os com aparente santidade. (Gallardo, 2008a, p.227, tradução nossa)³²

Nesse viés específico da crítica, fica nítido que a aplicação do garantismo na América Latina é insustentável em função, principalmente, da realidade particular que vivemos e da tradição viciada dos seus Estados nacionais.

O alerta em relação às incongruências dos Estados latino-americanos ganha substancial relevo quando se relembra que o modelo penal garantista³³ 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 cotidianas de relações e, em decorrência, de direitos humanos.

E a possibilidade de pontuarmos críticas substanciais não fica adstrita apenas ao aspecto conjuntural e legal-estatal, até por quê – como enuncia o Capítulo 2 e reconhece-se no Capítulo 3 – a positividade de direitos, de anseios populares é uma importante e decisiva conquista, desde que não seja supervalorizada, como ocorre no 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 descartá-lo completamente ou considerar o Estado o único ente violador de direitos humanos, inviabilizando uma atuação protetiva sua desses direitos.

De fato, as reflexões não devem encerrar-se nessa formulação de cunho negativo, pois a questão não reside apenas em não punir

32 [...] porque su capacidad destructiva sobre el orden social (?) habría que agregarle su impunidad prácticamente absoluta y el cinismo con que su criminalidad mafiosa se arropa 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.

33 Ainda, como analisado anteriormente, a primeira das acepções do garantismo o modula como um “modelo normativo de direito”.

ou punir com limites, mas também em visualizar quem é punido. Vimos que o caráter autoritário e seletivo do sistema penal “escolhe” punir determinados indivíduos – em grande parte, pessoas pertencentes a específicos segmentos sociais –, o que fundamenta o discurso da necessária redução dos danos causados pelas agências estatais. No entanto, esses danos são mínimos e até inexistentes para determinada camada social, que não sofre nenhuma 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 nenhuma agência ou estrutura penal.³⁴ É por isso que esse discurso e as práticas decorrentes dele devem ser ponderados, pontuados, contextualizados da maneira que se pretende desenvolver no próximo capítulo. Nesse sentido, ressalta-se e assume-se que:

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, 2010a, p.237, tradução nossa [grifo do autor])³⁵

Outro profundo equívoco 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. Imersa nos postulados do positivismo e do liberalismo, ela sustenta que:

Os direitos fundamentais [...] correspondem às faculdades ou expectativas de *todos* os que definem as conotações substanciais da

34 As prisões especiais e os foros por prerrogativa de função são um exemplo simples, mas salutar, disso.

35 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.

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])

Percebe-se o apego ao positivismo, bem como alusões ao jus-naturalismo quando da 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 é almejada enquanto possibilidade, e não como elemento – ela parte dos direitos fundamentais, dotada de direcionamento para sua efetivação. Essas posturas clássicas em relação a direitos humanos, analisadas e denunciadas no início do Capítulo 3, contribuem para inviabilizar sua eficácia jurídica e social, pois faz que acabe se 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. Ele acaba caracterizando esses direitos a partir das “*necessidades e interesses materiais primários* das pessoas”, desconsiderando (de maneira compreensível, dado seus referenciais epistemológicos) que eles partem “desde relações sociais que possibilitam/impossibilitam pessoas ou indivíduos com direitos fundamentais” (Gallardo, 2008a, p.225, tradução nossa [grifo do autor])³⁶

36 [...] desde relaciones sociales que posibilitan/imposibilitan a personas o individuos com derechos fundamentales.

Portanto, Ferrajoli empreende uma compreensão limitada à sua ideia de pessoa, restringindo a uma igualdade formal a alusão que faz a todos os titulares desses direitos. David Sánchez Rubio aponta essas inconsistências ao analisar os restritos sentidos que essas posturas atribuem a pessoas, cidadão e trabalhador, o que acaba reverberando desproporcionalmente em seu reconhecimento e em sua tutela material:

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 nessa postura teórica, que inclusive relativiza, dada a sua inconsistência, a percepção e o entendimento da liberdade humana. Ao individualizar a 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*” (Gallardo, 2008a, p.238, tradução nossa),³⁷ 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

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

mesmo e de comunicar com autoestima esta experiência de apropriação. (Gallardo, 2008a, p.237, tradução nossa)³⁸

Na teoria do garantismo, há, portanto, uma preocupação com os conteúdos dos conceitos e propostas encampados que, apesar das indicações progressistas e preocupações com as práticas violentas, acaba reproduzindo lógicas corriqueiras e excludentes, fornecendo elementos para a manutenção de sensibilidades de dominação.

Por meio dos breves postulados apresentados, é possível visualizar uma tentativa contra-hegemônica de formulação teórica com implicações concretas. Porém, como também apresentado, qualquer possibilidade substancial de alterações profundas no direito penal, sobretudo na América Latina, emperra nos fundamentos e nos conceitos que estruturam a teoria.

Nesse momento, é necessário explicitar, embora de maneira pontual (o assunto será desenvolvido no Capítulo 3), o entendimento de que direitos humanos são horizontes de esperança, o caminho por onde se deve trilhar para que, mediante práticas sociais e institucionais, ocorra o empoderamento de sujeitos (Gallardo, 2008a, p.237).

Além de a obra teórica de Ferrajoli ser extensa, existem diversas reinterpretações e novas proposituras, o que inviabiliza qualquer tentativa de circundar, de forma intensa, seus aparentes equívocos – e fuge dos objetivos e anseios deste livro. No entanto, considera-se que as críticas apresentadas são suficientes para o desenvolvimento do tema.

Para finalizar, pelas críticas pontuais apresentadas, as tentativas de incorporar o garantismo à nossa realidade latina fragmentada – com determinados poderes potencializados, com corporações onis-

38 “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.

cientes e onipresentes imbricadas nos Estados por meio de seus serviços, reforçando seus aspectos seletivos e autoritários – demonstram cada vez mais suas insuficiências.

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 as possibilidades de modificação dos sistemas penais não virão do centro (Zaffaroni, 1993b, p.20).

No contexto latino-americano, qualquer análise ou proposta de transformação dos sistemas jurídico-penal que almeja 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.

É por isso que os postulados do garantismo – ainda mais sem nenhuma tentativa de contextualização e percepção dessas realidades – não são apropriados para reconhecer, tutelar e promover direitos humanos nos Estados latino-americanos. Contudo, eles assinalam importantes constatações e indicam contribuições pontuais para a questão desses direitos.

Uma das propostas marginais foi capitaneada por Eugenio Raúl Zaffaroni, hoje Ministro da Suprema Corte de Justiça da Argentina. Por conta de sua profundidade e competência, essa proposta acabou influenciando outras diversas análises contra-hegemônicas – e, também por isso, é analisada neste livro.

A preocupação de Zaffaroni com a contextualização e o entendimento das situações dos sistemas penais latino-americanos e, em particular, com direitos humanos é antiga – ele orientou toda a sua profícu produção acadêmica nesse sentido. A importância de sua contribuição é, portanto, incontestável, o que dificulta o desenvolvimento de problematizações necessárias de pontos específicos de sua obra.

De fato, diante das situações absurdas dos sistemas penais latino-americanos, Zaffaroni 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*; 1998, p.187-250).

Em um dos seus últimos trabalhos, Zaffaroni aponta 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).³⁹ Ele nomeia essa proposta de *realismo marginal* ou *realismo jurídico penal marginal*, condensando suas análises, anseios e propostas em uma incansável “busca de uma dogmática jurídico-penal liberal (de garantias) realista, não distanciada das ciências sociais, não legitimadora 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).⁴⁰

De outra maneira, apresenta no mesmo sentido que: “[...] ou o direito penal serve para conter limites ou reduzir um poder deslegitimado ou não serve para nada” (Zaffaroni, 1993b, p.13, tradução nossa).⁴¹ 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 tecnocolonialista, que marca a necessidade e urgência de uma resposta marginal da des-

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

40 [...] 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.

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

legitimação do sistema penal, mas que já, agora, nossos sistemas penais estariam operando como um genocídio de fato. (Zaffaroni, 1998, p.127, tradução nossa)⁴²

Assim, diante dos genocídios perpetrados pelos sistemas penais latino-americanos, Zaffaroni assume expressamente uma postura contra-hegemônica dentro da ciência jurídica e, em específico, a ciência penal, ao incluir a ideia de marginalidade, de alijamento jurídico-político – expressão que “[...] 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, tradução nossa).⁴³ 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).⁴⁴

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

Para além da própria situação geográfica dos países e de sua disposição na organização geopolítica mundial, partindo de uma profunda compreensão filosófica da situação analisada, Zaffaroni anuncia ainda que “[...] é melhor assumir a condição de ‘marginal’ que con-

42 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.

43 [...] creio que es para muchos peyorativa y, sin embargo, es una característica que debemos asumir los moradores de los parajes marginados del poder mundial.

44 Nuestro margen tiene una dinámica que está condicionada por su dependencia y nuestro controle social está íntimamente ligado a ella.

servar a neutralidade de ‘periférico’, porque o ‘marginal’ tem uma identidade muito maior” (Zaffaroni, 1993b, p.9, tradução nossa)⁴⁵

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, com a proposição de uma concepção concreta, provisória e não absoluta que denomina 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)⁴⁶

Partindo dessas 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

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

46 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.

no sentido de apontar as irracionalidades e a deslegitimação dos sistemas penais.

É evidente, portanto, que há uma similaridade dessa proposta com a do garantismo, embora haja o reconhecimento e a admisão peculiares do “realismo marginal”. Zaffaroni (1993b, p.12-13; 1998, p.99-101) admite 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, ele 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)⁴⁷

A partir dessa profícua visualização da deslegitimação dos sistemas penais, Zaffaroni consegue dar sentido aos seus postulados, apresentando 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, ele aventa 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).

47 [...] una vertiente que deslegitima los sistemas penales contemporâneos, 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 contemporâneos y de cualquier otro (el abolicionismo).

Nesse sentido, o autor 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, e não como meta insuperável, mas como um momento provisório para o abolicionismo [...]” (Zaffaroni, 1993a, p.112, tradução nossa).⁴⁸ Tentadoras as leituras e propostas apresentadas por Zaffaroni, o qual se funda em importantes e incomuns aportes filosóficos, principalmente por conta da preocupação em contextualizar sua análise.

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

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

Parece, assim, que Zaffaroni está demasiadamente atrelado a preocupações com a dogmática jurídica, com posturas e discursos, com formulações teóricas, o que indicaria uma possível sonegação política e científica das realidades latino-americanas e seus movimentos, bem como das perspectivas de utilização do direito penal com outras acepções. O alerta de Alessandro Baratta quando trata do papel do discurso jurídico-penal parece ser nesse sentido:

Mas na atual crise da ciência jurídica e das novas relações com a ciência social, a alternativa que se coloca para o discurso técnico-

48 [...] 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 [...].

-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. (Baratta, 2002, p.156 [grifo do autor])

Não parece apropriado que, proclamando-se marginal, assumindo-se como contra-hegemônica, a proposta de Zaffaroni esteja vinculada, desproporcionalmente, aos objetos e anseios primordiais para os paradigmas normativistas. Ela se preocupa em focar seu diagnóstico na dogmática penal, tão cara para os posicionamentos conservadores, e perde a oportunidade de otimizar possíveis mudanças concretas dos sistemas penais. Assim, relega-se à tão imprescindível situação histórico-social de onde partem e formam-se suas propostas.

A necessidade de limitação do poder punitivo e o 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 mantêm-se, de maneira geral, circunscritas ao que já fora produzido.

Suspeita-se também que a proposta de Zaffaroni parte da percepção de apenas um lado da problemática, sonhando situações concretas, momentos específicos dos sistemas jurídico-penais, o que indicaria uma possível abstração e claros limites.

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

De fato, nossa resposta é que, em última instância, desenvolvendo a abordagem em suas últimas consequências, 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)⁴⁹

Como já afirmado e desenvolvido, os sistemas penais de maneira geral, dadas as suas características autoritárias e seletivas, violam os direitos de determinadas pessoas. Essas violações, no entanto, são produzidas por concepções, propostas e ideologias conservadoras 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 direito penal e direitos humanos parece advir, também, da concepção de Zaffaroni de direitos humanos, a qual soa como central, e não periférica:

[...] 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.

49 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.

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. Esse 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 e qual o jusnaturalismo reclame para si sua paternidade, como patrimônio exclusivo. (Zaffaroni, 1993b, p.31, tradução nossa [grifo do autor])⁵⁰

Sua proximidade com as proposições hegemônicas fica mais nítida quando analisada uma passagem similar desenvolvida em

50 [...] 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 instrumentarlos. 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 milenario” de la humanidad, siendo absurdo que tal o cual jusnaturalismo reclame para sí su paternidad, como patrimonio exclusivo.

outra obra,⁵¹ a qual revela uma concepção reducionista sobre os direitos humanos ao vinculá-los aos tratados e às 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 constitui 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)⁵²

Essas posturas pragmáticas são europeizadas e estão desconectadas dos contextos e das realidades latino-americanas. Zaffaroni traz um conteúdo metafísico ou fatalista ao mencionar raízes distantes, saberes milenares, consciência universal etc. Ao menos neste livro, consideram-se esses equívocos 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, Zaffaroni parece desco-

51 Embora neste livro seja utilizada a edição de 1998 de *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, é importante ressaltar que a obra foi publicada inicialmente em 1989, ao passo que *Hacia un realismo jurídico penal marginal* foi publicado em 1993 e é a edição aqui utilizada. Como o livro *Hacia un [...]* é, na verdade, uma 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.

52 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.

nhecer ou sonegar tanto as realidades sociais e os embates humanos como as lutas para a construção e o reconhecimento de direitos. Na realidade, dado o conteúdo de suas proposições, não é que ele os desconheça ou os sonegue, mas não os considera quando procura compreender direitos humanos.

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. Ele sustenta:

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 jus-humanista*, 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, na qual o caminho progressivo para a realização desse programa aparece abrupta e brutalmente interrompido por uma nova revolução técnica que nos ameaça com um tecnocolonialismo de formidável capacidade destrutiva. (Zaffaroni, 1993b, p.33, tradução nossa [grifo do autor])⁵³

53 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.

Ao menos 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, restrinja sua possibilidade de percepção e consequente abordagem, no seguinte 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 dessas ponderações mais abstratas, torna-se mais complexa qualquer outra abordagem dos sistemas penais – e do direito penal, em particular – em relação a direitos humanos, o que permite compreender, porém não concordar, o argumento transcrito anteriormente sobre a incompatibilidade entre ambos.

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

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 pessoas e nem ao menos a maioria o é, ou onde não se respeita o elementar direito à 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, tradução nossa [grifo do autor])⁵⁴

Como sustentado ao longo deste livro e mais bem desenvolvido no Capítulo 3, é completamente reducionista a concepção apresentada de direitos humanos, sem contar a nítida despreocupação com uma fundamentação condizente com a relevância da temática e seus respectivos referenciais teóricos.

Uma eventual discussão sobre a validade e a finalidade do direito penal não deve estar calcada em aspectos ou em 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.

54 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.

Não é suficiente, portanto, o mero reconhecimento de direitos humanos como um programa de potencial transformação social até mesmo nas periferias do capitalismo neoliberal. Com base na teoria crítica de direitos humanos, compartilha-se 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, tradução nossa [grifo do autor])⁵⁵

Direitos humanos não são uma mera causalidade ou probabilidades programáticas: eles 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.

Contribuições da criminologia crítica: o centro tangenciando o marginal

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

55 Aquí se sostiene, en cambio, que la eficacia jurídica de derechos humanos, cuestión cultural, política y social, es inseparable de una discusión comprensiva sobre tu 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 conflictividad social inaugurada y desplegada por las formaciones sociales modernas.

Neste momento do livro, são apresentadas as principais reflexões dessa vertente. Já no próximo capítulo, são abordados pontos específicos e pertinentes para verificar eventual plausibilidade de uma tutela penal de direitos humanos.

Para começar, ao longo de todo o século XX, desenvolveram-se diversas maneiras de enxergar o crime e suas circunstâncias, contrapondo-se, principalmente, às posturas positivistas e às biológico-patológicas surgidas em séculos anteriores. Alessandro Baratta, que começou sua carreira na Itália, na Universidade de Camerino, e logo depois transferiu-se para a Alemanha, participou desse movimento de reposicionamento dos objetivos e das finalidades das ciências criminais.

A peculiaridade das suas reflexões e de sua forma de compreender a realidade por meio do materialismo histórico-dialético⁵⁶ – portanto, sob forte influência do marxismo – possibilitou-lhe vi-

56 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 ociosas sobre a consciência, para que um saber real a substitua”.

sualizar a realidade criminal como parte de toda a sistemática social, o que foi essencial no seu intuito de edificar uma política criminal alternativa.

Talvez esse fundamento metodológico específico – que teve a contribuição de outros importantes pensadores, como, por exemplo, Gramsci – permita que o trabalho de Baratta seja tido 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, levando em conta a globalização e a hegemonização do capitalismo neoliberal – e como aponta sua preocupação e seu 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 do sistema político-econômico.

Portanto, apesar de estarem inseridas no centro político-econômico mundial, suas reflexões são, em dada medida, condizentes e pertinentes com as realidades periféricas do capitalismo global, uma vez que seus interesses e suas perspectivas são das classes subalternas e para elas.

Na verdade, ao ostentar um ponto de vista subalterno, contra-hegemônico, Baratta 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 às proposições deste livro, é condizente um detalhamento, mesmo que quase esquemático, das contribuições essenciais da criminologia crítica. Assim, é importante assinalar que, no processo para a formulação dessa proposta, Baratta estudou profundamente o *labeling approach* e a influência que ele sofre da psicologia social e sociolinguística de Mead (denominado também de interacionismo simbólico) e da sociologia fenomenológica de Alfred Schütz (denominado também de etnometodologia). De maneira primorosa, ele 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 por meio 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, o autor formula críticas contundentes⁵⁷ ao analisar a recepção que a teoria do *labeling* teve na Alemanha (Baratta, 2002, p.101-116) e, principalmente, quando aborda as denominadas teorias do conflito, uma “[...] perspectiva declaradamente macro-sociológica, 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).

Com os postulados dessas perspectivas teóricas, passa-se a pontuar que a criminalização é um processo socialmente construído, não um dado preconcebido ou uma construção abstrata. Isso porque 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 o da criminalização secundária (a aplicação das legislações por meio dos organismos estatais).

57 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 isso, desvendam-se os processos de criminalização e evidenciam-se o já mencionado aspecto seletivo do sistema penal. Isso também facilita a percepção da pouca contundência nas previsões normativas e nas atuações das agências penais no que diz respeito à previsão legal e à apuração de determinados crimes que estejam inseridos nas realidades das classes detentoras dos poderes econômicos e políticos (lavagem de dinheiro, diversos tipos de corrupção etc.).

Partindo das concepções teóricas iniciais (*labeling approach* e teorias do conflito), consegue-se constatar que as diversas contribuições compreendidas no viés da criminologia crítica possuem uma característica comum que as diferencia das criminologias clássicas: “[...] a nova forma de definir o objeto e os termos mesmo da questão criminal” (Baratta, 2002, p.209).⁵⁸

Como reconhecido pelo autor, principalmente pela influência das contribuições do *labeling approach* (Baratta, 2002, p.109-112), ocorre uma mudança de paradigma na ciência criminológica, a qual se desloca da 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).

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

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

58 “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).

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, tardo-capitalista, 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.158-159), reforçando a necessidade da elaboração das diretrizes da “política criminal alternativa”, que corresponderia aos anseios das classes subordinadas. A urgência e a 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 socioeconômico capitalista, às quais à 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 desse intuito, Baratta faz uma importante distinção entre a “política penal”, que seria a resposta do Estado à ques-

tão criminal por meio dos instrumentos punitivos (por exemplo, a lei e as medidas de segurança), e a “política criminal”, generalizada com política de transformação social e institucional. (Baratta, 2002, p.201). No sentido proposto, a “política de controle dos *comportamentos socialmente negativos* e das situações problemas” (Baratta, 2002, p.252), sintetizada como “política criminal alternativa”, é profundamente radical:⁵⁹

[...] 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 na edificação de sua proposta, Baratta 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. Isso possibilitaria visualizar, já como segundo viés estratégico, o di-

59 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, J. C dos, 2006, p.126-127 [grifo do autor])

reito penal como estruturalmente desigual – análise possível desde que considerado dois contornos.

Seja como for, inicialmente, Baratta assume 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, ele 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, dar a justa 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, o autor sustenta a imperativa promoção de uma profunda despenalização. Para tanto, ele privilegia, por certo, os tipos penais e os mecanismos jurídicos que recaem desmedidamente sobre os comportamentos das classes subalternas.

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

A terceira proposição estratégica é a inevitável “abolição da instituição carcerária”, dado seu nítido fracasso no controle e na prevenção da criminalidade, bem como no impedimento da reincidência e

na ressocialização do condenado. Os fundamentos dessa proposição estariam respaldados tanto em um diagnóstico profundo do processo histórico da formação dos cárceres como em um diagnóstico crítico da situação e dos problemas atuais.

É importante salientar que 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 melhoria efetiva da execução penal etc.

A última estratégia da política criminal alternativa é a revelação e o combate dos diversos mecanismos, ideológicos e psicológicos, de reprodução e legitimação desse direito penal desproporcional, que atualmente são ocultados.

É notório, hoje, o papel nocivo desempenhado pelos meios de comunicação de massa, pelas escolas e pelas religiões, que emanam a cultural hegemônica sobre o desvio e a criminalidade. Eles perpetuam a falsa noção do tratamento igualitário pelo direito (em especial, pelo sistema penal) e da necessidade de alteração legislativa, com re-credenciamento 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. Elas envolvem, também, as instâncias executivas e legislativas, derrubando o mito e a responsabilização isolada dos sistemas judiciais. Além disso, é evidente 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)

Assim, a criminologia crítica é amplamente considerada a “[...] a crítica final de todas as outras correntes criminológicas, fundamen-

talmente 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).

De acordo com os postulados da criminologia crítica e do direito penal mínimo, o papel do Estado, por meio do direito penal, não deve ser apenas negativo, garantista, com políticas limitadoras dos seus aspectos seletivista e autoritário. Seu papel também deve ser positivo, possibilitando a atuação, subsidiária, da tutela penal de direitos humanos. Essa é uma análise possível, diante da consideração de 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 aprofundá-lo. De qualquer modo, ele sustenta 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 autorreprodução 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 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 essas propostas, manifestações no mesmo sentido surgiram em diferentes países. De fato, outros teóricos trabalharam a partir dessas perspectivas, desenvolvendo os principais postulados de Baratta ou trilhando caminhos próprios.

Apenas a título de exemplo, convém anotar que, nos Estados Unidos e na Inglaterra, por meio das obras de Ian Taylor, Paul Watson e Jock Young, surgiu a denominada “nova criminologia”, 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 *Carta aberta a um jovem criminólogo: teoria, práxis e táticas atuais*, de 1979, ambas de Roberto Lyra Filho. Podemos mencionar também *Criminologia radical*, de 1981, de Juarez Cirino dos Santos.

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

Um claro exemplo desse diálogo múltiplo e contributivo, que denota a relevância das análises da criminologia crítica, pode ser encontrado na profícua obra de Lola Aniyar de Castro e em 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, L. A., 2005, p.105).

Nesse processo, Castro assume ser o intuito 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, L. A., 2005, p.101 [grifo do autor])

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

É evidente que, na formulação da criminologia da libertação latino-americana, Castro seguiu, com diferenças pontuais, as diretrizes de Alessandro Baratta, em especial no que diz respeito aos quatro aspectos estratégicos da política criminal alternativa. Isso reforça a irradiação e a pertinência de sua contribuição para o estudo dos sistemas penais.

Em outro sentido, por meio 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 e ideológico, bem como 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 delincente. 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 delincente. (Del Olmo, 2004, p.194)

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

De fato, com suas reflexões, Rosa Del Olmo chega a indicar, no sentido da criminologia da libertação e da criminologia crítica desenvolvido ao longo deste tópico, a necessidade de uma transformação contextualizada dos paradigmas políticos 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 nessas indicações, no próximo capítulo são abordados desde os fundamentos teóricos e as posturas jurídicas e políticas contra-hegemônicas até os processos de criminalização – e tudo isso é pontuado pela preocupação constante com direitos humanos e pelas funções negativas (limitadora da intervenção penal) e positivas (definidora do objeto da intervenção) dos instrumentos penais.

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

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

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

Como apontado no Capítulo 1, existem formulações teóricas que procuram inviabilizar ou afastar a possibilidade de qualquer tipo de proteção de direitos humanos por meio de algum aparelho

penal. Elas assinalam até uma total incompatibilidade entre eles. Tais posturas, no entanto, baseiam-se em paradigmas, estudos e propostas formuladas para outras realidades e vivências. Mesmo com um viés crítico, elas mantêm a importação e a incorporação de modelos, teorias e propostas que não guardam nenhuma relação com as estruturas e as instituições dos países periféricos.

No mesmo sentido, essas propostas acusam que a possibilidade do “uso alternativo” do direito penal (Baratta, 2002, p.202; Castro, L. A., 2005, p.119, 132, 241)¹ na defesa de direitos humanos teria um potencial amplificador das políticas criminais autoritárias e criminalizantes, de cunho conservador, pois lhes conferiria uma permanente legitimidade.

Isso é um equívoco enorme, pois essas políticas criminais conservadoras são potencializadas pelo próprio desenvolvimento do capitalismo e suas políticas excludentes, que se tornaram hegemônicas no final do século XIX com a edificação dos Estados penais, e não com alguma 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 a supervalorização de teorias e discursos.

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

1 No mesmo sentido apresentado, porém de maneira ampliada para a ciência jurídica, o uso alternativo do direito pode ser compreendido da seguinte forma: “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 ambiguidades do ordenamento jurídico positivo, bem como as chamadas ‘regras programáticas’ 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.)

Alerta-se que não é o intuito do livro realizar nenhuma apologia criminalizante, de viés punitivista, o que forneceria substrato para sua alcunha de “esquerda punitiva”, dado o seu viés crítico-dialético. Não se almeja o incremento jurídico-penal do Estado, por meio das inúmeras possibilidades de atuação, principalmente pelas características nefastas apontadas no Capítulo 1.

No entanto, sustenta-se que, em casos restritos e de maneira subsidiária, é imprescindível 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 irrealista –, o genocídio, a tortura e as diversas formas de corrupção não deveriam ser tratadas, em última instância, penalmente?

Em obra basilar, Márcia Dometila Lima de Carvalho, 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 ideia 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 asseguramento a todos de uma existência digna (artigos 3º, III, 170 e 193) –, serviria apenas aos fins de um Direito Penal totalitário. (Carvalho, M. D. L. de, 1992, p.31)

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

[...] o dispositivo estatal não deve ser entendido exclusivamente como esperando que se deem as condições para promover o desen-

volvimento (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 esse desenvolvimento, seja pela remoção de obstáculos ou pelo empoderamento das pessoas por meio de educação de qualidade, saúde, bolsas de estudo populares 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, 2010a, p.237, tradução nossa [grifo do autor])²

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

Isso é importante até porque, caso seja negada uma provável instrumentalização do direito penal para, em última instância, como possibilidade derradeira, promover a defesa de direitos humanos (até mesmo em um caráter alegórico), estará se decretando,

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 “progressivos” derechos económicos y sociales.

também, a falência de diferentes probabilidades de operacionalização do Estado atual e, por consequência, dos aspectos libertários (mesmo que restritos) do direito legal estatal. Essa perspectiva determinista de análise dos fenômenos sociais aproxima-se das leituras estanques dos elementos sociojurídicos, descartando-se toda utilização não seletiva e opressora do sistema penal.

De maneira sucinta e direta, Antonio Carlos Wolkmer, com 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. (Wolkmer, 2003, p.177)

É evidente que o direito monopolizado pelo Estado e fruto desses mitos construídos tem uma dimensão ideológica e, dadas as dificuldades e os processos cotidianos, apresenta um aspecto opressor. Porém, esse mesmo Estado e o direito penal podem ser utilizados para defender a sociedade civil, e não apenas para violentá-la. Sustentados 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 apropriadas do capital. (Machado, 2009, p.19)

Como já analisado, para que o atual momento de organização econômico-social fosse atingido, os sistemas penais cumpriram um papel importante de controle social. Eles 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, bem como sua vinculação com os modos de produção econômica e social, permite aprofundar as análises críticas e identificar, de maneira concreta e real, seus fundamentos e finalidades. Evitam-se, assim, caracterizações absolutas e pré-formatadas, típicas de perspectivas que ainda são bastante difundidas principalmente nos espaços tradicionais de visualização, estudo e manejo do fenômeno jurídico.

Em uma 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 emanação de vivências e realidades,

lutas sociais cotidianas para a incorporação jurídica e reconhecimento legal de anseios populares –, reconhecem-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)

Os instrumentos jurídico-penais não possuem dados e características estanques e predeterminados. Apesar dos aspectos denunciados anteriormente, eles são criados, manejados e modificados por seres humanos, sujeitos concretos com anseios e visões de mundo. O direito penal será aquilo que os seres humanos fizerem que seja, em um 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 analisa-

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)”.

das, retratadas e denunciadas no Capítulo 1, e uma possível tutela penal de direitos humanos. Mas a realidade humana e suas construções são complexas, contraditórias, compostas de retrocessos e avanços. E as concepções sobre o direito adotadas neste livro “[...] 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 o consequente manejo para suas proteções e efetivações. De fato, há um movimento social-popular para que direitos humanos sejam reconhecidos legalmente, sejam institucionalizados e para que o Estado, de alguma forma, consiga garanti-los e protegê-los. Como seria possível, em outro espaço jurídico-estatal (o penal), negá-los? Essa possibilidade seria rejeitada pelas 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?

Antônio Alberto Machado e Marcelo Pedroso Goulart, em obra precursora sobre a atuação do Ministério Público após a Constituição de 1988, fizeram constatações e alertas importantes, indicando posturas e atuações desse órgão na defesa dos interesses difusos e coletivos e, até mesmo, na defesa comunitária por meio da ação penal. Essas revelações podem nortear atividades de outros organismos jurídico-estatais:

Utilizar o novo instrumental jurídico que está à sua disposição para, na defesa dos interesses coletivos e difusos, abrir espaços de participação no Judiciário, órgão do aparelho repressivo do Estado, reproduzidor da 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, liberto dos ranços inquisiti-

vos que reduzem, indevidamente, os escopos da jurisdição criminal ao nível da persecução atomizada de infratores-réus. (Machado; Goulart, 1992, p.35)

A partir das posturas, visões de mundo, anseios e perspectivas dos diversos atores (individuais e políticos) que constroem, de maneira cotidiana e dialética, em embates e consensos, o direito penal, este pode ser um mecanismo também de libertação e, quiçá, de mudança social.

Essa concepção crítico-dialética – que é o referencial deste livro junto com a 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”, faz parte desse processo histórico, com probabilidade de utilização contra-hegemônica, pois também está 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, são necessárias ressalvas contra determinismos, pois alguns entendimentos e expressões do campo jurídico-penal podem recair no positivismo estreito, ortodoxo e até mesmo anarquista que foi tão profundamente criticado por Lyra Filho:

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. Aí, os conceitos de direito e de crime são fulminados, mecanicisticamente, mas nunca dialetizados. (Lyra Filho, 1979, p.22)

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

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

Denunciam-se, assim, as caracterizações seletivas e autoritárias na maneira como 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 é 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. Esses sujeitos partem justamente de concepções sobre o direito e o direito penal que são opostas às que foram apresentadas, por isso, talvez, conseguem dar fundamento e finalidade para suas atividades prático-teóricas.

Como é desenvolvido, não são todos os direitos, bens e valores que devem ser tutelados pelo Estado por meio do direito penal.

Aliás, o esforço prático-filosófico é enorme para revelar o sentido e o conteúdo de direitos humanos que merecem, concretamente, proteção, denunciando as desproporções e os equívocos das escolhas legislativas e das práticas criminalizantes. Nesse sentido, é importante o diagnóstico e o alerta a seguir:

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 re-volta. Corre-se o risco, a todo o momento, ou de absorver silenciosamente 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 já tangenciados, 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 mesmo, expandi-los.

Nesse itinerário, deve-se, constantemente, partir de análises profundas e críticas do sistema penal – e, em decorrência, da denúncia das incongruências desse instrumento e das mazelas dos cárceres –, bem como lutar para a edificação de um sistema justo e democrático.⁴ 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)

A constitucionalização do direito penal e a criminalização primária

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 polos dessa conexão produzia, inexoravelmente, mudanças no outro.

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

No que diz respeito especificamente ao objeto deste livro, com a configuração do Estado de direito e a limitação do poder do soberano, vários benefícios foram incorporados concretamente à vida dos cidadãos, até mesmo dos mais subalternos. Limites foram impostos, determinados direitos foram proclamados e reconhecidos, certos procedimentos foram divulgados e fiscalizados. Obviamente, esse avanço não ocorreu de forma constante, equânime e sem recuos – inúmeros foram os retrocessos, as dificuldades e as supressões de conquistas.

Com o desenvolvimento das relações e vivências humanas, projetaram-se os objetivos e os anseios populares em determinadas regras, formulando-se as Constituições e os Estados constitucionais. De 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 fatos reais diversos. E, na sequência histórica do Estado de Direito

tradicional, já na segunda metade do século XX, desenhou-se uma nova formação 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 de “Constituição” são diversas e permeadas de discussões acadêmicas e implicações práticas, por isso elas não serão abordadas nem desenvolvidas neste livro. De qualquer forma, anota-se que a compreensão dos Estados constitucionais abarca realidades acuradas e repletas de conjunturas peculiares que possibilitam essa denominada identificação.

Atualmente, considera-se que, para a formação desses Estados – além da limitação do poder e da 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.

Contudo, é preciso uma ponderação crítica e contextualizada sobre as origens e as formações dos Estados nacionais, para evitar-se supervalorizações e equívocos como os verificados em estudos tradicionais que se preocupam com os aspectos que envolvem a relação entre o direito penal e os Estados.

Essas considerações são relevantes, tendo em vista o referencial teórico-metodológico utilizado. Na América Latina, por exemplo, 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 autoestima 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, 2010a, p.63-64, tradução nossa [grifo do autor])⁵

É relevante a constatação, por meio de uma leitura crítica contundente, de que os Estados latino-americanos foram constantemente apropriados para interesses espúrios de determinadas oligarquias. Nossas sociedades civis – desestruturadas, objeto 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 aparato que emana ideologicamente (direitos, valores, anseios e desejos) e que molda, desse modo, as sociedades civis foi constantemente direcionado para impedir qualquer estruturação substancial das visões de mundo subalternas. Assim, é difícil nessas paragens uma incorporação natural dos ideais e das conquistas das revoluções europeias e das estruturações de Estados e instituições. E, como já sustentado neste livro, o mesmo vale para o direito penal e direitos humanos.

No Brasil, entretanto, é possível reconhecer importantes mudanças nesse cenário perturbador, em relação tanto à estruturação do Estado como à organização da sociedade civil. De fato, é inegável o alcance progressista da Constituição Federal de 1988 em diversos cenários e escopos. Uma singela demonstração de seu peculiar conteúdo social são suas permanentes mudanças – foram seis emendas

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.

constitucionais de revisão e 68 emendas constitucionais em pouco mais de vinte anos de existência⁶ –, bem como os constantes debates no Congresso sobre as propostas de realização de “minirreformas” ou de convocação de uma nova constituinte. Os parlamentares alteram sempre a Constituição e querem sua substituição para, obviamente, atender ainda mais a seus interesses sociais, políticos e econômicos, que, em grande parte, não refletem os anseios da população.

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

O Estado estruturado após o fim da ditadura militar é identificado por meio da ideia do constitucionalismo moderno. Ele é decisivo para a redução da violência perpetrada pelos governos ditatoriais e oligárquicos, além de, em dada medida, minorar as mazelas e os desmandos constantes.

Ocorre que os entendimentos e as formulações acerca do Estado, como criticamente apontado, não se encerraram nas atuais e clássicas proposições teóricas e políticas do 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 empoderamento por diversos setores sociais – por meio da perma-

6 Uma demonstração concreta é a Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003 – portanto, do primeiro ano do governo de Luiz Inácio Lula da Silva. Essa emenda modificou todo o capítulo que tratava do Sistema Financeiro Nacional, relegando às normas infraconstitucionais toda a previsão e estipulação de sua organização e permitindo, assim, uma maior facilidade na mudança legislativa e no atendimento dos interesses das grandes corporações privadas nacionais e multinacionais.

nente construção de uma democracia substancial – dos espaços, órgãos e instituições com efetivos poderes de gestão e, consequentemente, de transformações concretas das formas e dos conteúdos jurídico-políticos.

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

[...] 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 essa 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, em vez de apoderar a produção dessa 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, 2010a, p.61, tradução nossa [grifo do autor]).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 legitimamente vinculantes de la misma manera para todos los ciudadanos.

A constatação e a promoção dessa nova roupagem foram esboçadas durante o século XX em diversos países e Constituições. Na América Latina, consideram-se a Constituição brasileira de 1988 e a colombiana de 1991 integrantes do primeiro ciclo social insurgente e descentralizador das Constituições e dos Estados (Wolkmer; Fagundes, 2011, p.403).

O segundo ciclo (o constitucionalismo participativo popular e pluralista da Constituição venezuelana de 1999) e terceiro (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, hoje, tanto nos processos constituintes como nos encaminhamentos e nas discussões posteriores, parece estar ocorrendo um movimento de abertura política e constitucional para aqueles que a sociedade “produz como mais vulneráveis”. É possível identificar essa ressignificação para o Estado por meio da constatação de 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)

Nesse processo de redimensionamento da participação e da soberania popular, além do importante realce normativo e do reconhecimento da supremacia da Constituição, sustenta-se o 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 infundáveis reflexões em diversos ramos jurídico-sociais. Na verdade, para o desenvolvimento e a solidificação desse Estado

contemporâneo, foram necessárias transformações substanciais na ciência do direito, o que gerou algumas novas formulações teóricas, entre as quais:

- a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (incidindo-os na relação entre particulares);
- a filtragem constitucional (as diversas técnicas de hermenêutica constitucional – por exemplo, a ponderação entre princípios –, a compreensão dos princípios como norma etc.);
- a rematerialização da Constituição (ampliação do conteúdo da Constituição e, portanto, o reconhecimento de novos direitos fundamentais, alguns até fora da própria Constituição⁸);
- a centralidade dos direitos fundamentais;
- o fortalecimento do Poder Judiciário (conhecido também como judicialização de questões sob a ótica constitucional).

Contudo, apesar da importância das construções doutrinárias, não se deve superdimensioná-las e suplantá-las 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 e a participação popular nos processos legislativos, dentre outros, são importantes instrumentos que foram conquistados e normatizados na Constituição brasileira, por meio 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, ele só se iniciou no Brasil com o fim da ditadura militar e a promulgação da Constituição de 1988. Com isso, tornaram-se possíveis importantes reflexões sobre as necessidades de transformação na atividade jurídica brasileira.

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.

Na verdade, a maioria da doutrina apreende-se a nuances progressistas da constitucionalização. E, em vez de ampliar suas perspectivas de análise e suas possibilidades práticas, restringe-se e entra em uma espiral egocêntrica, construindo infundáveis categorias estéreis e técnicas discursivas que aprisionam o potencial transformador de direitos humanos. De maneira compreensível, tendo em vista seus fundamentos teóricos, porém insuficientemente, essas teorias tradicionais acabam superdimensionando a constitucionalização dos direitos e renegando a emanção, a existência e a difusão dos direitos para além dos restritos limites do Estado.

Especificamente em relação ao direito penal, podemos verificar que, junto com a formulação e a manutenção dos limites constitucionais do direito do Estado de punir (substancial contribuição do garantismo⁹), surgiram novas fontes e possibilidades para sua fundamentação – que serão desenvolvidas em seguida.

A análise inicial e crítica do Estado e da constitucionalização do direito vincula-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 por meio de fórmulas vagas e ilusórias, como sói figurar nos livros

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 óbvio, 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.)

jurídicos, mas através do exame de suas reais e concretas funções históricas, econômicas e sociais, é fundamental para a compreensão dos últimos. (Batista, N., 2007, p.22-23)

De fato, a constatação e o 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 vincula o direito a uma ordem transcendente de valores) e do positivismo (que submete o direito a qualquer lei), fundamenta-se e limita-se o direito penal na ordem jurídico-constitucional democrática vigente e em sua conseqüente concepção de Estado. Em outras palavras, o Estado social e democrático de direito modula, fundamenta e edifica um direito penal democrático (Borges, 2005, p.48) e relaciona-se permanentemente com ele.

O aspecto fundamental do direito penal democrático, 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, M. D. L. de, 1992, p.31)

Indo além, percebe-se 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, equalizar ambos perante o direito à segurança. Assim, reconhece-se:

[...] 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)

É evidente que o direito penal existente está produzindo cotidianamente interpretações, realidades e situações longe dos 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, em um viés democrático-constitucional.

Em toda situação concreta, ao operacionalizar o direito penal almejando 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 se fica diante de questionamentos acerca de quais interesses merecem a tutela do direito penal e, em paralelo, quais são suas funções. De fato, 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 em uma formulação jurídica, em uma previsão legal-normativa.

Ressalta-se que essa escolha não é compartimentada, aleatória ou despolitizada. Como todo fazer humano, ela é carregado de sentido, objetivos e anseios, pois é atrelada às formas de organização

de um 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, alguns deles mereceriam contundente proteção, o que permite a doutrina, ainda hoje, considerar o direito penal 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 da justificação do direito penal como protetor de bens jurídicos relevantes acaba, com as concepções críticas já apontadas, escamoteando sua real atuação como instância de controle social seletiva e autoritária. De forma ampliada, argumenta-se 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 no desenvolvimento dos limites, fundamentos e justificação do direito penal. Assim, é imprescindível elastecer, de maneira crítica e profunda, a compreensão sobre bem jurídico e, até mesmo, sobre a própria função do direito penal. Nesse sentido, Nilo Batista pontua:

O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta), e sua subs-

tância 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 não 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. (Batista, N. 2007, p.96)

Mesmo com o nítido caráter contra-hegemônico, essa postura hermética e aparentemente irrestrita¹⁰ de Nilo Batista soa estranha, tendo em vista seu indiscutível gabarito teórico, bem como a profunda e própria perspectiva crítica que permeia suas reflexões. 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

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 penal. 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, N., 2007, p.116.)

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, L. A., 2005, p.95)

Nesse sentido, soa incongruente a vinculação estreita, irrefutável e exclusiva dos bens jurídicos com os interesses, apenas, das classes dominantes, que incorporariam seus anseios às leis e selecionariam esses anseios de maneira arbitrária. Existem componentes que merecem melhor desenvolvimento e, até mesmo, uma disputa na incorporação desses anseios.

Neste livro, como nas concepções crítico-dialéticas 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, estanque, mas, ao mesmo tempo, bens individuais e sociais que encontram na ordem constitucional seu conteúdo e sua extensão (Carvalho, M. D. L. de, 1992, p.100).

Esse 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, N., 2007, p.96-97 [grifo do autor])

Embora apontados os aspectos críticos e as possibilidades a respeito dos bens jurídicos, é evidente que o reconhecimento e a legislação de determinados interesses e que a responsabilização criminal de determinados indivíduos não ocorrem de maneira equânime, o que transforma o direito penal em um “[...] direito da desigual proteção de bens jurídicos e da desigual distribuição social da criminalização” (Baratta, 2002, p.15). Essa constatação é 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 fragmentário; [...] 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 essa 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 dessas incongruências fica evidente tanto na análise detida e isolada da legislação penal, com as previsões de crimes e penas, como nos resultados da persecução penal, do processo penal e da execução criminal. Desse 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)

Esse exemplo é completamente descabido, assim como o são diversos outros encontrados não apenas na parte especial do Código Penal, mas também na legislação especial. Há, nitidamente, uma proteção legal desproporcional de diferentes bens jurídicos.

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

[...] 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. (Lyra Filho, 1972, p.22-23)

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

Mesmo com uma Constituição considerada progressista em muitos pontos – a qual pode indicar limites, fundamentos e até possibilidades para o direito penal –, ainda estamos diante de um Código Penal de 1940 e de legislações extravagantes insuficientes,¹¹ que indicam a existência de uma sociedade individualista, machista e patrimonialista.

Apesar dos avanços doutrinários sobre a constitucionalização do direito penal, o reconhecimento dos bens jurídico-penais constitucionais não foi suficiente para uma alteração significativa dessas previsões legislativas esdrúxulas.

A criminalização primária e os mandamentos expressos e implícitos da 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 macrossociológica da questão, não restrita apenas aos tipos, teorias e discursos contidos e difundidos por meio da dogmática penal. Nesse viés, é possível 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 fun-

11 Por exemplo, a Lei n. 9.613/98 (lei sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens), que parece ter sido feita sob encomenda, dadas as suas omissões e ambiguidades, as quais abrem espaço, ainda hoje, para eternas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da necessidade da condenação ou não pelos crimes antecedentes.

ções, 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)

É necessária, portanto, a percepção dos diferentes mecanismos que fornecem outras perspectivas ao direito penal, revelando, assim, suas outras funções. Nesse mesmo sentido, porém ampliando a análise e as implicações a partir da compreensão de controle social¹² e sua atuação, Lola Aniyar de Castro faz uma constatação esquemática crítica que facilita a compreensão do 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 *delinquent* ao assinalar uma pessoa em vez de outra que praticou conduta similar (nível policial-judiciário). 3. O controle social cria a *delinquência* 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 delinquência, ao abandonar outros casos semelhantes (níveis legislativo, policial, judiciário e de execução penal). (Castro, L. A., 2005, p.238 [grifo do autor])

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

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 extrapenal: religião, família, escola, meios de comunicação, partidos, opinião pública etc.” (Castro, L. A., 2005, p.237.)

A criminalização primária, o primeiro aspecto do processo de criminalização, cria e define o delito nos poderes legislativos, por meio das proposições legislativas, das discussões e emendas ao texto e das eventuais aprovações. Trata-se de um momento peculiar e específico que está sujeito a inúmeras implicações de ordem política e 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 a criação de tipos penais nesse texto como para a criação de leis específicas, denominadas de extravagantes.

Esse espaço fundamental 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.

É importante anunciar, logo de início, essa constatação para problematizar o evidente conteúdo ideológico e classista desse 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)

Com necessárias ressalvas e ponderações, há uma estreita vinculação entre o processo de criminalização primária e os interesses dos indivíduos e grupos sociais que, ao compor o Congresso, pos-

13 Conforme o Sispenas, vinculado à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (Brasil, [s.d.]), existem 1.688 tipos penais no ordenamento jurídico brasileiro.

suem o poder de editar as leis. Assim, abrem-se percepções críticas até mesmo sobre o processo legislativo, constatando e revelando o conflito de poder inerente a ele. Desse modo, denuncia-se e desmascara-se qualquer teoria ou técnica discursiva sobre os anseios ou o caráter do “legislador”, bem como 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 nosso])

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

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)

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

Creemos, 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 socioeconômica 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. Acredita-se piamente que, para a solução de qualquer conflito – até mesmo problemas sociais graves –, devem ser criadas leis e penas para que os aparatos policiais confirmem segurança aos cidadãos. Almeja-se que qualquer “fato policial” com repercussão social difundida tenha uma reação contundente das autoridades políticas, desconsiderando-se, 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 a necessidade da expansão penal por meio da ampliação das previsões legislativas sobre crimes e 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 denúncia do poder autoritário e seletivo dos sistemas penais, dos processos desiguais de produção legislativa e da atuação das agências jurídicas. Isso indica, também, o sentido inibitório que a Constituição deve ter em relação ao 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, N., 2007, p.96)

Porém, isso não basta! É imprescindível dar outro sentido ao próprio poder legislativo, pois, no atual processo legislativo desvinculado da Constituição e 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 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, por exemplo, ter uma lei contra a lavagem de dinheiro 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

Outro exemplo: apesar da humanidade aparentemente trilhar uma “marcha para o abismo”,¹⁵ uma lei funcional que não apenas regule penalmente a questão do meio ambiente, mas também crie efetivos mecanismos, instrumentos e estruturas para sua proteção 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 flexibilizar os mecanismos jurídico-estatais de proteção, principalmente, das reservas legais e áreas de preservação permanente. Nosso sistema democrático vai possi-

14 Ao detalhar com minúcias e farta prova documental legal como ocorreram as privatizações no governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), o livro *A privatária Tucana*, de Amaury Ribeiro Junior, 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 a constatação dessas práticas.

15 Como magistralmente retratado por Fidel Castro Ruz em *El marcha hacia habismo* (2012).

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

bilitar que produtores rurais desmatem mais florestas e assoreiem mais rios, bem como consigam ganhar dinheiro com isso.

É importante destacar também a existência de previsões de numerosos benefícios e facilidades para determinados crimes que, teoricamente, não seriam cometidos por grupos sociais subalternos.¹⁷ Com isso, diferencia-se a maneira pela qual o Estado, por meio das leis permissivas ou concessivas de alternativas ao cárcere, trata determinados bens, valores e condutas.

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

Nesse momento, é relevante relembrar os importantes conceitos críticos sobre bens jurídico-penais e sua imprescindível busca em cumprir os anseios constitucionalmente previstos. O que, talvez, possa indicar algum caminho entre as previsões legislativas e atuações incisivas e opressoras do Estado, por meio do direito penal, em relação a determinados grupos sociais e a ausência de leis penais e não atuação desse mesmo Estado em relação a determinados comportamentos danosos contra a coletividade e as classes subalternas.

Dessa forma, tendo em perspectiva as discrepâncias no que diz respeito às previsões legais e às atuações dos órgãos estatais, para revelar essa situação, é necessário 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 que se encontra concentrado como tal, e

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

como ideia 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, M. D. L. de, 1992, p.37)

As forças populares e democráticas devem disputar esses espaços,¹⁸ esses campos e aberturas para poder tencionar e retrair os processos de expansão criminal, e não apenas, romanticamente, denunciar as mazelas dos cárceres, das leis e dos 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, em vez de ficar refém das concepções liberais que tratam somente do aspecto “negativo” do direito penal.

Nos limites e fundamentos da Constituição, há a possibilidade da compreensão de um direito penal não só em um aspecto negativo, com vinculação determinística e respeito incondicional às liberdades e às garantias individuais – que é a perspectiva hegemônica das posturas críticas, as quais acabam resvalando para o liberalismo político no sentido da crítica já formulada sobre o garantismo penal –, mas

18 Nesse 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 ‘crato centricas’, ou seja, instrumentalizadoras do direito a favor dos centros de poder político e econômico” (Médici, 2011, p.25, tradução nossa [grifo do autor]). 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 centricas”, es decir, instrumentalizadoras del derecho a favor de los centros de poder político y económico.

também em um imperioso aspecto positivo, reconhecendo, promovendo e tutelando os anseios e os direitos construídos nas lutas sociais populares. Explicita-se a seguir 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 serem 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 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])

Assim, 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 de que é possível identificar e proteger direitos “também por meio do Estado”.

É nesse sentido que a 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).

Desse modo, por meio 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 essa 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 §3^a¹⁹ do art. 5^o, incluído após a Emenda Constitucional n. 45/2004.²⁰ Outros, indo mais longe, defendem até a desnecessidade da aprovação por meio do procedimento previsto, em função do §2^o²¹ do mesmo art. 5^o.

19 §3^a – 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 O Brasil aprovou apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007, nos termos do §3^a do art. 5^o da Constituição, por meio do Decreto n. 6.949/2009. Como há apenas essa convenção e, ainda, sem estipulação de crime, talvez ela seja a defesa e o fundamento dessa proposição teórica.

21 §2^o – 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.

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 implícitos.

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

Seja como for, é possível fazer uma argumentação crítica dos mandamentos implícitos que pode gerar repercussão e debates produtivos. Como os estudiosos da temática fazem a clássica diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos,²² tendo

22 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,

em vista o caráter e os fundamentos dos mandamentos implícitos, pode-se aduzir que os mandamentos implícitos tutelariam direitos humanos? Ou seja, 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 etc. – seja também limitado aos aspectos normativo-positivos e, portanto, insuficiente para a discussão dos mandamentos.

Nesse mesmo sentido, deve-se ampliar a reflexão para uma profunda compreensão sobre o que seriam direitos humanos e como seriam construídos e, conseqüentemente, tutelados, constatando ainda quais eventuais instrumentos jurídico-estatais dariam suporte a esses anseios. Por certo, eles 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, os mandamentos explícitos são abordados e reconhecidos 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).

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 caráter 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 caráter básico e fundador do sistema jurídico do Estado de Direito”. (Sarlet, 2010, p.239)

Dentro dessa compreensão restritiva, são consideradas ordens de criminalização apenas:

Art. 5^º

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. 7^º

X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Art. 225, § 3^º – 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, § 4^º – 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.

A corrente ampla leva em conta, além desses mandados considerados pela corrente restrita, a existência de certas indicações, possibilidades ou responsabilizações que teriam outras implicações

jurídicas. A maior parte delas refere-se aos chamados crimes de responsabilidade, que envolvem calorosa discussão sobre sua natureza.

Sustenta-se que o § 2^o²³ do art. 29-A, com a estipulação de crimes de responsabilidade do prefeito municipal, e o § 3^o²⁴ do mesmo artigo, com os crimes de responsabilidade do presidente da Câmara dos Vereadores, também seriam ordens de criminalização.

Outras previsões, no mesmo sentido, são encontradas no § 2^o²⁵ do art. 37, que indica a responsabilização de agentes públicos por ato de improbidade administrativa; no art. 50,²⁶ que prevê os crimes de responsabilidade de ministros ou titulares de órgãos subordinados à Presidência da República; no art. 85,²⁷ que enumera os

23 § 2^o – 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 § 3^o – Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1^o deste artigo.

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; [...] § 2^o – 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 justificativa 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.

crimes de responsabilidade do presidente da República; no § 7^a²⁸ do art. 100, com a redação da Emenda Constitucional n. 62/2009, que indica o crime de responsabilidade de presidente de tribunal; no § 1^o²⁹ do art. 167, que estipula o crime de responsabilidade do gestor público; e no § 1^o³⁰ do art. 236, que prevê expressamente a necessidade de lei para a responsabilização criminal dos notários, oficiais de registro e prepostos.

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

Um efeito interessante dessas ordens constitucionais de criminalização está na impossibilidade de revogação de lei ou artigo de lei que preveja um crime de acordo com os mandamentos. É certo que os tipos poderão ser alterados, modificando-se penas ou circunstâncias específicas, porém a “[...] 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 preveem os crimes de genocídio ou racismo.

Outra questão que merece menção, por talvez ter alguma implicação prática com a repercussão judicial, diz respeito à discussão

28 § 7^a – 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 § 1^o – 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 § 1^o – 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.

da omissão do legislador no cumprimento desses mandamentos de criminalização, dada a indicação da proibição de discriminar.

O debate é farto e profundo, e não é 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 consequências de sua inação [...] não sendo desarrazoado sustentar-se que a ausência da norma aplicável pode gerar lesões a direitos individuais. (Feldens, 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 além até da posição anterior, atesta 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. (Feldens, 2008, p.47 [grifo do autor])

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, sustenta-se o seguinte:

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 por meio do mandado de injunção,³¹ da arguição de descumprimento de preceito fundamental³² e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.³³ E, de maneira peremptória, indica-se 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 sobre as carências de observância aos postulados nos mandamentos, pois “[...] embora legitimem e exijam até o seu controle constitucional, não fazem com que o Tribunal Constitucional se substitua ao legis-

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, § 2º – 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.

lador penal – deixam ainda ampla margem de decisão legislativa” (Cunha, 1995, p.293).

Mandamentos de criminalização serviriam, assim, para dar substrato ao instrumental jurídico-político nas realizações das importantes conquistas previstas nas Constituições – conquistas estas que não podem nem devem ser perquiridas apenas por meio de mandamentos de criminalização. O Estado brasileiro tem obrigação de fornecer diversos meios para que a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político sejam respeitados (art. 5º, III, IV e V da Constituição), coibindo-se eventuais violações. Do mesmo modo, ele deve construir 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, e tudo sem qualquer preconceito ou discriminação (art. 3º).

Dada a riqueza da temática, ocorre também 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.

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

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

Para exemplo, é possível recordar 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 bigamia (art. 235),³⁶ em total descompasso com os ditames constitucionais.

Um disparate ainda maior e que revela, como já denunciado neste livro, os interesses e os valores dos indivíduos e dos grupos sociais que compõem o Poder Legislativo é a manutenção da contravenção de vadiagem (art. 59,³⁷ Decreto-lei n. 3.688/41), mesmo após a revogação da mendicância (art. 60) em 2009. Ora, existe algum fundamento constitucional para a existência dessa contravenção? A própria existência da Lei de Contravenções é polêmica 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 controversas, 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 se 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.

34 O artigo foi alterado em 2009, na tentativa de apurar o tipo que caracteriza 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.

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 a natureza do art. 28, com posicionamentos que sustentam a existência de crime, outros que falam em infração penal peculiar e outros ainda que defendem a mera infração administrativa.

65/2010, ela indica, por meio do art. 227, § 3º, VII,⁴⁰ 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 interessante e que gera muito debate tem a ver com as diversas situações em que a pessoa vive em circunstâncias degradantes e anseia por sua morte. A questão envolve a autoterminação da pessoa que se considera vivendo, de algum modo, indignamente.

Por conta da grande repercussão de alguns casos notórios, muitos trabalhos foram produzidos a respeito do suicídio assistido e da eutanásia,⁴² 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

40 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 de 2012, eles desencadearam na denominada Cracolândia, no centro da cidade, uma operação contínua capitaneada pela Polícia Militar que, apenas depois de muitas críticas e pressão popular, incorporou à investida assistentes sociais, psicólogos, defensores públicos etc. O imaginário jurídico-político brasileiro entende que problema de saúde pública deve ser tratado como caso de política.

42 Há grande discussão sobre as terminologias e conceituações dessas condutas (eutanásia ativa, eutanásia passiva, ortotanásia etc.) e de outras nessas situações. Contudo, grosso modo, compreende-se que o suicídio assistido ocorre quando um indivíduo fornece elementos para o outro se matar (auxílio). Já a eutanásia ocorre quando o indivíduo vai atenuando os aspectos 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.

a vida digna, e não a indigna. Assim, a pessoa que se considera vivendo indignamente poderia solicitar auxílio em seu suicídio e, nessas 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 um crime ao realizar o abortamento de um feto que não terá vida? A Constituição impediria ou, mais adiante, determinaria essa descriminalização?

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

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, abrangidas 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, M. D. L. de, 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

44 Tramita no Supremo Tribunal a Ação de Descumprimento Fundamental n. 54 sobre a questão do abortamento de fetos anencéfalos. Essa ação deverá ser julgada em 2012.

de legislar ordinariamente, uma seleção prévia de condutas que são consideradas lesivas aos bens jurídicos. Porém, a liberdade para as estimulações nas leis penais infraconstitucionais não é absoluta: ela tem que buscar na Constituição seu fundamento não só para a penalização, mas também para a descriminalização de algumas condutas. Além disso, a necessidade de vinculação e observância das previsões constitucionais deve circunscrever 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 e acarretando a seletividade, também, na criminalização secundária.

A criminalização secundária e o direito penal mínimo

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

Como o fenômeno criminógeno está imerso em um concreto momento histórico, em dialética transformação, sua percepção contextualizada é a alternativa mais admissível tanto para um diagnóstico apurado como para apontamentos plausíveis voltados 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 não de bens, mas

de pessoas.⁴⁵ Só essa observação seria suficiente para demonstrar a relevância da questão e suas implicações (concretas) sobre os direitos dos criminalizados.

É o momento peculiar da questão criminal 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, é nítido que:

[...] o *status* social de delinquência pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias 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 possível constatar concretamente, sem margens para divagações, que os instrumentos jurídico-penais tratam as pessoas de forma diferente – umas com extremo autoritarismo e opressão, outras com condescendência e privilégios.

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 garantidores 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).

Dado o extenso rol de crimes penais no Brasil (como já citado, são 1.688), é quase impossível 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, Andrade aponta:

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 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 considerados infrações penais e que não chegam a abalar o sistema democrático e a ordem jurídica – não sofrem, em quase todos os casos, nenhuma 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 criminalidade.⁴⁷

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).

47 A maioria da doutrina denomina esse fenômeno de cifra negra. Assim, compreende-se 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

Essa é uma situação inquietante, que nos leva a uma série de reflexões e ponderações. O que diferencia, então, um criminoso de um criminalizado? Qual a razão de duas pessoas que cometem crimes em situações semelhantes serem tratadas de maneira diferente pelo Estado? Qual o fundamento para que determinados crimes sejam apurados e coibidos, enquanto outros não o são?

De fato, como constatado no caso da criminalização primária, o componente social tem um papel relevante na caracterização dessas situações discrepantes. É verdade que 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 os alvos corriqueiros desse sistema. Impossível esconder a realidade.

De forma crítica e incisiva, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, denunciando 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 trabalho (desemprego, subemprego, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar – características das classes mais baixas, que, na

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, J. C. dos, 2006, p.13).

48 Trecho da música *Brasil com P*, de GOG.

Criminologia positivas e em boa parte da Criminologia liberal contemporânea, são estudadas como causas da criminalidade. (Castilho, 1998, p.45)

A precarização do trabalho humano, as inversões de valores e 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 autorrealizar 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, concentradas 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 consequências, se dão, sobretudo, nos sistemas penais,⁴⁹ por meio, basicamente, da atuação da Polícia, do Ministério Público, do Judiciário e do Poder Executivo.

49 Para facilitar a compreensão, repete-se aqui a definição utilizada no Capítulo 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 incumbem de realizar direito penal, chamamos sistema penal” (Batista, N., 2007, p.25).

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:

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 o embate político entre grupos sociais distintos com seus respectivos anseios, alertou-se para a identificação dos “não conteúdos” de algumas leis penais e para as “zonas de imunização”. Os interesses das classes hegemônicas, portanto, determinam tanto os conteúdos como os não conteúdos da norma penal.

Na criminalização secundária, os órgãos e as agências penais, com suas respectivas características apontadas, acabam produzindo também “zonas de imunização” (Baratta, 2002, p.248). Ou seja, a Polícia, o Ministério Público e os Poderes Judiciário e Executivo deixam de atuar contra certos setores sociais, passam a relevar determinadas condutas e, até mesmo, não investigam crimes cometidos por sujeitos integrantes desses espaços.

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”.

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

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 as quais as mais significativas são: problemáticas condições de trabalho, quantidade excessiva de horas trabalhadas, alto nível de estresse, poucos recursos para desempenhar suas atividades e baixos salários – salários estes que acabam colaborando para a precarização do trabalho e, em certa medida, para a corrupção desses agentes.

Essas ponderações iniciais são prudentes para não se romancear a análise crítica. Porém, há uma problematização maior quando os agentes estão desempenhando suas funções. São inúmeros e constantes os relatos, denúncias, estudos e comprovações de 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 livro relatar, enumerar e trazer todos os dados e pesquisas que corroboram essa triste realidade. É notório que há uma violência institucional exagerada e corriqueira. Parece intrínseca a essas cor-

51 A violência é tão absurda que, segundo o Estudo Global sobre Homicídios de 2011, produzido pela Organização das Nações Unidas (ONU) por meio de seu departamento voltado para drogas e crimes, dentre todas as 207 nações pesquisadas, o Brasil foi a que apresentou maior número absoluto de homicídio anual em 2009, com alarmantes 43.909 casos (ONU, 2011). Para referenciar de maneira ampliada – portanto, não conclusiva – o peso da violência policial nesse número, recorre-se a outro estudo. Segundo uma pesquisa divulgada com base nos dados da Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo – e, sendo assim, passível de parcialidade –, em 2011, das 1.299 pessoas assassinadas na cidade, 22,3% foram atingidas por polícias militares (Um..., 2012).

porações uma ideologia autoritária, violenta e repressora, pois é evidente que existem aspectos nebulosos por trás dessas práticas.⁵²

O Brasil é 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, que durou de 1964 a 1985. Há todo um movimento político-midiático para impedir a discussão sobre a Lei da Anistia e a abertura dos arquivos desse período histórico, bem como para promover responsabilizações e amenização em relação aos danos causados. Parece ser impossível qualquer tentativa de reparação das barbáries ocorridas na época. E a mídia brasileira cumpre um papel essencial nesse processo, já que, o tempo todo, induz a sociedade civil 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 se lida com os criminalizados – tudo isso colabora para a manutenção do processo seletivo e criminalizante.

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, em 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 em todos os grupos sociais.

Alessandro Baratta, partindo dos estudos de Dahrendorf sobre a “sociedade dividida” e aprofundando a polêmica discussão sobre

52 Um triste exemplo disso era encontrado no site da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Em uma parte sobre a história da Secretaria, o golpe cívico-militar de 1964 era tratado como “revolução”. Após inúmeras críticas e manifestações, isso foi retirado da página. (Secretaria..., 2012).

a existência de uma “justiça de classe” no momento atual do capitalismo global, reflete o seguinte:

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 linguística 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 uma 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, L. A., 2005, p.132).

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

No momento da atuação do Poder Executivo na criminalização secundária, o problema tem seu tamanho realçado. A situação carcerária em nosso país, assim como no restante da América Latina, é uma verdadeira barbárie. A Lei de Execuções Penais é permanentemente desrespeitada, os estabelecimentos penais são superlotados e pessimamente conservados, poucos desses espaços públicos respeitam a dignidade dos presos – quase a totalidade deles está

53 Apesar das constatações serem oriundas da Venezuela, 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 no Brasil a situação não é diferente, podendo gerar infundáveis questionamentos e problemas.

assolada e acaba degradando o cotidiano dos indivíduos que são criminalizados.

A população carcerária vem crescendo de maneira absurda e discrepante.⁵⁴ De acordo com o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), vinculado ao Ministério da Justiça, em junho de 2011 a população brasileira estava estimada em 190.732.694 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 – uma das maiores do mundo (Brasil, 2012b).

Considerando que qualquer incorporação fria e absoluta desses números soaria antidualético, além de serem alarmantes e em progressão, eles podem indicar, mais uma vez, as incoerências e as seletividades dos sistemas penais.

Outras questões graves demonstram a inserção e a 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, normalmente, não é praticado por indivíduos pertencentes aos grupos sociais subalternos. Nesse mesmo sentido, os presos por crimes contra o meio ambiente totalizavam 120 pessoas e contra a administração pública eram 536 pessoas (Brasil, 2012b).

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 mencionado no Capítulo 1, 233.926 (49,35% do total) estavam na prisão em razão de crimes contra o patrimônio. Assim, 351.069 pessoas estavam presas por crimes contra o patrimônio ou previstos nas leis de drogas (74,03% do total de crimes tentados ou consumados) (Brasil, 2012b).

Há, mais uma vez, uma total discrepância entre a realidade e os sistemas penais. De fato, novamente, é notório o aspecto patrimo-

54 Segundo pesquisa do IPC-LFG, a população carcerária brasileira se tornará a maior do mundo em 2034, passando a norte-americana. Isso porque, nos últimos 20 anos, o número de presos no Brasil aumentou 450%, enquanto nos Estados Unidos subiu 77% (População..., 2012).

nialista e seletivo do sistema penal brasileiro, por meio 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 esse processo de criminalização, procurou desvendar algumas dessas situações preocupantes, condensando suas reflexões em algumas constatações:

- a condenação formal como parte da criminalização secundária produz também os estigmas e vitimiza os criminalizados;
- a manutenção da marginalidade social, que priva parte da população de seus direitos individuais e sociais, acaba sendo um fator importante na criminalização;
- são comuns violações à presunção de não culpabilidade, principalmente pelo instituto da prisão preventiva;
- há a ampliação da reação social e judicial, o que modula uma carreira delitiva para os indivíduos que possuem antecedentes criminais, acarretando mecanismos psicossociais de etiquetamento internos, produzidos pelo próprio indivíduo;
- existem procedimentos diferenciados para determinados delitos, sujeitando indivíduos pertencentes a classes subalternas;
- existe o problema das diferenças sociais entre julgadores e julgados, o que contribui para a criminalização de grupos não hegemônicos;
- ocorre a 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, que demonstra a emergência de práticas jurídico-penais, e não apenas discursos ou teorias com o intuito de amenizar e, quem sabe, modificar essa realidade.

Embora não seja um dado natural e acabado, além de tudo o que já foi apontado, os órgãos jurídico-penais têm vitimizado os

criminalizados.⁵⁵ Em função das estruturas arcaicas e dos instrumentos jurídicos desproporcionais, muitas situações transformam os indivíduos criminalizados em vítimas.

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, por meio 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. Como pontualmente tratado no final do Capítulo 1 e desenvolvido ao longo deste, o direito penal mínimo traz elementos importantes para a afirmação e o aprofundamento da tutela penal de direitos humanos.

Em suas compreensões, existe a preocupação com os direitos e as garantias dos cidadãos e dos acusados. No entanto, ele 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)

55 Sobre o tema, vale conferir Freitas; Faleiros Jr., 2011.

É evidente o respeito e a promoção da liberdade e da igualdade. No entanto, a discussão e a utilização dos instrumentos jurídico-penais não podem restringir-se ao aspecto passivo da questão. Diante do acontecimento de fatos, da ocorrência de crimes, do desenvolvimento humano, o mero discurso sobre os aspectos autoritários e seletivos do Estado e do direito penal demonstra-se irreal e encastelado nos postulados liberais, mesmo procurando negá-los.

Como analisado, é inviável apenas a problematização das violações de direitos causadas pelo Estado por meio dos sistemas penais. É possível, dentro de certos limites, que, em última instância, se utilize o direito penal para tutelar direitos humanos. Seria um 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 contrário 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, 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-lhe um sentido que beneficie as classes dominadas. (Rangel, 2006, p.102, tradução nossa)⁵⁶

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. [...] 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.

Isso é importante até porque o direito penal é construído cotidianamente pelos sujeitos envolvidos de maneira direta no processo sociopolítico de edificação de direitos, não possuindo uma essência ou uma pré-composição a esse processo. Nesse sentido, ressalta-se didaticamente:

Afirmar, simplesmente, que o Direito é “mau 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 a 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 maneira, as contribuições para a discussão e a formulação de propostas sobre as questões criminais.

De forma mais abrangente, direcionando-se para a construção dessa política criminal e problematizando sobre os comportamentos socialmente negativos, é importante a percepção e a 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, até agora, foram abordados, com profundidades distintas, aspectos envolvendo os seguintes conceitos: desvio, ilicitude penal e criminalidade. Porém, dentro dessa teoria crítica sobre os sistemas penais, restou inconclusa a abordagem sobre a problemática, pois faltou uma discussão condizente sobre os comportamentos socialmente negativos. Por isso, ressaltasse, nesse momento, a importância de considerações sobre esses comportamentos.

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, partindo de uma clara condição subalterna na formulação de uma política criminal alternativa, a criminologia crítica e o direito penal mínimo procuram suplantar o sistema hegemônico e suas estruturas socioeconômicas atuais. Assim, de forma objetiva e por meio do direito penal democrático, comprometendo-se umbilicalmente com o reconhecimento, a tutela e a difusão de direitos humanos, deve-se pautar a atuação

crítico-dialética do 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 socioeconômico 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)

É notório 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 livro procura inserir no debate 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. De fato, apesar do diagnóstico coerente e mesmo diante de instrumentos, posturas e construções críticas e aprofundadas, o direito penal mínimo, assumindo aspectos progressivos e sócio-históricos sobre direitos humanos, não desenvolveu profundamente essa concep-

ção. Como citado no Capítulo 1,⁵⁷ Alessandro Baratta 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 o intuito agora é dotar de conteúdo e significância a compreensão de direitos humanos e dos comportamentos socialmente negativos, possibilitando uma tutela penal democrática de direitos humanos, assumindo os limites de utilização desses mecanismos estatais na defesa e promoção desses direitos e apontando possíveis caminhos e práticas para a transformação da sociedade.

Intentou-se problematizar a questão do direito penal procurando indicar algumas situações e argumentos que podem conduzi-lo por meio de contextos concretos, afastando-se de abstrações e idealidades. A realidade concreta está diante de todos e, por mais importantes que sejam os sonhos e as utopias, devemos buscar alternativas a partir das situações nas 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 ideias 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])

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 penal. Um conceito histórico-social dos direitos humanos oferece, em ambas as 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.” (Baratta, 2004, p.299-300)

Nesse sentido, apesar das permanências históricas seletivas e opressoras, o direito penal, por meio 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, é impossível viver o direito penal apenas como alguns o romanceiam.

3

TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS

*Cadê os documentos de seus concursos?, indagaram
E os pobres passarinhos se olharam assustados
Nunca haviam frequentado 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 à 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, com a exclusão significativa de pessoas e grupos sociais inteiros da possibilidade mínima de desenvolverem-se livremente e mesmo com as notas críticas sobre o Estado e o direito penal apontadas no capítulo anterior, a humanidade, sobretudo o Ocidente, ainda uti-

liza esses instrumentos jurídico-penais, predominantemente, para oprimir e manter-se no controle político e econômico. Talvez, essa permanência ocorra porque as sociedades não incorporaram percepções, anseios e posturas que não sejam a emanção imediatista para a satisfação do ser individual.¹

Principalmente na América Latina, as formas de organização política e econômica vêm mantendo as estruturas jurídicas e sociais da maneira como estão constituídas. E, 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 tem 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. Desconhece-se ou conscientemente desconsidera-se 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)

1 Esse entendimento é consubstanciado pela perspicaz observação, ainda atual, de Marx (2003, p.22): “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”. 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”.

Para analisar, problematizar e realçar essas relações encobertas, é necessária a percepção desse aspecto processual do direito, dentro do processo histórico. É imprescindível, também, constatar as características tanto dos sistemas penais e suas permanências históricas como as do direito penal e sua “dialética dominação-libertação”, pois são fruto da própria construção humana. É imperioso, ainda, reconhecer o papel conformador que as percepções clássicas de direitos humanos desempenham para a legitimação das desigualdades, das opressões, bem como para a manutenção do *status quo*.

Outras formas de visualizar o fenômeno jurídico, como um todo, e o criminológico, especificamente, acabam demonstrando-se insuficientes e romanceadas, pois são descontextualizadas e idealizadas. É por isso que a complexidade das relações do jurídico com o político, o social e o econômico deve ser realçada, refletida e, na medida do possível, compreendida, e 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, justamente, a demonstração da relevância da assunção dos aspectos sociais e políticos dos conflitos. Assim, para relacionar entre si esses aspectos, recorre-se às análises de uma teoria crítica de direitos humanos, com os pés e a cabeça nessas latinas margens, a fim de dotar de outros sentidos direitos humanos e, conseqüentemente, dentro das proposições deste livro, problematizar sobre os comportamentos considerados socialmente negativos. No sentido empreendido:

Uma maneira adequadamente latino-americana de aproximar-se do 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 juspositivismo*. Demos apenas um exemplo, embora através de várias ilustrações, de como os posicionamentos de *Direito natural* (jusnaturalismo) e do juspositivismo *não contêm nem facilitam uma*

compreensão crítica de direitos humanos. (Gallardo, 2010a, p.58, tradução nossa [grifo do autor])²

Como indicado no início deste livro,³ a compreensão jurídica tradicional acaba restrita, de forma geral, a dois modelos filosófico-jurídicos (o jusnaturalismo e o juspositivismo) e às suas variadas vertentes. A compreensão crítica sobre direitos humanos não partirá dessas tradicionais formas de análise do fenômeno jurídico – ao contrário, ela examinará suas lacunas, insuficiências e incongruências. Desse modo, será possível constatar que elas 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, 2010a, 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, suas percepções e sua práxis.

Da mesma forma, é 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, práticas comunitárias e anseios populares são mínimas e restringem-se aos conceitos tradicionais de bens jurídicos e/ou ao

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 Antônio 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.

conceito normativo-formal de direitos fundamentais, cuidadosamente diferenciado de direitos humanos. Elas estão apenas encantadas com a beleza estética e discursiva que esses direitos podem gerar.

O incômodo é que, como analisado, 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, conseqüentemente, na formulação de caminhos para transformações e mudanças. Embora não estejam seduzidas pelos conteúdos vazios de direitos humanos, elas promovem escassas reflexões e tentativas de promovê-los e expandi-los. Também não deslocam suas preocupações para a base material da sociedade, para as classes excluídas e exploradas e seus processos de construção de direitos. Em vez disso, apreendem-se aos inúmeros procedimentos dogmáticos, técnicos e discursivos, contribuindo, justamente, com as concepções que pretendem criticar e contrapor. Desse modo, suas críticas acabam circunscritas aos aspectos históricos dos sistemas jurídico-penais.

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 anteriores,⁵ um apego

5 Embora já citadas ou referenciadas, reitera-se, nesse momento específico, dois apontamentos: “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 e qual o jusnaturalismo reclame para si sua paternidade, como patrimônio exclusivo” (Zaffaroni, 1993b, p.31, tradução nossa [grifo do autor]); “Um conceito histórico-social dos direitos humanos permite incluir também aqueles

demasiado às dimensões normativas desses direitos, com tênue abstração (mesmo assumindo-se uma concepção histórico-social):

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 ideia de justiça sempre ultrapassa às suas realizações dentro do direito e indica o caminho à realização da ideia do homem, ou seja, do princípio da dignidade humana. (Baratta, 1993, p.46-47)

Antes de discutir profundamente posturas críticas sobre direitos humanos – as quais subsidiariam reflexões abrangentes sobre os conteúdos dos comportamentos socialmente negativos e, com isso, embasariam pretensa tutela penal desses direitos –, é imperioso verificar as perspectivas que usualmente abordam o tema, ponderando se trazem conteúdos e propostas para debater a questão.

A revelação da desordem: o catifeiro encantador de direitos humanos, posturas teóricas e institucionais

Por estarem intrínsecos às formulações jurídico-políticas, direitos humanos são hegemonicamente compreendidos e difundidos a

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 mesmas, ou em função da autorreprodução 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 as necessidades reais dos homens estão tautologicamente limitadas aos requerimentos de confiança na ordem institucional" (Baratta, 2004, p.299-300).

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 (o jusnaturalismo⁶ e o juspositivismo), o que revela a existência de um “mal-estar da cultura jurídica contemporânea” (Médici, 2011, p.18), influenciando decididamente o aprisionamento de direitos humanos no cativo encantatório desses discursos e práticas.

De fato, como direitos são produções humanas,⁷ eles são, conseqüentemente, políticos e ideológicos. Assim, as práticas, os discursos e as teorias sobre direitos humanos acabam sendo utilizadas, também, para a manutenção das estruturas políticas e, até mesmo, para oprimir e violentar. Isso revela a reversibilidade do direito, ao demonstrar que ele pode ser instrumentalizado em um sentido libertário ou opressor – mesmo em nome de direitos humanos e da democracia, ocorrem opressões e barbáries:

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, 2010a, p.58, tradução nossa). [...] el derecho natural clásico o del Mundo Antigo, y el jusnaturalismo o derecho natural Moderno. Sus denominaciones no deben confundir. El derecho natural del Mundo Antigo 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.

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”.

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. (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. (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 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 formas de exclusão e inferiorização humana, daí seu duplo efeito encantador e de desencanto. (Rubio, 2011, p.9, tradução nossa)⁸

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.

Porém, há uma ponderação necessária. Apesar das possibilidades atraentes e sedutoras geradas pela perspectiva que produz encantamento, como a cultura jurídica dominante apreende-se a postulados descontextualizados, abstratos e ideais, toda ativação teórico/prática de direitos humanos acaba encastelada, supervalorizando-se os aspectos discursivos e aparentes. Sonegam-se, assim, as potencialidades transformadoras de direitos humanos em razão das aparências normativas e discursivas geradas. Nesse sentido, as práticas e teorias dominantes acabam restritas e inebriadas pelo efeito encantatório, dissimulando o caráter problematizador, tensionador e, até mesmo, 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 por meio de previsões legislativas, surja uma percepção de 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 humanos.⁹

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 está previsto em leis ou na Constituição, evitando a extensão desses direitos. Discutem e criam infundáveis teorias, discursos, impedimentos para justificar, dando legitimidade e fundamento para a não efetividade de direitos em setores específicos, porém extremamente táticos para a ordem vigente.

Nesse sentido, David Sánchez Rubio constata essa problemática e indica uma das dificuldades (“sensibilidades culturais dominantes”, desenvolvidas mais adiante neste capítulo) que contribuem para evitar a expansão “intensiva” e “extensiva” de direitos humanos e, conseqüentemente, sua efetividade:

Por exemplo, o movimento dos trabalhadores ou o movimento dos direitos das mulheres ou dos povos indígenas, apesar de pos-

9 Reconhece-se que, nesse momento, ocorre um processo político-jurídico identificado por Antonio Gramsci (2004, p.291-293, 421, 428 etc.) em suas análises sobre a realidade italiana e condensado na ideia 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, eles 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 os diversos momentos da recente história brasileira em que ocorreram transformações “pelo alto”, identificando cada ponto em que foram atendidas a apenas algumas reivindicações populares, a fim de evitar rupturas mais drásticas no sistema que sustentava os poderes no país. Desse modo, apesar do avanço na previsão normativa de direitos humanos, esse não deve ser o único espaço de luta para sua concretização, como será analisado a seguir.

suírem reflexos normativos e institucionais como expressão 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 ideias que permitem uma sensibilidade popular aceita genericamente e que tem como consequência um real reconhecimento e uma efetiva garantia. (Rubio, 2011, p.87, tradução nossa)¹⁰

Nessa forma vazia de operacionalizar direitos humanos, criando-se obstáculos para sua concretização, é possível visualizar a formação da “ilusão jurídica”, como constata Marx,¹¹ “[...] em sua abstração das condições materiais de uma transformação radical [...]” (Mészáros, 2008, p.158-159). Desse modo, distanciam-se e abstraem-se direitos humanos das bases fundantes necessárias para que sejam e estejam profundamente concretizados nas vivências cotidianas dos indivíduos e grupos sociais.

Como exemplo singelo disso, contudo escancarador, pode-se mencionar 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

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.)

segmentá-los. Não adianta apenas proclamar e positivar o direito à posse, à igualdade, se ele se torna uma abstração diante da realidade concreta. Existem as previsões normativas, que encantam pela forma esculpida, mas outros instrumentos cuidam para não transformá-las em arte.

Os mecanismos jurídicos, econômicos, sociais e culturais das sociedades contemporâneas criam dificuldades para que sujeitos expressem, de maneira autônoma, suas potencialidades. Proclama-se exaustivamente que todos têm direitos, são iguais, podem exercer suas vontades de forma livre, pois estão em um Estado democrático de direito, sob o império da lei e da Constituição. Contudo, materialmente, são sonogados os direitos mais básicos para uma concreta vida digna.

O ser humano tem autonomia e liberdade para trabalhar naquilo que desejar, porém não há efetivos meios e mecanismos para essa plena realização no seio das sociedades capitalistas neoliberais. De fato, a questão do trabalho é outro exemplo que caracteriza a permanência da ilusão e/ou o efeito encantatório de direitos humanos. Concretamente, o trabalho¹² é central na vida de qualquer um – é por meio dele que uma pessoa produz as condições materiais objetivas e subjetivas para sua realização enquanto sujeito em constante interação com outros indivíduos e com parte de sociedades.¹³ A ampliação das potencialidades de outros direitos perpassa pelo caráter e densidade do trabalho ante as organizações sociais e jurídicas.

Com o alijamento dos meios para a realização humana mediante o trabalho, acentuam-se as desigualdades e as discrepâncias, possibilitando-se opressões e dominações. Assim, indivíduos mais

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 1: “[...] a liberdade de um ser humano só pode consistir em *sujeitificar-se* procurando que os outros sejam também *sujeitos*” (Gallardo, 2008a, p.238, tradução nossa [grifo do autor].)

vulneráveis, em situação de desigualdade são obrigados a vender sua força de trabalho para a manutenção e a reprodução de suas vivências, relativizando sua autonomia, sua 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, tem-se a análise e a crítica de Helio Gallardo:

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. (Gallardo, 2008a, p. 238, tradução nossa)¹⁴

Toda positivação de direitos na atual quadra histórica, embora relevante e importante, contém essa possibilidade ilusória, dando o sentido de que, pela simples expressão em códigos, seus efeitos no seio social serão automaticamente cumpridos.

Essa característica inebriante é das mais nefastas sobre os reconhecimentos e as normatizações legais de direitos. Em algumas ocasiões, com nítida crueldade, mudam uma vírgula, acrescentam uma letra ou uma palavra e, com isso, 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 por meio, apenas, das leis.

De outra forma, mas mantendo as proposições marxianas, aprofundam-se esses aspectos e visualiza-se a ocorrência de um “feti-

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.

chismo social”¹⁵ – dado o distanciamento entre realidade social, material e direitos humanos, desencadeia-se 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 social. (Rangel, 2002, p.100, tradução nossa).¹⁶

Constatações sociopolíticas profundas demonstram as limitações e as insuficiências das concepções clássicas acerca dos direitos. Os instrumentos jurídicos fetichizados pela cultura jurídica contemporânea, principalmente pelas formulações do positivismo, relegam direitos humanos para um papel secundário, meramente discursivo ou formal. Há uma desconexão entre os textos, as normas e as instituições e os direitos, as realidades dos indivíduos, o que demanda essas pontuações críticas. De fato, absolutizam-se os

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 cultivar.” (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.

aspectos formais e dogmáticos do direito, dotando-os de auréolas divinas e minorando qualquer outra dimensão dessa realidade dialética e complexa.

Há, ainda, esforços, até mesmo de posturas críticas e marginais,¹⁷ de relativizar direitos humanos e dotá-los de sentidos programáticos, futurísticos. Esses esforços aduzem para a existência de uma eterna potencialidade, um vir a ser condicionado por circunstâncias evidentemente econômicas e políticas. Isso 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 as 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 esses 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

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’”.

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). (Gallardo, 2008b, p.435, tradução nossa).¹⁸

De fato, explicita-se uma gama de sentidos e caracterizações e, com isso, despolitizam-se 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, resvalando em um positivismo ortodoxo. Também se distancia das tramas sociais, perdendo a dimensão processual e dialética do direito.¹⁹

A fim de 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

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 deshistorizan 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).

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

o surgimento dessa abordagem de gerações – que enfatiza a pertinência das ponderações apontadas sobre seus alcances e suas coerências – está relacionada com o aparente acaso como foi formulada.

Um integrante do Instituto Internacional de Direitos Humanos da Unesco, Karel Vasak,²¹ diante da incumbência de ministrar uma conferência e do pouco tempo disponível para prepará-la, teve a ideia a partir da bandeira francesa e dos lemas da revolução do país: liberdade, igualdade e solidariedade – ele usou “solidariedade” em vez do original “fraternidade” pelo fato de o primeiro ser mais condizente com a ordem social estruturada. Porém, ele sonhou a parte final do grito: “ou a morte!” (Gallardo, 2010b), o que enfatiza o modo sucessivo, evolutivo e abrasivo como são encarados, desconsiderando os embates, as diversidades e as visualizações para sua formação. Assim, como não revelam os aspectos radicais e revolucionários contidos nos ideais franceses, 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 de “fraternidade” por “solidariedade” não é meramente uma opção por outra nomeação, pois é 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

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 – de substituição de uma geração de direitos pela outra – que esse termo acaba passando. A despeito dessa crítica, transparece que eles mantêm outras características incoerentes de direitos humanos e não reconhecem sua emergência política, conflitiva e sócio-histórica. Assim, parece restar sem muita repercussão teórica e prática a iniciativa de mudança terminológica/interpretativa.

21 Antônio 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*.

de sua inspiração maçônica), compartilhamento, oriundo de identificações comuns – um sentido de aproximação entre posicionamentos e estratos sociais diversos. Já “solidariedade” perpassa a ideia de mera adesão momentânea às situações envolvendo outro indivíduo, de singela e escassa ajuda, de modesto apoio a quem necessita ou não possui algo, mantendo o distanciamento entre os grupos e os indivíduos envolvidos. (Gallardo, 2010b).

Embora relevante a tentativa de identificação histórica de direitos humanos, acaba-se formando um imponente obstáculo teórico para a percepção concreta, dialética do processo de construção sócio-histórica de direitos. Perdem-se, talvez intencionalmente, os aspectos políticos inerentes a esse processo, o que mascara consequências e problematizações.

A dimensão difusora dessa abordagem é tão ampliada e incorporada que até mesmo concepções crítico-dialéticas reverberam essa leitura, pela dificuldade de perceber o caráter fragmentário e desmobilizador contido nessas formulações. Em muitos casos, elas 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 sequenciais, surgidos em bloco e, como já apontado, distanciados dos processos de luta político-sociais, bem como independentes das condições sociais de produção cultural e econômica (Rubio, 2011, p.78).

Elas emanam, basicamente, 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 da própria autenticação legal.

Consideram que, por meio da previsão normativa de direitos, esses processos estariam consolidados e, portanto, protegi-

dos. Conferem universalidade²² a anseios, valores, interesses e visões de mundo pertencentes a determinado grupo de pessoas, sem quaisquer elementos concretos, pluridimensionais, ou considerações sobre os embates políticos entre os setores sociais diferentes, mas coexistentes em uma mesma sociedade. Desse modo, decisivamente:

Essa 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 qual lutava a burguesia, mas também frente a outros grupos sociais que restaram discriminados e marginalizados por não encaixarem no “traje” da cultural burguesa. (Rubio, 2011, p.84, tradução nossa).²³

Percebe-se que a abstração, a discriminação e, por conseguinte, a invisibilização de outros sujeitos, práticas, caracteres e manifestações sociais e culturais são posturas essenciais dos que partilham dessa concepção geracional. Ao difundirem essa pretensa universalidade, eles (in)diretamente relativizam outras formas de manifestações culturais, outras maneiras de relacionamento entre indivíduos e entre estes 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

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.

movimentações para a edificação e a perpetuação do imaginário burguês.

De modo apenas esquemático – de outra forma, descaracterizaria o sentido da crítica desenvolvida –, na visão que compartilham da viabilidade da segmentação de direitos humanos em gerações, eles consideram existirem três gerações.

Para eles, no século XVIII, teria surgido a primeira geração, a dos direitos civis e políticos, com o aspecto de permitir um posicionamento contra o Estado – que pode ser visualizado 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 entre o final do século XIX e o 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. e edificados nas décadas de 1960 e 1970. Outros sustentam que seriam os direitos à comunicação e à paz. Outros, ainda, consideram que seriam o direito à autodeterminação dos povos, o qual envolveria aspectos sobre soberania, utilização de recursos naturais próprios, identidade cultural e, também, patrimônio comum da humanidade.

Em contrapartida, há concepções minoritárias que aventam para a existência de uma quarta geração, denominada de bioética, que envolveria questões de manipulação genética, pesquisas com seres humanos, eutanásia e organismos geneticamente modificados. E outras, ainda, tecem estudos sobre a ocorrência de uma quinta geração, decorrente das implicações da internet e das tecnologias virtuais.

Porém, uma arguta análise crítica permite perceber que a discussão de direitos humanos por meio de gerações acaba deturpando a percepção dos procedimentos históricos, sociais e culturais por esses direitos. Considera-se progressivamente a ideia desses direitos, desconsiderando-se outras dimensões, pois:

[...] não é a população (setores dela) que vai 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 é uma **ideia**, como a da liberdade, que vai determinando a si mesma em uma **progressão ininterrupta** [...]. (Gallardo, 2010b, tradução nossa [grifo do autor])²⁴

A crença na progressividade da existência e da ocorrência desses direitos desconecta a percepção da indubitável realidade em que eles são tensionados. Escondem-se as lutas, embates, penúrias e mortes acontecidas nesse processo e supervalorizam-se os aspectos normativos e institucionais. Além disso, os indivíduos não se so-correm do Estado, leis, tratados e convenções de maneira exclusiva e 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 às leis.

Denota-se, assim, os vínculos dessas classificações com poderes dominantes e já constituídos, pois elas menosprezam os anseios, as práticas e as necessidades humanas e sociais que tencionaram, minimante, os fundamentos que possibilitaram sua formação. Qualquer movimento no sentido de problematizar as gerações ou dar concretude a direitos humanos que estão proclamados acaba sendo interpretado como risco à segurança da ordem vigente e, em certa medida, deve ser repellido.

Além disso, essas leituras acabam menosprezando o caráter questionador do sistema político-econômico vigente, incutido nas lutas por direitos humanos na formação das sociedades contempo-

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 ininterrompida** [...].

râneas²⁵ e tão determinante para o êxito desse processo. Elas acabam circunscrevendo-o dentro da ordem político-jurídica vigente, conformando sua característica revolucionária.

Assim, transformam vivências, realidades, maneiras diferenciadas de existir e, conseqüentemente, qualquer grito para que sejam respeitadas em algo subversivo, potencialmente contra o sistema vigente. É por isso que, para que possam cantar, são necessárias as respectivas ordens e autorizações, mesmo que saibam cantar sem ter frequentado nenhuma escola, à margem da ordem.

Essas posturas resultam, ainda, em uma grave e difundida incongruência. 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 as discriminações, as opressões e as violências e que contribuíram para a manutenção e o fortalecimento delas – ou seja, aos princípios que cooperaram para a modelação e a hegemonização da sensibilidade sociocultural dominante. Isso ocorre porque os valores burgueses e o superdimensionamento dessa maneira de visualizar a liberdade estão baseados na plena e

25 “De modo que as demandas sócio-históricas de transferência de poder ligadas à 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 esse caráter, o questionamento ou não do sistema, o que entrega o perfil determinante das lutas por direitos humanos nas sociedades modernas.” (Gallardo, 2010b, 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.

irrestrita defesa da 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 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.

Portanto, eles querem defender 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, podendo 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 Capítulo 1. De maneira até incompreensível, alguns posicionamentos contra-hegemônicos absolutizam²⁶ esse viés individualista de direitos humanos – caminhando, portanto, na direção das ideologias liberalizantes dominantes – e, dotando-o

26 Problematizando essas questões, e também criticando a ideia geracional, Jesus Antonio de la Torre Rangel (2002, p.125, tradução nossa [grifo do autor]) sustenta a indivisibilidade de direitos humanos: “De nossa parte, sustentamos que são as necessidades juridificadas, das mulheres e dos homens, 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 partimos da aceitação do princípio da *indivisibilidade dos direitos 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.

de superioridade e prevalência sobre outros aspectos, acabam ignorando as múltiplas feições de direitos humanos. Eles também restringem 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)

Uma das reflexões mais profundas, problematizadoras e questionadoras sobre a configuração de direitos humanos em gerações foi formulada por Ignacio Ellacuría (Rubio, 2011, p.85-86; Martínez, 2008b, p.133-161). Por meio do conceito de “historicização”²⁷, Ellacuría verifica que direitos humanos possuem várias etapas ou elementos não estanques ou segmentados. Ele parte de uma constatação processual, inclusive daqueles grupos e sujeitos que não conseguiram alcançar suas reivindicações e seus anseios culturais a outros patamares – portanto, é um posicionamento não excludente, e não discriminatório.

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.” (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 essas 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. Eles notam que não são desigualdades naturais, oriundas desde os tempos antigos ou em função dos desígnios divinos, constatando as contradições da movimentação política e social.²⁸

A percepção da desordem e das contradições dissimuladas vai se acentuando e passa a incorporar os cotidianos dos sujeitos e do grupo social subalternizado, provocando indignações e processos de resistência diante dessas situações sofríveis. Com o fortalecimento das contestações e a ampliação da consciência sobre a ocorrência dessas circunstâncias no seio dos grupos sociais, os protestos potencializam-se e eventuais transformação podem chegar a acontecer. De fato, 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. Ele ressalta que os aspectos culturais são também importantes para respaldar as conquistas e os anseios, dando os sentidos para o entendimento das razões iniciais da mo-

28 Essa ideia é muito próxima ao conceito de “catarse” utilizado por Antonio 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”.

bilização 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. Elas 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, bem como eventuais acolhimentos e rejeições. De modo que:

A historicização exige buscar a raiz mais profunda da negação dos direitos humanos, que deve partir de dois polos: da realidade negada, que não pode chegar a ser aquilo que poderia e deveria ser precisamente porque a impedem, e da realidade negadora, seja pessoal, grupal, estrutural ou institucional. Esse 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 do dito direito. (Martínez, 2008b, p.157-158, tradução nossa)²⁹

Diante da “historicização” de direitos humanos, aprofunda-se a identificação – e consequente crítica – dos “imaginários ideoló-

29 A historicización 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.

gicos” que, ao considerarem direitos humanos de forma geracional, de acordo com a ordem político-social dominante, acabam por negá-los e inviabilizá-los. Esse outro polo, o negador de direitos humanos, pode ser assim 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 trate 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, esse imaginário ideológico torna-se mais poderoso e onipresente. Sua função principal é “infectar” suas vítimas. (Gallardo, 2010b, tradução nossa)³⁰

O imaginário ideológico, que hegemoniza e homogeneiza qualquer abordagem sobre direitos humanos, é a própria cultura jurídica contemporânea, que se demonstra analfabeta e anestésica³¹ nesses quesitos. Simplificam e despoltizam os fundamentos desses direitos e privilegiam sua dimensão normativa, supervalorizando o

30 “Imaginário 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 omnipresente. Su función central es “infectar” a sus víctimas.

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.).” (Rubio, 2010, p.19.) Para um aprofundamento dessas constatações, ver Rubio, 2007.

aspecto pós-violatório e desconsiderando qualquer emergência ou surgimento fora das estruturas institucionais. Reduzem, assim, direitos humanos às concepções filosóficas, as previsões normativas e vínculos institucionais e à eficácia jurídica oriunda do Estado (Rubio, 2011, p.43).

Dessa forma, é constatável que “[...] a incompreensão do fundamento sócio-histórico de direitos humanos tem efeitos em sua inobservância ou constitui parte da distância 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, ao não compreenderem ou não reconhecerem os fundamentos de direitos humanos (de forma intencional ou não) nas lutas sociais dentro do capitalismo moderno, essas posturas “[...] ‘esquecem-se’ ou ignoram que sua proteção decorre de sua assunção cultural generalizada e, com ela, de uma transformação do Estado que pode resultar **revolucionária**” (Gallardo, 2010b, tradução nossa [grifo do autor]).³³

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 eles serem tutelados penalmente. Varrem qualquer significação concreta para a existência e a atuação do direito

32 [...] la incomprensión 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 Merece constatação e alerta o seguinte: “[...] está muito claro que se deve melhorar e fortalecer o papel do direito e dos sistemas de proteção dos direitos humanos, a nível tanto nacional como internacional, assim como é imprescindível reconhecê-los institucionalmente, mas não é necessário dar-lhes exclusivo e único protagonismo” (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.

penal nessa seara, relegando apenas aos posicionamentos críticos a percepção e a denúncia dos caracteres históricos e permanentes dos sistemas penais, das violações desencadeadas pelo Estado e da insuficiência dos instrumentos jurídico-institucionais nesse campo jurídico. Assim, superficializam 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 –, essas posturas descartam qualquer possibilidade de o Estado assegurá-los. Nesse viés, elas enxergam apenas o direito penal, em seus aspectos seletivos e arbitrários, como violador das liberdades. Perdem a dimensão sócio-histórica e acabam, contrariamente aos seus intuítos, 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”, essas posturas também inviabilizam qualquer possibilidade de o Estado não apenas atuar, mas também proteger direitos humanos e, em dada medida, sua tutela por meio do direito penal.

No entanto, como já visto, algumas concepções críticas (Baratta, 2002, p.197-198) apontam para a indispensabilidade da construção de uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, por meio de uma “teoria crítica dos sistemas penais” e de uma “política criminal alternativa”. Ponderações e contraposições a esses entendimentos obtusos sobre a tutela de direitos humanos por meio 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 comuni-

dade, 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 mercedores de tutela). De fato, elas esvaziam os fundamentos e as 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, com ínfimas propostas viáveis para os problemas na atual realidade histórica.

A revelação da desordem³⁵ em que estão inseridos direitos humanos serve para indicar os espaços em que eles realmente são gerados e construídos, produzindo-se pretextos³⁶ para outras análises (contextualizadas, críticas e problematizadoras) e edificando-se diferentes práticas e teorias. Na verdade, para fugir do cativeiro

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.

encantatório de direitos humanos, é necessário jogar “a capoeira dialética da construção cotidiana”³⁷ de direitos humanos.

Portanto, é 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 neste livro: uma democrática tutela penal de direitos humanos.

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 – sobretudo os adeptos das visões geracio-

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.)

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 estruturarem, 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”.

nais – pensam e difundem, a história de direitos humanos é a permanente história da luta para suas construções e reconstruções.³⁹ Qualquer tentativa de sonegar essa realidade é uma tentativa de encobrir seu conteúdo sociopolítico.

As sociedades humanas não são harmonicamente formadas, e o direito não surge do além ou singelamente após as previsões legais ou normativas. As atuais formas de estruturação jurídico-política, em crescente complexidade, não revelam de maneira nítida e acabada os reais fundamentos, finalidades e caracteres dos direitos. É necessário ir fundo, buscar elementos históricos, relacioná-los com as características contemporâneas, em um movimento dialético constante. Nesse momento em que estamos – entre o final do século XX e o 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 passou a não encontrar fronteiras nem limites. Esse momento demonstra, talvez, a força da permanente capacidade de reconstrução desse sistema após as crises desencadeadas em 2008. Nele, naturaliza-se a barbárie, pois filmam execuções de ex-chefes de Estado e as difundem para o mundo por meio da internet para demonstrar a realização da “justiça”. 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 eles assumirem uma postura contextualizada, dialética e problematizadora das realidades e das vivências humanas, perceberão que há muito a ser feito.

De fato, dessa nova postura, é possível notar outras formas de organização social, política, econômica e cultural. É possível também perceber que lutas e culturas de resistência historicamente invisibilizadas não se limitam às fronteiras abstratas de toda ordem;

39 No mesmo sentido percebido e amplamente difundido por Marx e Engels (2005, p.40) a respeito das sociedades: “A história de todas as sociedades até hoje existentes é a história das lutas de classes”.

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 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 as cantorias dos marginais pelo mundo. Isso porque, nessa quadra histórica, quando “o jurista é impelido a escolher entre o suicídio jusfilosófico e a revolta” ((Granduque José, 2009, p.177), perspectivas crítico-dialéticas podem impulsionar não apenas os juristas, mas todos os subalternizados, espoliados e oprimidos para sua libertação.⁴¹

As respostas contra as opressões e as dominações não estão nos centros, normas, leis e tratados: elas estão nas margens, nas práxis, nos revoltados, nos indignados, nos historicamente subalternizados, que sentem na pele e na alma todo o peso do mundo.

40 Ainda mais em espaços complexos e historicamente violados, como é o caso da América Latina. Nesse mesmo itinerário: “A razão para essa 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 *sensibilidade dominante* (que é, ao mesmo tempo, *sensibilidade de dominação*)”. (Gallardo, 2010a, p.58, tradução nossa [grifo do autor])

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 Para Lyra Filho (1979, p.18 [grifo do autor]), isso 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.

Enquanto os espoliados, os discriminados, os sem-poder, sem-dinheiro, sem-teto, sem-terra – 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 processo,⁴² a concretização de direitos humanos será apenas um sonho.

Os exemplos desse distanciamento entre a realidade e as leis e tratados são inúmeros. Os Estados Unidos desrespeitaram todas as discussões e determinações da Organização das Nações Unidas (ONU) e invadiram o Iraque, mesmo com o forte protesto da comunidade internacional. Do mesmo modo, Israel reiteradamente não atende às resoluções internacionais e mantém sua política segregacionista e genocida contra a população palestina.

São os parlamentos, os congressos, os comissariados e as assembleias gerais que condensam direitos humanos em normas, pretendendo protegê-los. Contudo, as sociedades e os anseios humanos não são tão obedientes assim. Aliás, só há algum respeito ou acatamento a essas previsões normativas (em âmbito tanto nacional como internacional) quando elas atendem a 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 a incorporação desse compromisso estão indissociáveis da maneira

42 Jesus Antonio de la Torre Rangel (2002, p.47, tradução nossa [grifo do autor]) 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 pessoal 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.

de compreender o processo dialético dessa construção e atuar nele. Conforme os sentidos e caminhos já tensionados indicados por Jefferson Fernando Celos:

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 definirá 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 “antidireito”, mas uma apreensão deste a partir da conflituosidade do real, num movimento crítico-dialético. (Celos, 2007, p.61-62 [grifo do autor])

Essa profícua e clara abordagem tanto dos compromissos como das concepções dos construtores dos direitos, com suas perspectivas crítico-dialéticas e sua *práxis* contestatória insurgente, possibilita ressaltar o caráter sociopolítico de direitos humanos – distante, assim, das maneiras tradicionais e insuficientes, teóricas e institucionais, de compreender esses direitos.

A tentativa de 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 e suas utilizações para oprimir ou libertar dependem de indivíduos concretos que, objetivamente, constroem essas possibilidades e, até mesmo, dão os formatos das características das instituições que operacionalizam esses direitos. Por outro lado, alguns entendimentos relegam ao determinismo histórico ou ao positivismo jurídico a ocorrência de opressões ou emancipações por meio dos direitos e dessas instituições.

Na práxis para direcionar o direito no sentido da transformação das sociedades e da libertação dos subalternizados, é 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, bem como o surgimento de novos.⁴³ Seguindo a sensível percepção de Jesus Antonio de la Torre Rangel:

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 partir,

43 Isso pode dar elementos para o surgimento do pluralismo jurídico: “E é, precisamente, daqueles grupos que reclamam vigência real de seus direitos, como novos sujeitos sociais, é 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, tradução nossa [grifo do autor]). 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.

prioritariamente, preferencialmente, dos pobres. (Rangel, 2002, p.110, tradução nossa)⁴⁴

Essa opção pelos subalternizados não é ideal e abstrata, pois eles estão em indefinida conflituosidade pelos seus direitos, pelas suas existências, para terem a possibilidade de serem diferentes. É 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 neste livro.

Contudo, não são apenas sujeitos isolados, em práticas segmentadas, que sustentam a luta para a concretização de direitos humanos, em especial nos ambientes políticos latino-americanos. Por estar calcada em uma concepção sócio-histórica (portanto, materialista), a compreensão dessa conjuntura deve ser 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 institucionalizar juridicamente e com eficácia suas reivindicações [...]. (Gallardo, 2008a, p.44, tradução nossa [grifo do autor])⁴⁵

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.

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 jurídicamente y con eficacia sus reclamos [...]"

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 seu reconhecimento e até mesmo sua proteção. Entretanto, em quase todas as direções, eles 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 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, insistentes, funcionais ou antagonistas, diante dos diferentes entornos de relações que surgiam das novas formas de explicar, interpretar e intervir no mundo. (Flores, 2009, p.68-69)

A reação às estruturas e relações hegemônicas constitui o próprio processo de reivindicação e construção de direitos humanos. Talvez seja até por isso que, tornando mais complexa essa situação, grande parte das reivindicações é proibida, cuidadosamente impedida, e algumas são consideradas crimes. Com isso, forma-se mais uma barreira para dificultar e também inviabilizar o reconhecimento e a efetivação de direitos humanos.

Apesar disso, dentro da percepção dessa processual reação ante os ponderes vigentes e do reconhecimento do aspecto cultural de direitos humanos, consegue-se visualizar a possibilidade das contestações, das disputas e dos embates. De fato, com o notório conteúdo

contestatório de direitos humanos, conjuga-se a formulação de resistências contra os poderes opressores instituídos. Desse modo:

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-hegemônicos nas reivindicações e até do direito de resistência, evidencia-se, também, a profundidade das questões culturais. Não adianta tencionar apenas anseios, valores e direitos repudiados pelos grupos hegemônicos: é preciso, junto com as reivindicações e as resistências, reafirmar as peculiaridades culturais envolvidas. Dessa forma, quando as forças majoritárias rejeitam, até de forma institucional e incisiva, situações particulares, específicas, elas direta e indiretamente repudiam manifestações culturais diferentes, outros horizontes de relações – o que, novamente, derruba os discursos igualitários e universalizantes. De fato, a institucionalização de anseios, visões de mundo, valores e a posterior reivindicação de proteção sua 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 a dimensão teórica e doutrinária; o reconhecimento jurídico positivo e institucional; a eficácia e efetividade jurídica; a luta social; a sensibilidade sociocultural (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, sonogando 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, constatam-se a insuficiência, novamente, das posturas tradicionais e a necessidade de uma sensibilidade cultural alternativa, de cooperação, 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 os manejos problemáticos tanto do Estado como 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. É 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 aponta também a uma *sensibilidade cultural* própria das formações sociais modernas e, no que aqui interessa, ocidentais. (Gallardo, 2010a, p.77, tradução nossa [grifo do autor])⁴⁶

A sensibilidade cultural relaciona-se com as próprias interações entre os indivíduos no seio das sociedades. Tradicionalmente, estamos inseridos em sensibilidades autoritárias e de opressão, em valorização exagerada de elementos e posturas clássicas. Contudo, os embates criados para se desvencilhar desses aspectos ganham importantes dimensões.

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.

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 de que os indivíduos, em compartilhamento de situações, devem reconhecer seu semelhante como dotado de voz, direitos e desejos. As pretensas igualdades formais descaracterizam essas necessárias considerações e dificultam a ponderação de que ser diferente não é ser inferior.

Para a reafirmação de sensibilidades de cooperação, é imperioso compreender o papel das lutas sociais nas sociedades civis emergentes e, por conseguinte, no redimensionamento das relações. Dessa forma, compreende-se que:

[...] historicamente, direitos humanos sempre foram seguidos de transferências ou autotransferências 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. (Gallardo, 2008b, p.440, tradução nossa)⁴⁸

Percebe-se, assim, a vinculação entre os indivíduos e os grupos subalternos (sociedades civis emergentes) dentro das estruturas sociais contemporâneas, os quais, em função de suas posições con-

47 Em seu último texto escrito, publicado postumamente, Roberto Lyra Filho (1986, p.295) deixou a indicação que buscava, por meio 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 [...]”.

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 possibilita derechos humanos es la lucha social y ciudadana en ellas. La lucha social es decisiva para la constitución histórica de derechos civiles.

tra-hegemônicas, lutam (lutas sociais) por suas culturas e vivências (sensibilidade cultural). Os elementos de direitos humanos apontados não são, portanto, mera classificação ou encarceramento: eles são a expressão de um processo concretamente constatado, um caminhar que, desde as margens latino-americanas, pode significar a compreensão da histórica luta pela libertação dos povos espoliados.

Portanto, direitos humanos estão além de tratados, convenções, leis e constituições. Para constatar-mos 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 também elementos e dimensões não jurídicas. Os aspectos jurídicos e institucionais são relevantes e devem ser levados em consideração, contudo não podem ser os únicos. Nesse viés, é decisiva a constatação de que:

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 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. (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 di-

menção política, sócio-histórica, processual, dinâmica, conflitiva, reversível e complexa.” (Rubio, 2010, p.18.)

Para a compreensão da importância desses outros elementos, que são constantemente sonogados, é 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:

[...] 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. Esses momentos não são lineares nem obedecem a uma única ou superior racionalidade. A legitimidade da luta social é decisiva para o reconhecimento e a assunção político-cultural dos direitos judicializados. E, também, para proteger o Estado de direito de seus desvios burocráticos e metafísicos, mercantis e clientelista [...]. (Gallardo, 2008b, p.442, tradução nossa)⁴⁹

De maneira diferente das concepções geracionais de direitos humanos – que sonegam os aspectos políticos e minoram a importância dos embates sociais –, para a teoria crítica de direitos humanos, as lutas sociais são imprescindíveis para o reconhecimento e a

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 [...].

positivação desses direitos. Assim, para o Estado erigir-se de legitimidade para reconhecer e tutelar penalmente, em dada medida, direitos humanos, a compreensão e a identificação dos processos de lutas sociais por esses direitos é um ponto crucial.

Apenas com essa percepção processual, é possível entender e compreender direitos humanos como uma produção sócio-histórica (portanto indubitavelmente humana), e não simplesmente como uma sucessão de tratados, leis, Constituições e reconhecimentos normativos. Dessa forma, compartilha-se do entendimento e da percepção de que:

Direitos humanos são uma *produção sócio-histórica*: geram-se no seio do longo processo que conduz as sociedades modernas, obtêm, no momento da consolidação delas, sua legitimação filosófico/ideológica e política burguesa e estendem-se, posteriormente, tanto em *sensibilidade cultural* como em luta reivindicatória a grupos sociais e povos/etnias diversamente discriminados pela formas capitalistas das sociedades modernas (também pelas chamadas “socialistas”). Algo que é resultado de uma produção sócio-histórica 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*. (Gallardo, 2010a, p.69, tradução nossa)⁵⁰

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 socio-histórica 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.

Toda essa discussão e aprofundamento sobre o surgimento e os fundamentos de direitos humanos são imprescindíveis para a constatação de sua eficácia jurídica relacionada, assim, com o Estado. Para atender aos objetivos deste livro e fornecer densidade teórica para a 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 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 perpassam pela discussão dos seus fundamentos. Nesse sentido:

Aquí 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 implantada pelas formações sociais modernas. (Gallardo, 2008a, p.12, tradução nossa)⁵¹

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. Inclusive, um dos pontos mais criticados neste capítulo é justamente a tentativa constante de desconsiderar esses aspectos.

Difundir e ampliar direitos humanos, bem como dotá-lo de significado, perpassa pela sua eficácia jurídica e, em dada medida, pela sua proteção. É insustentável basear-se, apenas, em discursos 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 tu fundamento. El omo factor causal, sino como matriz. Derechos humanos posee su “fundamento”, o sea su matriz en la conflictividad social inaugurada y desplegada por las formaciones sociales modernas.

construções dogmáticas, na rejeição determinística da possibilidade de proteção pelo Estado em função das permanentes características históricas atroztes, encarando-o com fundamentos liberalizantes e 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 reconhecer e proteger direitos humanos, deve-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 mesmo de reproduzir efeitos inebriantes ou paralisantes nos anseios por mudança. E existem ainda momentos em que se projetam mecanismos ou 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 o eventual apelo ao Estado para sua proteção constituem 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. Eles não devem ser menosprezados ou relativizados – sua ocupação e sua instrumentalização para ampliações de espaços de dignidade e consequentes rupturas demonstram 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 mesma luta*. 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. É 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 sonho. (Gallardo, 2010a, p.86, tradução nossa [grifo do autor])⁵²

Esse posicionamento, considerado controverso para alguns teóricos, ressalta-se de importância, pois, em certa medida, ao longo de todo o caminho trilhado pelos espoliados na América Latina tiveram momentos em que os detentores dos poderes econômicos e políticos reconheceram demandas, chegaram até a positivá-las, mas forneceram realmente quirelas, apenas acalentando os desejos sociais e adiando qualquer ruptura política mais brusca. Porém, em vez de compreender essa outra dimensão da luta social-popular, muitos povos acabaram desconsiderando esse espaço jurídico-institucional, perpetuando as dominações e ilusões.

Esse processo político e social deletério é pouco abordado e discutido no âmbito jurídico. Acabam desconsiderando-se as questões que estão por trás da edificação das leis ou da Constituição. Apesar dessa ocorrência constante, dada as posturas teóricas explicitadas

52 Sin duda obtener la judicialización de derechos es importante, pero ello no finaliza la pugna. Obtener una judicialización (positivación 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.

neste livro, 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, conseqüentemente, uma maneira de tutelá-los. E, desse modo, reconhecer as diferenças e evitar discriminações.⁵³

[...] amplia a responsabilidade do Estado em relação a 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 ao não promover uma sensibilidade coletiva para a rejeição, na existência diária, de *todo tipo de discriminação*. (Gallardo, 2010a, p.76, tradução nossa [grifo do autor])⁵⁴

É 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

53 Processos discriminatórios ocorrem quando se desconsidera que: “A raiz de todo direito é o reconhecimento da dignidade do outro como outro” (Rangel, 2002, p.53, tradução nossa [grifo do autor]).

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.

institucionais discriminatórios que dificultam a ampliação de sensibilidades coletivas e os processos de construção e expansão de direitos humanos. Desse modo, há a constatação do papel positivo que o Estado pode desempenhar em relação ao reconhecimento, à proteção e à 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 por meio do direito penal. É o contrário: é o direito, são os direitos humanos, as lutas sociais, os indivíduos subalternos que fundamentam e delimitam as previsões legais, edificam materialmente a Constituição e legitimam ou não a atuação primordial ou subsidiária do direito penal.

Por isso, é imprescindível identificar, assumir e promover os direitos. Não quaisquer direitos, mas direitos humanos concretos, gerados nas lutas permanentes 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 sócio-histórico, possuem diversos elementos além dos tradicionalmente reconhecidos e fundamentam-se nos conflitos das sociedades civis modernas e entre elas. Além disso, é todo esse processo que pode dar fundamento para a compreensão dos comportamentos socialmente negativos e, em consequência, demonstrar a finalidade e os caminhos para o direito penal nesse início de século XXI.

Serão socialmente negativos, portanto, os movimentos, as atitudes, os 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 e 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 do processo sócio-histórico da 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 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 aboli-

55 De maneira crítica e contundente, Lola Aniyar de Castro (2005, p.147-150), mesmo não visualizando nenhuma possibilidade concreta na atual realidade latino-americana, reflete sobre essas possibilidades e indica, de forma exemplificativa, as experiências de outras formas de solução dos conflitos. Ele menciona: os tribunais consuetudinários, em especial na considerada África negra; os julgamentos por jurados, quando cidadãos comuns são convocados para decidir concretamente sobre 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 certas cortes; os *administrative boards* no sistema norte-americano, que 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 União Soviética; e os sistemas de jurados assessores populares existentes na China.

dos. 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, e não paralisante.

Para a construção dessa utopia concreta, é necessário que se mude não apenas o Direito Penal, sua dogmática, seus instrumentos. Eugênio R. Zaffaroni, fundado em uma profunda e crítica análise histórica sobre os sistemas penais, argumenta de forma imperativa que a mudança 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) 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 os indivíduos relacionam-se e desenvolvem suas potencialidades em sociedade e nela. 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”.

É 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, é necessária uma

mudança cultural profunda, com a formulação de sociabilidades cooperativas, em vez de 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, vinculando sua futura substituição à necessidade irremediável de uma 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 com a construção processual de outros mecanismos no intuito de controlar o desvio deve considerar sempre o processo de libertação de indivíduos e grupos, e não de seletividade e opressão. Assim sendo, como exaustivamente abordado ao longo deste livro, ela não se dá por meio da assunção absoluta e dogmática de 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 aos 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 Filho, 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. Assim, uma vez que, como visto, 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 libertação humana.

Quaisquer tentativas de entendimento, resposta ou resolução dos sistemas penais e do direito penal devem ser construídas a partir de embates sociais concretos, e não 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 é socialmente negativo nesse momento histórico.

São os interesses, as visões de mundo, as sociabilidades e os 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 contra esses interesses, essas visões, essas sociabilidades e esses valores, ou os violarem, que devem ser considerados socialmente negativos, sendo, em última instância, passíveis de tutela penal.

Nesse processo histórico e permanente de libertação, vão se construindo espaços e formas para que os sabiões 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, o desenvolvimento deste livro fez surgir outras inquietações e questionamentos, os quais poderão embasar outras reflexões mais sistemáticas. Na realidade, a ampliação das visões teóricas e de mundo é um dos objetivos de qualquer ensaio ou publicação.

É importante assinalar que as discussões apresentadas não são dogmáticas ou ideais. Ao contrário, são oriundas de posicionamento social e contextualizado, situado nas margens latino-americanas, e assumidamente crítico-dialéticas.

De qualquer maneira, pôde-se constatar 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 a estruturação dos modelos de produção e dissipação dos aspectos culturais e econômicos.

Desde os primeiros contornos dos sistemas penais nos séculos XII e XIII, passando pelo século XIX, quando se formaram suas principais características 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 ele ainda mantém tanto suas características originais como o atrelamento com o sistema econômico.

De fato, de forma catastrófica, os organismos jurídico-estatais perpetuam, seletivamente, violências e estigmatizações, naturalizando-as contra uma camada social específica. 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 essa situação, encontram-se inúmeras propostas e contribuições.

Enfatizam-se os aportes relevantíssimos do garantismo penal na denúncia e nas proposições teóricas para limitar o desmesurado poder punitivo estatal, bem como no direcionamento da tutela penal para determinadas situações. Contudo, pondera-se sobre suas limitações, principalmente em países subalternos, por causa de suas concepções sobre o papel do Estado na seara penal, seus conceitos sobre direitos fundamentais e sua noção de “pessoa” – como fundado em concepções liberais, o garantismo visualiza o Estado apenas em sentido “negativo” e 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 ele e o garantismo. Apesar, principalmente, da importante admissão da condição jurídico-penal marginal, com estudos

históricos críticos sobre os sistemas penais latino-americanos, o realismo jurídico marginal acaba reproduzindo toda a ideologia liberal penal, o que limita suas proposições. E ele mantém essas concepções ao discutir direitos humanos, percebendo-os como singelas formulações programáticas, de matriz e jusnaturalistas.

Já as reflexões da criminologia crítica e radical fornecem contundentes elementos para uma compreensão conjuntural dos sistemas penais e indicam proposições concretas para a instrumentalização democrática do direito penal na América Latina, mesmo tendo sido formadas a partir de outras realidades. Avalia-se que sua viabilidade decorre de seus pressupostos materiais, históricos e dialéticos, além de sua opção por formular reflexões e encaminhamentos a partir das classes subalternas. No entanto, são constatados limites, principalmente quando essa proposta procura compreender direitos humanos, revelando a necessidade de outras contribuições e aprofundamentos com o objetivo de viabilizar uma tutela penal desses direitos.

Seja como for, dentro da circunstância jurídica e política do país, mantendo as críticas ao sistema penal e procurando formas para minimizar seus nefastos aspectos, reconhece-se a necessidade de discutir o direito penal a partir da Constituição da República.

No processo de reconhecimento e positivação de direitos e sua consequente leitura por meio da Constituição, deve-se incorporar os anseios, os valores e as 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 nos embates políticos e jurídicos. Os benefícios que essa concepção gera são enormes também quando se discutem os bens jurídico-penais, pois, novamente, constatam-se as características seletivas e incongruentes desses instrumentos jurídico-políticos. Assim, ante uma posição jurídica constituída, pode-se evitar a ocorrência de muitas violações a direitos humanos reconhecendo-se que os bens jurídico-penais encontram seu conteúdo apenas na Constituição.

Com a constatação de que a criminalização primária é desconectada da realidade e atende aos valores de determinada formação socioeconômica, estigmatizando seletivamente indivíduos específicos, em vez de paralisar a análise e restringir-se à denúncia, este livro reconhece os benefícios que os mandamentos de criminalização podem fornecer para inviabilizar essas permanências.

O estudo dos mandados criminalizantes não poderia estar dissociado de ponderações críticas e considerações acerca das circunstâncias sociopolíticas, sob o risco de reverberar discursos e práticas criminalizantes, contrariando as leituras e os sentidos propostos pelos fundamentos basilares deste livro.

Revela-se, então, 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 e relacioná-la com a ordem democrática, são imprescindíveis para um uso alternativo do direito penal.

Além disso, como assumido que os fundamentos e as finalidades do direito penal perpassam pela Constituição, é possível verificar que alguns comportamentos e posturas devem ser descriminalizados, pois as previsões contidas em determinadas leis infraconstitucionais não guardam nenhum 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 as implicações práticas sobre os mandamentos constitucionais de criminalização devem ser acompanhadas pelos mandamentos constitucionais de descriminalização.

Compreende-se que a criminalização secundária, que fecha o 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 pretensão neutralidade ou imparcialidade no tratamento da questão criminal. Esse aspecto revela a responsabilidade que os agentes públicos têm sobre o fenômeno criminal.

Verifica-se, também, que o fato de pertencerem aos estratos econômico-culturais mais baixos da sociedade é um elemento decisivo para que os indivíduos integrantes desses estamentos venham a sofrer uma persecução penal diferenciada.

Por outro lado, é possível constatar que a atuação – ou, melhor, a não atuação – dos órgãos responsáveis pela criminalização penal provoca “zonas de imunização”, pois determinadas condutas, espaços e 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. Assim, reconhece-se a viabilidade da formulação de que a atuação dentro do direito penal deve ter como base uma “teoria crítica dos sistemas penais” e uma “política criminal alternativa”.

De acordo com essas proposições, as observações e atuações dos indivíduos inseridos nos órgãos jurídico-penais devem estar 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 nem de comportamentos socialmente negativos nem de direitos humanos, deve-se buscá-los em outras posturas que deem subsídios de maneira satisfatória. Neste livro, argumenta-se que as abordagens sobre direitos humanos e posturas humanistas podem fornecer esses conteúdos.

As posturas teóricas e institucionais tradicionais sobre direitos humanos, porém, são obtusas e ilusórias, não conseguindo 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 insuficientes para concretizar direitos humanos, institucional ou socioculturalmente.

Reflete-se que essas abordagens clássicas empreendem uma reversibilidade do direito, ao justificar, de maneira contraditória, violações de direitos humanos em nome de direitos humanos. Elas 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, as atuações e os 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, considerados socialmente negativos, podem subsidiar, em ocasiões derradeiras, uma tutela penal.

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-dialéticas, do direito penal democrático e da teoria crítica de direitos humanos delineadas, qualquer tentativa prático-teórica de 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, ante a realidade jurídica nacional, pode-se aventar ser viável, subsidiariamente, uma tutela penal constitucional-de-

mocrática, como meio para reconhecimento, proteção e expansão de direitos humanos – até mesmo para demonstrar as insuficiências e os limites do direito penal. Isso é possível desde que os processos de libertação humana sejam compreendidos de modo sócio-histórico e reconhecidos de forma abrangente, pluridimensional e incondicional.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, L. R. *Direito penal diferenciado*. 2.ed. Florianópolis: Conceito, 2009.
- BARATTA, A. *Criminologia y sistema penal*. Direção de: Carlos Alberto Elbert. Coordenação de: Laura Belloqui. Buenos Aires; Montevidéu: B de F, 2004. (Coleção 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, 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, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA, N. *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: 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, V. M. *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.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOFF, L. *A águia e a galinha*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- BORGES, P. C. C. (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. 2012a. Disponível em: <<http://wwwh.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1280&h=800&pular=false>>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- _____. Ministério da Justiça. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. 2012b. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={410BFEB4-BF10-4787-873A-D5314B44F716}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>>. Acesso em: 5 jun. 2013.
- _____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Sispenas. [s.d.]. Disponível em: <<http://sispenas.mj.gov.br/sispenas/>>. Acesso em: 20 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, C. M. *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, M. D. L. de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CARVALHO, S. 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, E. W.V. 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, L. A. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2005.
- CASTRO RUZ, F. 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, J. F. *O direito enquanto práxis contra-hegemônica e a luta pela terra na perspectiva dos movimentos sociais populares*. Franca, 2007. 207f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.
- CERVINI, R. 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, E. M. *Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COUTINHO, C. N. *Gramsci: um estudo sobre o seu pensamento político*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CUNHA, M. da C. F. *Constituição e crime: perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- DEL OLMO, R. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan: 2004.
- ESCRIVÃO FILHO, A. S. *Uma hermenêutica para o programa constitucional do trabalho rural*. São Paulo: Expressão Popular, 2011.
- FALEIROS JÚNIOR, R. G. Tutela penal-constitucional dos Direitos Humanos: uma abordagem proporcional do fenômeno criminológico no Brasil. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Marcoadores sociais da diferença e repressão penal*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.
- _____; BORGES, P. C. C. 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, L. *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, L. *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, J. H. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FRAGOSO, H. C. *Direitos penais e direitos humanos*. São Paulo: Forense, 1977.
- FREITAS, M. H. D. A. de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão (Org.). *Estudos contemporâneos de vitimologia*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.
- GAUER, R. M. C. (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- GALLARDO, H. Teoría crítica y derechos humanos: una lectura latinoamericana. *Revista de Derechos Humanos e Estudios Sociales*, México, ano 2, n.4, p.57-89, 2010a.
- _____. Sobre las ‘generaciones’ de derechos humanos. abr. 2010b. 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: David Sánchez Rubio, 2008a.
- _____. Lucha social, Pinochet y la producción de justicia. In: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo et al. *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008b.
- _____. *Siglo XXI producir un mundo*. San José: Editorama, 2006.
- GONÇALVES, L. C. dos S. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GOULART, M. P. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- GRAMSCI, A. *Cadernos do cárcere*. Edição e tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Coedição de: Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v.1.

- _____. _____. Edição e tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Coedição de: Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.5.
- _____. _____. Edição e tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Coedição de: Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. v.3.
- GRANDUQUE JOSÉ, C. J. *A construção existencial dos direitos humanos*. Curitiba: Editora CRV, 2012.
- IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Censo 2010. 2010. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2011.
- INSTITUTO ETHOS; IBOPE. 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: os jovens do Brasil. 2011. Disponível em: <<http://mapadaviolencia.org.br/pdf2011/MapaViolencia2011.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2013.
- IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica aplicada). G1.com.br: 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.
- _____. 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, R. Desordem e processo: um posfácio explicativo. In: LYRA, D. A. (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, A. A. A oração do patrono. 18 jan. 2012. Disponível em: <<http://blogs.lemos.net/machado/2012/01/18/oracao-do-patrono/>>. Acesso em: 19 jan. 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, M. P. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- MARQUES NETO, A. R. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARTÍNEZ, A. R. 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, K. *Contribuição à crítica da economia política*. Tradução de: 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, A. *El malestar en la cultura jurídica: ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011.
- MÉSZÁROS, I. *Filosofia, ideologia e ciência social*. Tradução de: Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo, 2008.
- NEDER, G. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- OIT (Organização Internacional do Trabalho). 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, E. P. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- OMS (Organização Mundial da Saúde). Relatório mundial sobre violência e saúde. Genebra: World Health Organization, 2002.
- ONU (Organização das Nações Unidas). *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.
- 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, L. R. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RANGEL, J. A. de la T. *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 – 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, A.; FONT, E. A.; SAGARDUY, R. A. P. (Org.). *Criminología crítica y control social: 1. El poder punitivo del Estado*. Rosário: Juris, 1993.
- RUBIO, D. *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)precisões em torno a la intervencions humanitária y los derechos humanos. In: RUBIO, D. S.; FLORES, J. H.; CARVALHO, S. de (Org.). *Direitos humanos e globalização fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- RUBIO, D. S.; FLORES, J. H.; CARVALHO, S. de (Org.). *Direitos humanos e globalização fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

- RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SANTOS, B. de S. *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, J. C. dos. *criminologia radical*. Curitiba: IPCP; Lumen Juris, 2006.
- SANTOS, M. *Metamorfose do espaço habitado: fundamentos teóricos e metodológicos da geografia*. São Paulo: Hucitec, 1988.
- SARLET, I. W. 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, R. M. C. (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”. 28 jan. 2012. Disponível em: <<http://anovademocracia.com.br/blog/?p=2672>>. Acesso em: 25 jan. 2013.
- SHECAIRA, S. S. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SLOKAR, A. 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.
- VÁZQUEZ, A. S. *Filosofia da práxis*. Tradução: de Maria Encarnación Moya. São Paulo: Expressão Popular, 2007.
- WACQUANT, L. *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, A. C. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RUBIO, D. S.; FLORES, J. H.; CARVALHO, S. de (Org.). *Direitos humanos e globalização fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Ideologia, Estado e direito*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- WOLKMER, A. C.; 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.
- ZAFFARONI, E. R. *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*. Direção de: Gonzalo D. Fernández. Coordenação de: Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires; Montivideo: 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.

SOBRE O LIVRO

Formato: 14 x 21 cm

Mancha: 23,7 x 42,5 paicas

Tipologia: Horley Old Style 10,5/14

EQUIPE DE REALIZAÇÃO

Coordenação Geral

Arlete Quaresma

ISBN 978-85-7983-471-4



9 788579 834714

CULTURA
ACADÊMICA 
Editora